

"AUSENCIA Y DESAPARICIÓN"
(Estudio de Derecho argentino y comparado)

por

Luis Moisset de Espanés

A.D.C.. 1975 - IV, p. 979-993, y J.A. Doctrina 1975-463.

SUMARIO:

I.- Introducción.

II.- Ausencia. Distintos significados del vocablo.

III.- La ausencia en el Derecho francés:

- a) Régimen del Código napoleónico;
- b) Desaparición;
- c) Desaparición de personas y desaparición de cadáveres.

IV.- Otras legislaciones de la familia romanista:

- a) Italia;
- b) España.

V.- Convención Internacional de Lake Succes (1950).

VI.- La ausencia con presunción de fallecimiento en el Código civil argentino.

VII.- Ausencia y desaparición en la ley 14.394.

VIII.- Conclusiones.

I.- INTRODUCCIÓN.

Desde antiguo la situación de "ausencia" ha tenido una serie de repercusiones en el campo del Derecho, que han preocupado al jurista. A veces se ha hablado de "desaparición", para poner de relieve que la ausencia se debía a circunstancias anormales.

De esta manera los dos vocablos se han empleado -con alcances diferentes- en varios sistemas legislativos, y se puede incurrir en confusiones serias si se pretende hacer extensivo de un país a otro el valor que los juristas adjudican a cada uno de estos términos ¹. Ya alguna vez señalamos el problema en un comentario jurisprudencial ², y ahora -al leer el resumen de una sentencia-³ volvió a asaltarnos la preocupación de procurar deslindar con precisión cuál es el alcance que, en nuestro sistema jurídico, tiene cada uno de estos vocablos.

De la lectura de dicho resumen podemos deducir que el señor Santana se encontraba en un barco pesquero naufragado; se inicia el trámite de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, invocando la hipótesis especial y de plazo reducidísimo del artículo 23, inciso 2 (ley 14.394) ⁴. Posteriormente, para eludir la publicación de edictos, se pretende cambiar el enfoque y lograr que se declare la "desaparición", que equivale a la muerte probada, invocando el agregado que el artículo 33 de la misma ley efectuó al artículo 108 del Código civil

¹. Por ejemplo, la actual doctrina italiana utiliza el vocablo "desaparición" en reemplazo de ausencia presunta, y el Código de 1942 otorga a la declaración de muerte presunta efectos iguales a los de la muerte; en derecho francés se distingue la "ausencia", que no produce la presunción de muerte, de la "desaparición", que tiene efectos de muerte probada; en el derecho español hay "ausencia" y "declaración de fallecimiento", y en todos los casos se habla de "desaparición".

Comentario: El nuevo Código civil peruano, por su parte, habla de "desaparecidos", refiriéndose a las personas que se encuentran simplemente ausentes sin que de ellas se tenga noticias, art. 47 y ss., y trata por separado la "declaración de muerte presunta", art. 63 y ss., para ciertas hipótesis de ausencia o desaparición.

². ¿Ausente con presunción de fallecimiento o desaparecido?, en Cuadernos del Instituto de Derecho Civil de Córdoba, 1961, I-II, p. 57-61. Comentábamos allí un fallo publicado en Jurisprudencia Argentina, 1960-IV, p. 94, en el cual el juez invocaba simultáneamente normas que corresponden a la ausencia con presunción de fallecimiento (arts. 22 y 23, ley 14.394) y a la "muerte probada" (agregado al art. 108 del Código civil).

³. "Santana, Miguel", Cámara Primera de Mar del Plata, 1º de diciembre 1970, Jurisprudencia Argentina, Reseñas, .

⁴. "Art. 23 (ley 14.394).- Se presume también el fallecimiento de un ausente:

...
2º. Si encontrándose en una nave o aeronave naufragada o perdida, no tuviere noticias de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido".

⁵. La petición formulada es un indicio de la tendencia a confundir "ausencia" con "desaparición", a la que no es ajena parte de la doctrina nacional ⁶.

II. AUSENCIA. Distintos significados del vocablo.

El Diccionario de la Real Academia española define la **ausencia** como "efecto de ausentarse o de estar ausente", y **ausente**: "Dícese del que está separado de alguna persona o lugar y especialmente de la población en que reside" ⁷.

En este sentido amplio, y no técnico, ausencia significa la simple "no presencia", y el Código civil emplea el vocablo en alguna oportunidad, verbigracia en el artículo 1147, al referirse a los contratos que se realizan "entre personas ausentes", es decir que no se encuentran en el mismo lugar.

También utilizaba la palabra ausencia en sentido no técnico al referirse a la prescripción en artículos como el 4000, 4002, 4023 y 4024, algunos suprimidos y otros modificados por la ley 17.711, en los que distinguía entre "ausentes" y "presentes".

Frente a este concepto amplio de ausencia tenemos la ausencia en sentido técnico, es decir calificada por alguna circunstancia particular, en virtud de la cual la ley le atribuye determinadas consecuencias jurídicas ⁸. Según sea la circunstancia calificante distinguiremos tres supuestos; a) ausentes de domicilio ignorado; b) ausentes con bienes en estado de abandono, y c) ausentes con presunción de fallecimiento.

⁵. "Art. 33 (ley 14.394). Agrégase al artículo 108 del Código civil, como segundo apartado, el siguiente texto:

En los casos en que el cadáver de una persona no fuese hallado, el juez podrá tener por comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, siempre que la desaparición se hubiera producido en circunstancias tales que la muerte deba ser tenida como cierta. Igual regla se aplicará en los casos en que no fuere posible la identificación del cadáver".

