

DESAPARICION, DECLARACION DE AUSENCIA Y DECLARACION DE MUERTE PRESUNTA

Autos y Vistos: Estando al mérito de lo actuado de la prueba instrumental presentada, estando a lo dispuesto por el artículo 29o. del código de procedimientos civiles y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Agente Fiscal, se declara ausente a don Marcos Obermaier Serrano, nombrándose como guardadora de sus bienes a su cónyuge Helena Jefferson de Obermaier, quien ejercerá el cargo de acuerdo con las facultades de los artículos 596 y 597 del Código Civil.— Nueve de marzo de mil novecientos setentiocho.— Sergio León Martínez.— Juez.— Suárez Milla.— Secretario.

Autos y Vistos: Estando al mérito de lo actuado y del instrumento de fs. 12, del que se desprende que el ausente Marcos Obermaier Serrano desapareció en circunstancias constitutivas de muerte; y de conformidad con los artículos 611 y 612 del Código Civil: Se declara el fallecimiento legal del referido ausente, ocurrido el 27 de agosto de 1976, así como que ha cesado la curatela de sus bienes, cuyo cargo ejercía su cónyuge sobreviviente doña Helena Jefferson de Obermaier.— Veintiuno de mayo de mil novecientos ochentidos.— Modesta González V. de Contreras.— Juez Provisional del 6o. Juzgado en lo Civil de Lima.

Estas resoluciones fueron expedidas durante la vigencia del código de 1936. La primera declara la ausencia de Marcos Obermaier Serrano y la segunda declara el fallecimiento legal del mencionado ausente. Se presentan ambas resoluciones para poder entender mejor el mecanismo que se pone en marcha una vez producida la desaparición de una persona: Desaparición, Ausencia y Muerte Presunta, de allí que estén íntimamente vinculadas.

La forma en que abordaremos la presente reflexión será la siguiente: Primero presentaremos el tratamiento del código civil de 1936 en relación con estas situaciones. En segundo término comenzaremos a analizar la primera resolución deteniéndonos en los conceptos de desaparición y de declaración de ausencia. En tercer lugar pasaremos a comentar la segunda resolución haciendo una descripción de la declaración de muerte presunta. Finalmente y ensayando algunas conclusiones, el último tramo de nuestro análisis será el de una breve exposición del tratamiento que le da el nuevo código civil a estas figuras jurídicas, sin perjuicio de que en las etapas anteriores de nuestra reflexión se hagan paralelos entre el código derogado y el vigente.

No existía en el código civil de 1936 un tratamiento de estas situaciones de tal manera que se apreciara la secuencia lógica que deba seguirse, la cual es: Desaparición, Declaración de Ausencia, Declaración de Muerte Presunta (si no reaparece el ausente). Además el código anterior no hacía una distinción expresa entre la desaparición y la ausencia con la sola excepción del artículo 9o., inciso segundo: art. 9o.: Son absolutamente incapaces: 2. Los desaparecidos cuya ausencia esté judicialmente declarada.

En dicho código se habla de la constitución de una curatela para los bienes del desaparecido o ausentado (artículo 590o. De la Curatela de los bienes). Asimismo dentro del mismo enfoque que es tratar al interior de la curatela de los bienes el término del estado de ausencia, los artículos 611o. y 612o. señalan las causales del fin de la curatela del ausente y la del que desapareció en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, respectivamente. La disposición del artículo 1069, inciso segundo prescribía lo siguiente: "Se inscribirán en el registro personal las resoluciones en que se declare la presunción de muerte de las personas au-

