

## Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después

**Javier de Belaúnde L. de R.**

Profesor del área de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la PUC

Uno de los aspectos que más se ha destacado del Libro Primero del nuevo Código Civil, sobre el Derecho de las Personas, es el relativo al tratamiento coherente de la desaparición, ausencia y muerte presunta<sup>1</sup>.

El presente artículo pretende aportar a la evaluación de la vigencia de la normatividad sobre la materia en los 3 años de aplicación del Código Civil de 1984. Para ello nos ha interesado constatar, principalmente, lo que viene ocurriendo en el mundo judicial. Estas líneas son el resultado de una investigación realizada a fines de 1987 en 10 de los 30 Juzgados Civiles del Distrito Judicial de Lima.

### 1. NECESIDAD SOCIAL Y OBJETIVOS BUSCADOS POR EL LEGISLADOR

Resulta necesario resolver coherentemente los problemas que se presentan a partir de la DESAPARICION de una persona de su domicilio y del lugar habitual de sus actividades, sin que se tenga noticias de ella. Esta situación conlleva generalmente el abandono de la familia y de los intereses del desaparecido, por ello se considera fundamental la intervención del Derecho. Se busca, precisamente, cautelar tales intereses y los de sus causahabientes.

Tal como precisa Diez-Picazo y Gullón, "la ausencia, en sentido material, es una falta de presencia. Está ausente quien en un momento determinado no se encuentra en un lugar donde ha de estar"<sup>2</sup>. No obstante jurídicamente, se requiere algo más; la falta de noticias que genera progresivamente incertidumbre sobre su existencia, originada por el tiempo transcurrido, ("quien da noticias de sí está lejos, no es un de-

saparecido": Messineo) y la falta de quien vea por los intereses del ausente.

Existe, pues, una necesidad social de prever y resolver la multiplicidad de situaciones que la ausencia (en sentido amplio) de una persona, puede generar. Esta necesidad ha sido más apremiante en determinados contextos históricos. Así, a nadie escapa la vinculación de legislaciones como la italiana con una problemática derivada de la guerra. Pero resulta evidente que más allá de la temática generada por un contexto bélico, estas situaciones se producen en la vida cotidiana de los pueblos.

La legislación comparada, dentro de la ausencia, distingue distintas fases: a) persona simplemente desaparecida; b) situación de ausencia legal; c) declaración de fallecimiento. "En el primer caso no hay razón especial para poner en duda la vida del desaparecido, aunque su falta de presencia y el descuido en que quedaron sus asuntos (si los tenía) exige que (cuando sea preciso) se nombre un defensor para que los atienda. En el segundo, al resultar insólito que, viviendo, no se sepa de él, se duda si el ausente vive o no, pero se estima más probable que sí. En el tercero, sin estarse nunca seguro de la muerte, se considera más probable que haya acaecido"<sup>3</sup>.

En el Perú, el codificador del 84 ha querido abordar esa problemática superando el tratamiento inadecuado de nuestra legislación precedente, en la cual no sólo no había en el Código Civil de 1936 un tratamiento sistemático, sino que coexistían normas del Código de Procedimientos Civiles dictadas bajo la vigencia del Código Civil de 1852, que no concordaban plenamente con el Código Civil de 1936, y cuya in-

1. Fernández Sessarego, Carlos: Derecho de las Personas; Lima, Studium, 1986; pp. 115 y 267.

2. Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: Sistema de Derecho Civil; Madrid, Ed. Tecnos, 1981; Vol. I, p. 308.

3. Albaladejo, Manuel: "Derecho Civil", Barcelona, Librería Bosch, 1983; Vol. I, p. 334.

4. Con su rigor habitual, quizás la sistematización más completa la hizo Héctor Cornejo Chávez: "Derecho Familiar Peruano"; Lima, 1970; T. III, pp. 270 y ss.

terpretación traía no pocas dificultades<sup>4</sup>; se trataba al ausente como incapaz relativo; no se distinguía adecuadamente la desaparición de la ausencia; se dejaba de lado la consideración de situaciones vinculadas a derechos personales (el matrimonio, por ejemplo); se aludía a la muerte presunta (Arts. 611 y 612 del Código Civil de 1936) sin mencionarla o de modo poco claro (inc. 2 del Art. 1069). Por ello, el codificador de 1984 buscó dar una respuesta sistemática y coherente, superando las deficiencias precedentes, a la necesidad social de defender los intereses del ausente.

## 2) EL CODIGO CIVIL DE 1984

El nuevo Código diferencia tres situaciones posibles: la desaparición (Arts. 47 y 48), la declaración de ausencia (Arts. 49 a 60) y la muerte presunta (Arts. 63 a 69).

### 2.1) Desaparición

El Código no ha previsto explícitamente una declaración judicial de desaparición. No obstante, ella se configura cuando concurren tres supuestos: una persona no se halla en el lugar de su domicilio (no se requiere plazo), se carece de noticias sobre su paradero y no tiene mandatario con facultades suficientes. A petición de parte interesada o del Ministerio Público, puede proceder por el Juez la designación de un curador interino. De acuerdo a la amplísima remisión del Art. 48, tal curatela se rige, en cuanto sea pertinente, por las disposiciones de los Arts. 564 a 618.

Como precisa Fernández Sessarego, "el hecho de la desaparición, como lo señala el propio Art. 47, genera como única consecuencia jurídica la designación de un curador interino encargado de custodiar los bienes del desaparecido. El Art. 47 no imputa ningún otro efecto jurídico aparte del que acabamos de mencionar". "Lo que pretende el codificador es la custodia de los bienes del desaparecido cuando no exista representante con poderes suficientes"<sup>5</sup>.