⁶. Así, por ejemplo, **Llambías**, al tratar de la prueba supletoria del fallecimiento ("Parte General", T. I, N° 525, pp. 367 y 368), cita como ejemplo el naufragio del rastreador "Fournier"; idéntica es la postura de **Borda** ("Parte General", 4ª ed., N° 244, pp. 235 y 236).

Pero, pese a la opinión de tan destacados tratadistas, en hipótesis semejantes debe aplicarse el artículo 23, inciso 2º de la ley 14.394 y declararse la "ausencia con presunción de fallecimiento"; de lo contrario esa norma no tendría razón de ser, ya que en cualquier naufragio el juez podría argüir que tiene la "certeza moral" de que los tripulantes del navío han muerto y aplicaría exclusivamente el agregado al artículo 108, mandando inscribir la "muerte probada".

⁷. Diccionario de la Lengua española, Real Academia, 18ª ed., Madrid, 1956.

⁸. También se ocupa de este sentido técnico forense el Diccionario de la Academia, y así vemos que en la 4ª acepción de la voz **ausencia** dice: "condición legal de la persona cuyo paradero se ignora", y en la 2ª acepción de **ausente**: "Persona de quien se ignora si vive todavía y donde está".

a) El conocer o ignorar el domicilio de una persona tiene gran importancia para el derecho. ya que -por ejemplo- si no se ha fijado otro lugar, el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor; las demandas judiciales notificarse en el domicilio del demandado; la sucesión se abre en el último domicilio del causante; etc.

b) En la hipótesis de ausencia con bienes en estado de abandono la ley se preocupa por arbitrar los medios para la conservación y cuidado de esos bienes, en defensa no sólo de los intereses personales del ausente, sino también de intereses sociales, pues la colectividad debe cuidar que no se destruyan inútilmente bienes que forman parte de la riqueza de la comunidad.

c) Por último, en la ausencia con presunción de fallecimiento, la falta de noticias de la persona, durante los lapsos que la ley fija, se toma como indicio de que debe haber fallecido.

III.- LA AUSENCIA EN EL DERECHO FRANCÉS.

Es indispensable referirse al Derecho francés porque allí nace -en razón de necesidades propias de ese sistema jurídico- la distinción entre ausentes y desaparecidos.

a) Régimen del Código napoleónico.

El Código civil francés no recoge de manera integral todos los supuestos de "ausencia" en sentido técnico que hemos reseñado más arriba. Se ocupa, es cierto, de los ausentes de domicilio ignorado, y también de proveer las medidas necesarias para el cuidado de los bienes que quedan en estado de abandono.

Incluso, con relación a esta última hipótesis, cuando la ausencia se prolonga demasiado, procede a entregar los bienes en "posesión definitiva" a las personas que debían heredar al ausente, en caso de que hubiese fallecido; pero, en ningún momento, por prolongado que sea el lapso de ausencia, se llega a presumir la muerte de la persona, sino que predomina en todo momento la incertidumbre sobre si está o no viva⁹.

Para destacar más el punto, reseñaremos algunas de las normas que sobre el particular contiene el Código Napoleón:

1) Si el ausente no ha dejado apoderado, el pedido de declaración de ausencia puede efectuarse después que hayan transcurrido cuatro años desde la última noticia (artículos 115 y 120);

⁹. **Planiol** sostiene que la idea central que inspira al sistema francés es que "la ausencia, por larga que sea, jamás da la certidumbre del deceso" (*Traité élémentaire...*, 7ª ed., París, 1915, I, 634, p. 223).

2) Si ha dejado apoderado, los herederos presuntivos del ausente recién pueden pedir la declaración y entrega de los bienes en posesión provisoria, cuando hayan transcurrido diez años (artículo 121, Código civil francés).

3) Durante el período de posesión provisoria, los herederos, a quienes se les entregan los bienes del ausente, sólo tienen facultades de administración (artículo 125, Código civil francés).

4) La posesión definitiva recién puede reclamarse después de treinta años de posesión provisoria, o si han transcurrido cien desde el nacimiento del ausente (artículo 129, Código civil francés).

Y aún después de esto, los artículos 131 y 132 se colocan en la posición de una posible reaparición del ausente. Esto en lo que se refiere a los efectos patrimoniales de la declaración de ausencia; agreguemos que, en el terreno matrimonial, el vínculo subsiste, de manera que si el cónyuge presente contrajese nuevas nupcias, y el ausente reapareciera, podría demandar la nulidad del segundo matrimonio (artículo 119, Código civil francés).

De manera que podemos sostener que el Código civil francés no prevé la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, sino que se limita a legislar la forma en que deberá atenderse al cuidado o distribución de los bienes dejados por el ausente.

Los defectos de la ley francesa originaron dificultades prácticas, pues mantenían una situación de incertidumbre jurídica durante períodos muy largos; se producía una inmovilización de los bienes que habían correspondido a los ausentes y -por otra parte- los cónyuges presentes no podían contraer válidamente nuevas nupcias¹⁰.

La doctrina, la jurisprudencia y el legislador, por diversos caminos, procuraron poner remedio a esta situación. Así vemos que se comienza a distinguir los ausentes (personas de las que simplemente no se tiene noticias) de los "desaparecidos"¹¹.

b) Desaparición.