sentes. Finalmente, el código anterior carecía de un tratamiento adecuado respecto a la muerte presunta o como dice la segunda resolución, fallecimiento legal. Sólo el artículo 37o. —como parte de los registros del estado civil— señalaba que en el caso de que sea imposible encontrar o reconocer el cadáver, no se sentará partida sin mandato judicial". La partida normalmente se sienta con la presentación del certificado de defunción, pero ante la imposibilidad de hacer una autopsia se requiere una resolución judicial que declare primero el fallecimiento y posteriormente otra que ordene la inscripción en el registro del estado civil. Como se desprende de lo expuesto, en el código de 1936 en lo pertinente a desaparición, ausencia y muerte presunta no hay una sistematización en su tratamiento, ya que son situaciones que se relacionan una con otra y que requieren un mecanismo expreso y a la vez simple que vaya de la desaparición (estado de incertidumbre inicial), pase por la declaración judicial de ausencia (dirigida a tutelar los bienes del ausente) y finalmente la declaración de muerte presunta (si no aparece transcurridos ciertos plazos). El Código actual sí lo hace de esta manera, en cambio el código de 1936 en lo que se refiere al tema materia de nuestra reflexión parecía estar destinado a peritos, lo cual hasta cierto punto es razonable en función de la especificidad del Derecho; sin embargo se puede lograr como lo ha hecho el código de 1984, una sistematización del tema al interior del Libro de las Personas, respetando las normas pertinentes de la curatela y de los registros, tanto el personal como el del estado civil. El Código derogado habla de las causales del cese de la curatela del ausente, cuando en realidad dentro de un proceso lógico que guarde armonía entre éstas tres situaciones anormales lo propio es señalar a los artículos 611o. y 612o. del código de 1936 como uno de los dos casos en que procede la Declaración Judicial de Muerte Presunta sin que sea necesaria la de Ausencia.

Visto el contexto legal en que se expiden las resoluciones que nos ocupan pasemos a analizar la primera de ellas. Esta declara la ausencia de Marcos Obermaier Serrano, desaparecido el 27 de agosto de 1976 en un vuelo Lima-Maiquetía (Venezuela) de la Cía. Aeronaves del Perú S.A. Dicha persona comandaba la

nave que a pesar de las gestiones efectuadas ante las autoridades competentes de ambos países no pudo ser hallada. La demanda para que se declare la ausencia es presentada más de un año después, el 04 de noviembre de 1977, plazo más que suficiente para que el desaparecido, si es que existe, reaparezca, lo cual por las circunstancias de la desaparición era algo poco probable. Vamos a detenernos en estas líneas, para preguntarnos: ¿Qué cosa es la desaparición? Este es un hecho que no requiere declaración alguna. Es aprehensible por la sola observación y no necesita del transcurso del tiempo, exactamente igual que el nacimiento. La desaparición sólo requiere que simultáneamente no se encuentre la persona en el lugar de su domicilio y que se carezca de noticias sobre su paradero. Romagnoli precisa que la desaparición genera un estado de incertidumbre y de abandono así como de problemas en las relaciones familiares y patrimoniales del desaparecido. Comprobada la desaparición se declara la ausencia, para tal efecto el código de 1936 no señala un plazo, y se procede a nombrar un curador (art. 590o.) Lo pertinente a la curatela se rige por las normas de esta institución del derecho de familia.

¿Qué es la Declaración Judicial de Ausencia? Es una resolución que tiene por efecto principal proteger los bienes del que se le declara ausente y en general de su patrimonio y de aquellos que tienen un derecho expectativo respecto de él. Tiende a facilitar mediante la curatela en el código derogado o mediante la entrega de la posesión de sus bienes a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla, en el código nuevo; todos los actos destinados a la conservación de los bienes y representación del desaparecido. Dice el Dr. Carlos Fernández Sessarego en la edición de "El Comercio" del día 13 de marzo de 1985: "Se trata de tutelar los derechos del desaparecido, los de su familia, los de terceros y los de la comunidad en general".