La doctrina afirma que debe hablarse de "desaparición" cuando a la falta de noticias se añade el conocimiento de que la persona se ha encontrado en una situación especial de

¹⁰. **Colin y Capitant** dicen que el régimen adoptado por el Código civil francés quizá fuese defendible en la época de su redacción, pero que, so pretexto "de respetar los derechos del ausente, compromete los de terceros, especialmente los del cónyuge y, sobre todo, conduce a instituir un régimen complicado y molesto" (**Curso elemental de Derecho civil**, traducción al castellano de Demófilo de Buen, 3ª ed., Reus, Madrid, 1952, I, 192, en especial p. 916).

¹¹. Conf. **Espín, Diego**: Manual de Derecho civil español, Parte General, 3ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, cap. XV, pp. 251 y ss., y **Castán Tobeñas, José**, Derecho civil español común y foral, Parte General, T. I, vol. 2, 10ª ed., Reus, Madrid, 1963, p. 294.

peligro, que hace pensar que debe haber fallecido ¹². Se llegará entonces, por vía judicial, a declarar su "desaparición", que tiene como efecto el que se ordene inscribir en el Registro Civil el "deceso" de la persona ¹³ con consecuencias iguales a las de la muerte probada, abriéndose el juicio sucesorio y quedando disuelto el vínculo matrimonial.

Las primeras normas que encontramos en este sentido corresponden a un decreto del 3 de enero de 1813, sobre derrumbe de minas, permitiendo que el alcalde labre la partida de defunción, pese a que los cuerpos no hayan podido ser rescatados. Posteriormente, el 13 de enero de 1817, se dicta una ley que permite tener por muertos a los desaparecidos en acciones de guerra (en el período comprendido entre 1792 y 1815); disposiciones de esta índole se reiteran con motivo de la guerra franco-prusiana (ley del 9 de agosto de 1871), de la Primera Guerra mundial (ley del 3 de diciembre de 1915) y de la Segunda Guerra mundial (ley del 22 de septiembre de 1942).

Por su parte la jurisprudencia había realizado un esfuerzo, en materia de naufragios, permitiendo la inscripción de la muerte de las personas desaparecidas en tales accidentes, cuando se probase ante la justicia que el navío efectivamente había naufragado. Esta solución es recogida por el legislador, en ley del 8 de junio de 1893, que modificaba varios artículos del Código civil.

Encontramos también una ley del 31 de mayo de 1924, modificada por decreto del 30 de noviembre de 1955, que permite inscribir la muerte de los "desaparecidos" en accidentes aéreos ¹⁴.

c) Desaparición de personas y desaparición de cadáveres.

Todo este material jurisprudencial y legislativo es sistematizado por la doctrina, que construye una teoría de la "desaparición" **con efectos de muerte probada**. Pero durante mucho tiempo no existieron en Francia normas de carácter general, sino solamente las disposiciones aisladas que reseñamos más arriba. Recién el 30 de octubre de 1945 una ordenanza,

¹². Conf. **Mazeaud, Henry, León y Jean**, Lecciones de Derecho civil, traducción al castellano, ed. Ejea, Buenos Aires, 1959, Parte I, vol. II, 446, página 12: "El individuo del que existe **casi la certeza** de que ha muerto, sin que se haya podido encontrar su cadáver, es un **desaparecido**".

¹³. Autores y obra citada en nota 10, p. 839.

¹⁴. "Art. 42 (Decreto del 30 de noviembre de 1955).- En el caso de desaparición sin noticias de una aeronave, el aparato se considerará perdido tres meses después de la última noticia.

La muerte de las personas que se encontraban a bordo de la aeronave puede ser declarada judicialmente después de expirado ese plazo, por aplicación de los artículos 87 a 89 del Código civil...".

vinculada con el Registro Civil, generaliza estas disposiciones, regulando en el artículo 88 la declaración judicial de fallecimiento por causa de "desaparición" (posteriormente estas disposiciones fueron modificadas por otra ordenanza del 23 de agosto de 1958); de esta manera viene a llenarse la laguna que existía en el sistema jurídico francés, que no contemplaba la ausencia con presunción de fallecimiento, y la nueva norma es aplicable a dos hipótesis:

1) No se encuentra a una persona, que ha estado en circunstancias tales que ponían en peligro su vida ¹⁵.

Aquí, como dicen los Mazeaud, sólo hay "casi certeza de la muerte" ¹⁶. Se trata de una hipótesis de **desaparición de persona**, asimilable, en cierta manera, a los "casos especiales" de ausencia con presunción de fallecimiento que contempla el derecho argentino y a los que nos referiremos luego.

2) Existe **certeza** de la muerte, pero ha "desaparecido el cadáver" (párrafo final del artículo 88) ¹⁷.

Esta hipótesis sería asimilable a la que ha sido agregada al artículo 108 del Código civil argentino por la ley 14.394.

Vemos, pues, que en el propio derecho francés, dentro de la desaparición, se distinguen claramente dos hipótesis, en una de las cuales sólo se presume el fallecimiento y hasta se regulan los efectos de la "reaparición" (ver art. 92 del Código civil francés), porque sólo se trata de "desaparición de la persona", mientras que en la otra hay "absoluta certeza" de la muerte, y lo único que ocurre es que no se ha podido encontrar el **cadáver**.

Podemos, entonces, concluir esta breve reseña del derecho francés señalando que en el momento actual encontramos:

1) La **ausencia declarada**, que se basa en la simple falta de noticias y solamente prevé el cuidado o distribución de los bienes del ausente.

2) La declaración judicial de muerte por **desaparición de la persona** en circunstancias tales que su vida corría peligro, con efectos iguales a la muerte probada.

3) La declaración judicial de muerte probada, por **desaparición del cadáver**, existiendo

¹⁵. "Art. 88 del C. civil francés (ordenanza del 23 de agosto de 1958).- Se puede declarar judicialmente, a pedido del Procurador de la República o de las partes interesadas, la muerte de cualquier francés **desaparecido** en Francia o fuera de Francia, en circunstancias de tal naturaleza que pusieran su vida en peligro, cuando su cuerpo no ha podido encontrarse..."

¹⁶. Ver cita efectuada en nota 12.

¹⁷. "Art. 88 del C. civil francés (ordenanza del 23 de agosto de 1958).-

... El procedimiento de declaración judicial de muerte es también aplicable cuando hay certeza del fallecimiento, pero el cadáver no ha podido ser encontrado.

certeza de que se produjo el fallecimiento.

IV.- OTRAS LEGISLACIONES DE LA FAMILIA ROMANISTA

a) **Italia.**

Se ha dicho con frecuencia que el Código civil italiano de 1865 era una copia del Código Napoleón; sin embargo, en este punto de la ausencia encontramos una diferencia notable, pues el legislador ha sabido tener en cuenta los defectos de la ley francesa y ha buscado una solución diferente para superar las dificultades que se creaban en ese ordenamiento legislativo.

Aparece así, por primera vez, una norma de carácter general que equipara la "desaparición" con la muerte probada, el artículo 391, que se encuentra en el título que trata de los actos del Registro civil y -más específicamente- de las partidas de defunción ¹⁸.

Debe, entonces, distinguirse entre los "ausentes", personas sobre cuya existencia hay dudas, y los "desaparecidos", cuya muerte es cierta, porque ha ocurrido en un accidente de tal naturaleza que no deja ninguna duda sobre el fallecimiento, aunque no haya podido encontrarse el cadáver ¹⁹.

Para la ausencia se mantiene una regulación similar a la del Código civil francés, mientras que la "desaparición" es una hipótesis de muerte probada, con efectos iguales a la de este hecho, razón por la cual deberá abrirse el juicio sucesorio, entregarse los bienes a los herederos, y se admitirá que el cónyuge del desaparecido contraiga nuevo matrimonio.

Sancionado el nuevo Código civil en 1942, se cambia totalmente la regulación de la ausencia; se adopta la denominación de "desaparecido" en reemplazo de la "ausencia presunta" ²⁰; hay luego una "declaración de ausencia", que suma al hecho de la desaparición el transcurso del tiempo y un pronunciamiento judicial ²¹ y, finalmente, se ha incluido en el Código una

¹⁸. "Art. 391 (Código civil italiano de 1865).- En caso de muerte, cuando no sea posible encontrar o reconocer el cadáver, el alcalde u otro oficial público efectuará un sumario y lo transmitirá al procurador del Rey, por cuya orden, después de obtenida la autorización del tribunal, se agregará dicho sumario en el Registro del Estado civil".

¹⁹. Conf. **Serrano y Serrano, Ignacio**: La ausencia en el Derecho español, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, p. 42.

²⁰. Ver **Barbero, Domenico**, Sistema de Derecho privado (traducción al castellano de Santiago Sentís Melendo), ed. Ejea, Buenos Aires, 1967, T. I, N° 104, pp. 228 y ss.

Esta situación, contemplada en el artículo 48 del Código civil italiano, corresponde, en cierta medida, a lo que nuestro derecho conoce como "ausencia con bienes en estado de abandono".

²¹. Obra y autor citados en nota anterior, p. 131. El problema está regulado en los artículos 49 a 57 del Código civil italiano. Sus efectos son similares a los de la **ausencia** del derecho francés, sin repercusión sobre el vínculo matrimonial.

"declaración de muerte presunta", institución que no era conocida en los textos anteriores y en la cual se distinguen hipótesis ordinarias e hipótesis especiales de plazos reducidos cuando la persona se ha encontrado en situación de grave riesgo²², con efectos prácticamente iguales a los de la muerte probada no sólo en el ámbito patrimonial, sino también en el de las relaciones matrimoniales, pues habilita al cónyuge a contraer nuevo matrimonio²³.

No encontramos en este nuevo Código ninguna norma que reproduzca el viejo artículo 391, que al parecer ha sido considerado innecesario, en razón de que a la "declaración de muerte presunta" se le otorgan efectos similares a la muerte probada. Solamente hallamos en el Código de Navegación algunas disposiciones²⁴ que facilitan y aceleran la tramitación del procedimiento de declaración de muerte presunta, cuando se trata de desapariciones ocurridas en el mar o en ocasión de naufragios²⁵, y que encuentran su antecedente en el artículo 396 del Código civil de 1865.

b) España.

El problema también se ha planteado en España, cuyas leyes tampoco concedían a la ausencia efectos similares a los de la muerte, lo que obligó a dictar normas especiales para regular la situación de los desaparecidos.