A propósito de esto último resulta interesante anotar que dentro del código civil español la declaración judicial de ausencia no constituye la primera diligencia judicial en relación con quien se ausenta o se halla en ignorado paradero; pues apenas se produzca la desaparición efectivamente comprobada, a instancia de parte interesada o del Ministerio Público, cabe nombrar un defensor que ampare o represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave, salvo estar voluntariamente representado. En la resolución comentada han transcurrido diecinueve meses sin que se haya nombrado un curador siquiera interino. Cabe preguntarse entonces: ¿Qué seguridad y qué resguardo tuvieron los bienes y el patrimonio en general así como la familia del desaparecido durante ese lapso? Evidentemente sólo algunas medidas espontáneas que suelen adoptarse en el ámbito privado cuando se advierte una ausencia extraña y algo prolongada de un miembro de la familia. Recién el 08 de marzo de 1978, fecha de la declaración de ausencia de Marcos Obermaier, se nombra guardadora de sus bienes a su cónyuge. El código civil de 1984 contempla una solución similar a la del código civil español para que en caso de que se den las mismas circunstancias se nombre un curador interino (art. 47) Esta curatela se rige por los artículos 564o. a 618o. en cuanto sean pertinentes (art. 48).

La segunda resolución declara el fallecimiento legal de Marcos Obermaier Serrano. En el Código de 1936 no aparece este término en artículo alguno. Hay dos cuestiones previas: Pensamos que es un término e-quivoco ya que no es necesario resaltar aquello de "legal" ya que no podría declararse un fallecimiento ilegal. Simplemente debió decir "... se declara el fallecimiento del referido ausente. . .". En segundo lugar somos de la opinión de que cuando el artículo 1069o. inciso segundo señala de que deben inscribirse en el registro personal las resoluciones en que se declare la presunción de muerte de las personas ausentes, se refiere a las resoluciones que declaran el fallecimiento.

Como dijéramos al hablar del error sistemático que contenía el código derogado, las causales de cesación de la curatela de bienes del ausente así como la del que desapareció en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, están contenidas en los artículos 611 y 612, respectivamente, los cuales cita la resolución que comentamos. Insistimos en que más que una cesación de la curatela de los bienes del ausente, es uno de los casos por los cuales cesan los efectos de la declaración de ausencia: la declaración de fallecimiento también llamada fallecimiento judicial pero en términos más idóneos nos inclinamos por la que utiliza el código de 1984; la declaración de muerte presunta. Existen otros tres casos contemplados en el artículo 59 del mismo código.

¿En qué consiste la declaración de muerte presunta? Como todo hecho jurídico, la muerte requiere ser probada para surtir efectos. La declaración de muerte se basa en un certificado médico cuando el cadáver puede ser examinado, con la doble finalidad de asegurar la efectividad del fallecimiento y de comprobar si existe algo anormal en él. La normalidad del reconocimiento determina la autorización del enterramiento; caso contrario, procede la intervención judicial para esclarecer los hechos. En la declaración de muerte del ausente se procede mediante una presunción juris tantum, concretada en la resolución judicial que se emite sólo cuando ha transcurrido un plazo considerable sin tener noticias de la persona declarada ausente e incluso sin necesidad de este requisito como veremos más adelante. Se pone fin así a la presunción de vida, fundándose en el peligro grave para las declaraciones a corto plazo o en el transcurso del tiempo en circunstancias más normales. Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, dice lo siguiente: "hoy los plazos pretéritos para la declaración de muerte orientados hacia las ausencias treintanales o alcanzar la longevidad del nonagenario se han reducido en extremo, básicamente debido al progreso de las comunicaciones, velocidad de los medios de transporte, etc."