Encontramos así los decretos del 1º de mayo de 1873 y 17 de julio de 1874, para los casos de accidente, incendio o naufragio; el artículo 90 de la ley de Registro Civil, para los militares desaparecidos en campaña; el decreto de 19 de febrero de 1923, con motivo de la Guerra de África, para el personal del Ejército y agregados desaparecidos en el desastre de Annual y, con motivo de la última Guerra Civil, el decreto del 8 de noviembre de 1936 y las órdenes del 10 de noviembre de 1936, 12 de agosto de 1941 y 15 de diciembre de 1949, sobre los desaparecidos en ese período, fuesen o no combatientes²⁶.

²². Barbero, ob. cit., p. 235. La ley dedica a esta hipótesis los artículos 58 a 68; los casos especiales de plazo reducido están contemplados en el artículo 60.

²³. Trabucchi, A.: Instituciones de derecho civil (traducción al castellano de Luis Martínez Calcerrada), ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, T. I, p. 83.

La ley italiana trata el problema en los artículos 65 y 68.

²⁴. Artículos 206, 209 y 211 del Código de Navegación.

²⁵. Trabucchi, A.: Obra citada, p. 84.

²⁶. Ver Espín, ob. cit., p. 2252, n. 48, y Castán Tobeñas, ob. cit. p. 318.

El Código civil de 1889 regulaba la ausencia con alcances bastante similares a los trazados en el derecho francés y, aunque posteriormente estas normas han sido modificadas ²⁷, llegándose a regular una "declaración de fallecimiento" (artículos 193 a 197), sus efectos no se equiparan a los de la muerte probada, especialmente en el ámbito matrimonial, ya que el vínculo no se disuelve por esta declaración ²⁸. Se considera, sin embargo, que el último párrafo del artículo 195 estaría en concordancia con las disposiciones que sobre el particular se encuentran en el Derecho canónico, por las que se admite un nuevo matrimonio, con permiso especial del Obispo o de la Santa Sede, cuando exista "certeza moral" de que se ha producido la muerte del ausente ²⁹.

Por su parte la ley de Registro Civil actualmente en vigencia, recogiendo como precedente no sólo el artículo 90 de la ley de 1870 -al que hemos hecho mención más arriba-, sino también a la orden del 28 de diciembre de 1900 y la Resolución del 25 de enero de 1932, incluye entre las hipótesis de muerte probada aquellos casos en que el cadáver hubiere desaparecido o se hubiere inhumado antes de la inscripción (artículo 86, ley del 8 de junio de 1957). Pero para ello no basta la simple ausencia ni las presunciones de fallecimiento, sino que "se requiere **certeza indudable**", según la expresión empleada en el Reglamento del Registro Civil ³⁰, y la doctrina española más autorizada estima que debe juzgarse la materia con el mayor rigor, "debiendo evitarse todo confusionismo con las situaciones de hecho en las que sólo cabe dictar resoluciones declarativas de ausencia" ³¹, señalando como supuestos de "desaparición" los ya conocidos de naufragos, viajeros de aeronaves, mineros sepultados en un derrumbe o personas caídas en un glaciar o sima en condiciones análogas.

V.- CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LAKE SUCCES (1950).

²⁷. Ley de 30 de diciembre de 1939.

²⁸. **Serrano y Serrano, I.**: ob. cit., p. 402.

²⁹. Autor y lugar citados en nota anterior.

³⁰. "Art. 278 (Decreto del 14 de noviembre de 1958).- Cuando el cadáver hubiera desaparecido o se hubiera inhumado, no basta, para la inscripción, la fama o posibilidad de muerte, sino que **se requiere certeza indudable**.

En su caso, a la Autoridad Judicial que instruye las diligencias seguidas por la muerte, debe haber precedido informe favorable del Ministerio Fiscal, y si se trata de Autoridad Judicial militar, el del Auditor; si la Autoridad Judicial es extranjera, se instruirá, para poder inscribir, el oportuno expediente.

Para precisar las circunstancias en el expediente o diligencias, se tendrá en cuenta las pruebas previstas para el de reconstitución..."

El artículo 279 del Reglamento del Registro Civil también se vincula con este problema.

³¹. Conf. **Peré Raluy, José**: Derecho del Registro Civil, ed. Aguilar, Madrid, 1962, T. II, p. 789.

En el ámbito internacional también ha sido motivo de preocupación el problema de los "desaparecidos" y la necesidad de llegar a una declaración judicial de fallecimiento con efectos equiparables a los de la muerte, tanto en el ámbito patrimonial como de las relaciones de familia, problema que se había agudizado sobremanera con motivo de la Segunda Guerra mundial. A raíz de esto se firmó por 25 países, el 6 de abril de 1950, una "Convención Internacional sobre declaración de muerte de personas desaparecidas".

Se procuraba en dicha Convención contemplar la situación de las personas desaparecidas durante los años 1939 a 1945 en circunstancias de guerra o de persecuciones raciales, políticas, ideológicas, cuando esas personas hubiesen tenido su última residencia en Europa, Asia o África, es decir en los continentes que fueron el principal teatro de las acciones bélicas. Se requería, también, que hubiesen transcurrido **cinco** años desde la última noticia del desaparecido.

Por sus características, la figura contemplada corresponde a la que hemos denominado "desaparición de personas", al ocuparnos del derecho francés, o a lo que en el derecho alemán se llama "ausencia calificada", y en el derecho argentino está prevista como "hipótesis extraordinarias" de ausencia con presunción de fallecimiento.

VI.- LA AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.

Ya el jurista brasileño Freitas había advertido las deficiencias del Código Napoleón sobre este punto, y nuestro codificador recoge su opinión en la nota al artículo 110:

"Freitas observa que el Código francés y los demás que lo han seguido no hablan precisamente de la ausencia con presunción de fallecimiento..."³².

Y agrega luego Vélez Sársfield:

" ... La declaración judicial que por esos Códigos debe hacerse, es meramente declaración de ausencia, cuando debía ser declaración del día del fallecimiento presunto, según las mismas resoluciones finales, que en dichos Códigos de advierte. Es, pues, inútil, notar las concordancias con los Códigos extranjeros".

Advertido el codificador de los defectos del Código Napoleón, pone especial

³². Ver la nota al artículo 257 del **Esboço** de Freitas.

cuidado en regular la ausencia con presunción de fallecimiento ³³, e incluso distingue una hipótesis ordinaria, en que la declaración de ausencia tiene como base la falta de noticias durante seis años (artículos 110 y 111), y una hipótesis extraordinaria, cuyo plazo se reduce a tres años, porque a la falta de noticias se suma otra circunstancia, como haber sido gravemente herido en un episodio bélico, o haber desaparecido conjuntamente con otras personas en un siniestro, o haberse encontrado en un buque que ha naufragado (artículo 112) ³⁴.

De esta forma nuestro Código prevé, como un supuesto especial de ausencia con presunción de fallecimiento, las hipótesis que en la doctrina francesa van a ser englobadas en la "desaparición de personas", para motivar -en ese ordenamiento jurídico- una "declaración judicial de muerte".

Ahora bien, aunque en el Código predomina siempre la incertidumbre respecto a la vida del ausente, cabe destacar que la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento tenía, en el ámbito de las relaciones patrimoniales, efectos casi iguales a los de la muerte probada ³⁵, y que difieren mucho de los que el Código francés atribuye a una "simple declaración de ausencia". Así vemos que una vez que el juez declaraba la "ausencia con presunción de fallecimiento", y fijaba el día presuntivo de la muerte:

- 1) Se procedía a la apertura de la sucesión y se mandaba abrir el testamento, si lo hubiese (artículo 116);
- 2) Se entregaban los bienes a los herederos, primero en posesión provisional (artículo 118), y luego de manera definitiva (artículo 122), pero siempre en su carácter de herederos; y
- 3) Se ponía fin y liquidaba la sociedad conyugal (artículo 123).

En cambio, la ausencia con presunción de fallecimiento no afectaba al vínculo matrimonial, que se mantenía indisoluble, mientras no se probase la muerte efectiva del ausente (artículo 233 del Código civil y 83 de la ley de matrimonio civil).

Esta ha sido, sin duda, la razón que impulsó a algún jurista, como Bibiloni, a proponer la incorporación a nuestro sistema de la "desaparición", inspirándose en el Código

³³. Aunque, a su vez, nuestro codificador descuidó el problema de la ausencia con bienes en estado de abandono.

³⁴. Vélez Sársfield, en el artículo 113, reprodujo textualmente el inciso 2 del artículo 244 del *Esboço* de Freitas. A su vez el jurista brasileño expresa en la nota a este artículo que en esta materia ha adoptado con algunas modificaciones, las ideas del Código de Chile, que es "el que mejor ha reglado este asunto del fallecimiento presunto". Debe, pues, consultarse como también como antecedente el artículo 81 de la obra de **Andrés Bello**, en especial su inciso 7.

En la doctrina alemana, en estas hipótesis, se habla de "ausencia calificada" (ver **Enneccerus, L.**, Derecho civil, Parte General, traducción al castellano de Pérez y Alguer, ed. Bosch, Barcelona, T. I, N° 79-II, pp. 338 y ss.

³⁵. Conf **Llambías, J.J.**: Ob. cit. en nota 4, N° 972, p. 656.

italiano de 1865³⁶, al tiempo que proyectaba conceder al cónyuge del ausente la posibilidad de contraer nuevas nupcias³⁷. Lo que no advirtió Bibiloni es que era innecesario superponer ambas soluciones, pues con una sola de ellas se alcanzaba el objetivo buscado.

VII.- AUSENCIA Y DESAPARICIÓN EN LA LEY 14.394.

El panorama varía a fines de 1954, cuando el Congreso de la Nación sancionó la ley 14.394, cuyo capítulo III (artículos 15 a 32) contiene una serie de normas dedicadas a la ausencia³⁸.

En primer lugar, llena la laguna del Código respecto a la hipótesis de ausencia con bienes en estado de abandono (artículos 15 a 20).

En segundo lugar, reduce el plazo ordinario de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento de seis años a tres (artículo 22), lo que se justifica plenamente por los asombrosos progresos operados en el último siglo en materia de transporte y de comunicaciones; casi no hay región del mundo, por lejana o aislada que se encuentre, que no pueda comunicarse con cualquier otro punto del planeta en escasos segundos por medio de la radio o de la telegrafía sin hilos. No hay, pues, razones para que una persona permanezca largos períodos sin que de ella se puedan obtener noticias.

En tercer lugar, desdobra la hipótesis extraordinaria de ausencia calificada, que

³⁶. "Art. 90 (Anteproyecto de Bibiloni).- Cuando una persona ha desaparecido en tales circunstancias que su muerte deba ser tenida como cierta, la muerte puede ser inscrita en el Registro por orden de la autoridad policial o judicial que levantó el sumario de investigación, aunque el cadáver no se haya encontrado, o no haya sido identificado.