Enseguida analizaremos tal vez el punto más importante de esta segunda declaración: "SE DECLARA EL FALLECIMIENTO LEGAL DEL REFERIDO AUSENTE, OCURRIDO EL 27 DE AGOSTO DE 1976". Esto es inexacto. Si se tuviere la certeza de que el fallecimiento ha ocurrido en la fecha de la desaparición no tendría sentido haber seguido el proceso de declaración de ausencia y ahora el de declaración de fallecimiento. No tendría razón de ser tampoco el plazo de espera que son ahora de dos años en caso de desaparición grave y diez años para los demás

casos. Por lo tanto, la muerte se presume ocurrida AL TERMINO DE LOS PLAZOS INDICADOS, y así lo hará constar la resolución que declara la muerte, salvo prueba en contrario que puede surgir a posteriori, con otros efectos que no son materia de esta reflexión. Sólo a partir de la declaración de muerte es que se abre la sucesión porque, al menos en el plano jurídico, se ha puesto fin a la persona del desaparecido o al ausente, según sea el caso. En el Código Civil español se abre la sucesión pero los herederos no pueden disponer de los bienes a título gratuito hasta pasados los cinco años; reflejándose pues la eventualidad del error y de la "resurrección" del presunto muerto.

Hablar del Código Civil de 1984 y detallar el tratamiento que le da a estas figuras jurídicas resultaría imposible por lo limitado del espacio y además porque el propósito fundamental de esta reflexión ha sido comentar las resoluciones vistas y paralelamente efectuar una comparación de los aspectos más importantes de ambos códigos, el de 1936 y el de 1984.

Desde el punto de vista técnico y sistemático, el nuevo código ha logrado una evidente evolución de estas figuras jurídicas que hoy en día parecen haber cobrado mayor vigencia por diversos motivos que escapan al análisis de nuestras resoluciones.

En primer lugar porque estas situaciones se encuentran incluidas en el Libro de las Personas. El título VI habla de la ausencia en dos capítulos: La desaparición en uno y la declaración de ausencia en otro. Con acierto se hace una distinción de orden técnico entre la desaparición y la ausencia. A diferencia del código derogado, hoy la declaración judicial de ausencia establece la curatela sólo en vía supletoria (art. 50, in fine) ya que en primer término se ordena dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla. Pensamos que ésta innovación del código actual implica ampliar las facultades del designado por la declaración de ausencia para poseer los bienes del ausente. Antes era un mero guardador de los bienes, ahora tiene los derechos y obligaciones inherentes a la posesión y goza de los frutos con la limitación de reservar de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente (arts. 50 y 51). El artículo 63 virtualmente es una repetición del artículo 611 inciso primero del código de 1936: Los efectos de la declaración de ausencia no se prolongan más allá de los diez años a partir de la fecha de la desaparición o si en el estado de la desaparición tuviera más de ochenta años de edad.

El artículo 63 inciso segundo, ha variado en sólo un año menos el plazo para los desaparecidos en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El nuevo código ha agregado un tercer caso: Hay declaración de muerte presunta cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido. Los tres incisos mencionados facultan para que se declare la muerte presunta sin que sea necesaria la de ausencia, de lo cual se deduce que en principio no puede declararse la muerte presunta si es que antes no se ha declarado la ausencia. Se dijo al comienzo del análisis de la primera resolución que la desaparición no requiere de una declaración judicial y siendo la ausencia una desaparición prolongada, el artículo 49 hace bien en señalar el plazo mínimo de dos años para declarar la ausencia. Tal vez la única observación

que formularíamos al código de 1984 en lo referente a la materia comentada sería la siguiente: Si el Código actual no exige declaración judicial para la desaparición, ¿por qué el artículo 2030, inciso segundo, dice a la letra: "se inscriben en el registro personal las resoluciones que declaren la desaparición. . . de las personas"? ¿A qué declaración de desaparición se refiere? Esta norma se encuentra incluida dentro del Libro de los Registros Públicos.

A modo de conclusión, es evidente que si la resolución que declara el fallecimiento legal se hubiese dictado durante la vigencia del actual código, conforme al artículo 63, inciso segundo, no hubiese sido necesaria la declaración de ausencia y por tanto a los dos años de la desaparición en lugar de declararse la ausencia debería haberse declarado la muerte presunta del desaparecido.

Donato Hernán Carpio Vélez

Alumno del octavo ciclo de la
Facultad de Derecho de la PUCP