Toda persona interesada puede decir, sin embargo, que se haga constar judicialmente la existencia o la muerte de la persona desaparecida".

Posteriormente siguieron un camino parecido el Proyecto de Reformas de 1936 (artículo 41, y artículo 31 del Proyecto de Ley sobre Registro de Inscripciones), y el Anteproyecto de 1954 (artículo 50).

³⁷. "Art. 648 (Anteproyecto de Bibiloni).- El matrimonio celebrado por el cónyuge de un ausente después de la declaración de su fallecimiento, disuelve el anterior, a menos que se hubiera realizado teniendo noticias ambos contrayentes de la existencia efectiva del ausente.

³⁸. Estas normas son reproducción casi textual de las contenidas en el Anteproyecto de Código civil de 1954, en los artículos 53 a 69, salvo el artículo 31 de la ley 14.394, que se refiere a la posibilidad de que el cónyuge del ausente contraiga nuevas nupcias, problema que estaba contemplado, aunque con otra redacción y efectos en el artículo 439 del mencionado Anteproyecto de 1954.

Se advierte también en el Anteproyecto una laguna: no hacía referencia a la disolución de la sociedad conyugal, lo que motivo un agregado en la parte final del artículo 30 de la ley 14.394 (corresponde al artículo 68 del Anteproyecto), no muy feliz, en cuanto a la ubicación, que ha permitido a algunos autores sostener que la sociedad de gananciales subsiste después de la declaración de muerte presunta, durante cinco años.

En realidad, con la declaración de muerte la sociedad **se disuelve**; lo único que subsiste es el derecho del cónyuge de lograr que no se efectúe la **liquidación** durante ese lapso.

correspondía aproximadamente a lo que en Francia se ha contemplado como "desaparición de personas" y en Venezuela como "presunción de muerte por accidente"³⁹, en dos casos bien diferenciados. En el primero se ocupa de aquellas personas que se encontraron en el lugar de un siniestro que pudo poner en peligro su vida (incendio, terremoto, acción de guerra, etc.), y dispone que procederá declarar su fallecimiento presunto al cabo de dos años (artículo 23, inciso 1), pero distingue, dentro de estos siniestros, como segunda hipótesis, el caso de las "naves o aeronaves naufragadas o perdidas" (artículo 23, inciso 2), exigiendo solamente que hayan transcurrido seis meses desde la última noticia.

La distinción es muy acertada; hoy todos los barcos mercantes y de guerra están provistos de aparatos transmisores y receptores, que les permiten comunicarse con los otros barcos que navegan en aguas vecinas y con los puertos; prestar auxilio a quienes se hallen en las cercanías o solicitarlo en caso de peligro. Las aeronaves comerciales también deben estar provistas de radiotransmisores y mantener contacto periódicamente con el aeropuerto más cercano.

Por otra parte, y pese a lo que algunos autores hayan sostenido, los hechos demuestran que es un verdadero acierto del legislador haber incluido estas hipótesis dentro de la "presunción de fallecimiento", y no dentro de la "muerte probada". Por más que se arguya que las circunstancias "climáticas y biológicas" pueden llevar al juzgador a la convicción de que los tripulantes deben haber fallecido, nunca se tendrá absoluta certeza y es conveniente esperar el plazo de seis meses que fija la ley argentina, antes de que se llegue a la "declaración de muerte presunta".

El dramático accidente de aviación ocurrido en plena cordillera de los Andes a la aeronave uruguaya que transportaba un grupo de jugadores de rugby y sus familiares, que permaneció extraviada durante casi tres meses, demuestra cómo puede haber sobrevivientes pese a las más adversas condiciones y en circunstancias en que la lógica llevaría a asegurar que todos los tripulantes y pasajeros "debían haber perecido".

Agreguemos, por último, con relación a la situación matrimonial, que el artículo 31 de la ley 14.394 habilita al cónyuge del ausente a contraer nuevo matrimonio, y en tal caso el vínculo primitivo se disuelve en el momento de efectuarse las nuevas nupcias.

Por ello podemos decir que la nueva ley argentina de "ausencia con presunción de fallecimiento" produce efectos, en todos los ámbitos -personal, familiar y patrimonial-, que

³⁹. Ver "La presunción de muerte por accidente" de **Hanna Binstock**, "Studia Iuridica", Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1973, N° 3, pp. 9-70.

pueden equipararse casi totalmente a la muerte probada ⁴⁰.

Con respecto a la desaparición, encontramos el artículo 33 de la ley 14.394, contenido en un capítulo aparte, el IV; ya no se trata aquí de una hipótesis de ausencia, sino de muerte probada. La norma exige **certeza** ⁴¹ sobre la existencia del cadáver, y no una mera "convicción" de que la muerte es casi segura. Si se trata de eludir el artículo 23 de la ley y recurrir al artículo 33 para conseguir que se declare una "desaparición de cadáver", cuando sólo se está frente a hipótesis de "ausencia con presunción de fallecimiento", se está forzando la aplicación de los textos legales, sin que haya verdadera necesidad, pues, en sus efectos de "fondo", ausencia y desaparición son prácticamente equiparables. Se trata, en realidad, de eludir solamente algunas exigencias legales, como la publicación de edictos, o adelantarse y lograr la declaración de muerte antes de que transcurran los plazos previstos por la ley, y los magistrados deberían mostrarse celosos defensores del cumplimiento de estos requisitos, que han sido establecidos para salvaguardar los intereses del ausente.

Quizá se nos pregunte: ¿cuándo podría, entonces, aplicarse el artículo 33 de la ley 14.394? Solamente en aquellas circunstancias excepcionales en que hay certeza absoluta de que la muerte se ha producido, aunque no haya sido posible encontrar el cadáver para la verificación del deceso por el oficial público; verbigracia, como en el derecho francés, cuando se produce el derrumbe en una mina y quedan atrapados en una de las galerías los obreros de un turno. Consta con seguridad total que esas personas se encontraban trabajando; los cadáveres no pueden ser rescatados, pero hay certeza absoluta de la muerte. Podemos también imaginar el caso de un andinista que, a la vista de sus compañeros, se despeña en la grieta de un ventisquero y, además, las hipótesis en que los cuerpos se encuentran, pero son inidentificables; verbigracia, un avión - en el que sabemos que viajan 10 personas- a poco de despegar se precipita a tierra envuelto en llamas y todos los ocupantes perecen carbonizados; hay restos humanos de 10 cadáveres, pero - individualmente- resultan inidentificables.

En cambio, si se trata de la mera desaparición de la nave o aeronave, como en el caso del rastreador "Fournier" ⁴², del "Avro Lincoln", piloteado por Mendioroz ⁴³, o de la

⁴⁰. Conf. **Aráuz Castex, Manuel**, Parte General, Buenos Aires, 1965, T. I, N° 720, p. 432.

⁴¹. El texto del artículo 33 de la ley 14.394 puede ser consultado en la nota 5 de este trabajo.

⁴². "Bachiega, Tori de (suc), Jurisprudencia Argentina, 1952 - II, p. 455. En la especie el tribunal habló de muerte probada, forzando los textos entonces vigentes; ello quizás se justificaba más en ese momento, porque todavía no se había sancionado la ley 14.394, y la declaración de fallecimiento presunto no habilitaba para contraer nuevo matrimonio.

⁴³. El 22 de marzo de 1950 se perdió en la región antártica el Avro Lincoln B-019, piloteado por Bautista Faustino Mendioroz; posteriormente se aceptó como prueba supletoria de su muerte un Decreto del Poder Ejecutivo Nacional

avioneta en que viajaban Blaquier y Estivill⁴⁴, no es correcto recurrir al artículo 33, sino que debe aplicarse la disposición específica del artículo 23. A esta solución llegamos también de manera forzosa si procuramos interpretar sistemáticamente la ley 14.394, ya que no puede concebirse que las dos normas (artículos 23 y 33) contemplen hipótesis similares, dándoles soluciones distintas...; ¡una de las dos estaría de más!

Por ello, insistimos, debe aplicarse el régimen de la ausencia con presunción de fallecimiento cuando la persona se ha encontrado en circunstancias que han puesto en grave riesgo su vida, pero no hay certeza absoluta de la muerte. Esos casos, que en el derecho francés son de "desaparición de la persona", para nuestro sistema jurídico son hipótesis de ausencia.

La "desaparición", en el derecho argentino, se reduce a los casos de "certeza" plena del fallecimiento.

VIII.- CONCLUSIONES.

1) La ausencia con presunción de fallecimiento, en el sistema jurídico argentino actualmente vigente, produce efectos equiparables a los de la muerte probada, habilitando incluso al cónyuge del ausente a que contraiga nuevo matrimonio (artículo 31, ley 14.394).

2) Los plazos establecidos como requisito para poder llegar a la "presunción de fallecimiento", se ajustan a las necesidades del mundo moderno, y tienen como finalidad salvaguardar los intereses del ausente, por lo que deben ser respetados celosamente.

3) La "desaparición", en el derecho francés, comprende dos situaciones diferentes: a) desaparición de la persona, que corresponde a lo que el sistema jurídico argentino regula como "hipótesis extraordinarias de ausencia con presunción de fallecimiento", y b) desaparición del cadáver.

4) El agregado efectuado al artículo 108 del Código civil argentino, por el artículo 33 de la ley 14.394, legisla la "desaparición del cadáver" como un caso de muerte probada.

5) Para que pueda declararse la "desaparición", en virtud del mencionado artículo 108, el

que consideraba al piloto de la aeronave como fallecido "en y por actos de servicio"; en "Mendioroz, José (suc)", Juzgado Nacional de Río Negro, 1ª instancia firme, 30 de junio de 1954, Jurisprudencia Argentina, 1955 -I, p. 10, con nota de **Spota** titulada "Prueba de la muerte ocurrida en desastre aéreo", que elogia el fallo.

Deseamos insistir sobre el hecho de que tanto este caso como el del rastreador "Fournier" citado en la nota anterior, fueron resueltos antes de la sanción de la ley 14.394, cuando la "ausencia con presunción de fallecimiento" no producía efectos equiparables a los de la muerte probada.

⁴⁴. "Blaquier, J.J.S. (suc)", Jurisprudencia Argentina, 1960-IV, p. 94. Con relación a este caso ver nuestro comentario, citado en nota 2.

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
(República Argentina)
<http://www.acader.unc.edu.ar>

juez debe tener la "certeza" absoluta de que la muerte se ha producido, y no la simple convicción basada en presunciones, por fuertes que ellas sean.