No hay consecuencias jurídicas que importen asumir una duda sobre la vida del desaparecido. De otro lado, las facultades del curador no atañen a la persona del ausente. La curatela es a los bienes, no a la persona (Art. 597 del Código Civil).

### 2.2) Declaración de Ausencia

De acuerdo a la regulación del Código, cualquiera con legítimo interés o el Ministerio Público puede pedir la declaración de ausencia, si el hecho de la desaparición de una persona dura más de dos años.

A diferencia de la desaparición, el Código define que la ausencia requiere de una declaración judicial expresa que supone, como elemento de hecho, la de-

saparición, con el añadido de un transcurso de tiempo.

Esta declaración judicial de ausencia, no supone necesariamente el previo nombramiento de un curador.

El principal efecto jurídico de la declaración de ausencia está previsto en el Art. 50 del Código Civil. El juez ordena dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla. El poseedor 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. Salvo casos de necesidad o utilidad, los bienes materia de la posesión temporal no pueden ser enajenados ni gravados (Arts. 51 y 52). A solicitud de cualquiera de los que hubiesen obtenido tal posesión temporal, procede la designación de un administrador judicial (Art. 54).

A diferencia de la situación de simple desaparición, en la cual la existencia de un apoderado hace innecesaria la designación de curador, la declaración de ausencia extingue los poderes otorgados por el ausente (Art. 53). Es que "en lo que respecta a la vida del ausente, la declaración de ausencia legal significa la apertura de la existencia de un estado de duda oficial sobre ella"<sup>6</sup>.

A pesar del desliz del segundo párrafo del Art. 334 del Código Civil, es indudable que la ausencia no es más en nuestro Código causal de incapacidad. Entre otros efectos que produce la declaración judicial de ausencia, podemos citar la suspensión de la patria potestad (Art. 466) y la extinción de la sociedad de gananciales (Art. 318).

Los efectos de la declaración judicial de ausencia cesan ya sea por el regreso del ausente o por la designación de apoderado con facultades suficientes hecha por el ausente con posterioridad a la declaración, o por la comprobación de la muerte del ausente o la declaración judicial de muerte presunta (Art. 59).

### 2.3) Declaración de muerte presunta

La constatación de la desaparición con el consiguiente nombramiento de curador y la declaración de ausencia no afectan la personalidad. La declaración judicial de muerte presunta, en cambio, sí. Importa, en determinados casos, reputar muerto a un desaparecido.

El Título VII del Libro I del Código Civil, regula, de un lado, la muerte natural, y de otro, la muerte presunta. La declaración de muerte presunta opera en casos en que la desaparición se ha prolongado en

5. Fernández Sessarego, Carlos: op. cit., pp. 268 y 270.

6. Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: op. cit., p. 309.

el tiempo, lo suficiente como para hacer presumir que la carencia de noticias, significa razonablemente la muerte, o en casos en que la desaparición se produjo en circunstancias de riesgo evidente de muerte. En ambos casos, no se cuenta con un cadáver o éste no ha sido reconocido. El Art. 63 del Código Civil, prevé tres casos:

- a) Cuando hayan transcurrido 10 años desde las últimas noticias del desaparecido ó 5 si es que tuviere más de 80 años de edad;
- b) Cuando hayan transcurrido dos años y la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte;
- c) Cuando exista certeza de la muerte sin que el cadáver sea encontrado o reconocido.

La declaración de muerte presunta no requiere la previa declaración de ausencia. Los efectos jurídicos, son todos los de la muerte. Jurídicamente un muerto presunto es un muerto. El Art. 64 del Código Civil, en esa línea, aclara que "la declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido". Dicha resolución se inscribe en el Registro de Defunciones.

Cuestión interesante constituye el tratamiento que da el Código Civil en el Capítulo Tercero al Reconocimiento de Existencia. El Código se pone en el caso, por cierto posible, de que el muerto presunto aparezca. Este reconocimiento cabe en el mismo proceso en el cual se declaró al reaparecido como muerto presunto.

Patrimonialmente, el reconocimiento de existencia faculta a la persona a reivindicar sus bienes. El Art. 68, de otro lado, ha resuelto quizás el tema de mayor trascendencia que plantea el reconocimiento de existencia: ¿qué ocurre si el cónyuge del muerto presunto contrajo un nuevo matrimonio? La solución del Código es totalmente coherente con el supuesto de que la declaración de muerte presunta genera todos los efectos jurídicos de la extinción de personalidad. El reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiera contraído el cónyuge del muerto presunto.

### 3. LA JURISPRUDENCIA Y LA APLICACION DEL CODIGO CIVIL (\*)

No pretendemos extraer conclusiones definitivas de la investigación que se ha realizado en un tercio de los Juzgados Civiles de Lima. No obstante, creemos que la muestra es significativa y que aporta información sobre la vigencia del Código Civil en sus tres años, respecto al tema de la desaparición, ausencia y muerte presunta.

(\*) El presente trabajo se ha podido hacer gracias a la colaboración de los Señores Jueces de los siguientes Juzgados Civiles: 3er., 5to., 8vo., 9no., 12vo., 16to., 17mo., 18vo., 23er. y 25to., y a la ayuda para la recopilación de información de los señores Gherman Canelo, Martha Zegarra, Luis Enrique Villacorta, Marco Palacios, Isabel Herrera, Laura Espinosa—Saldaña y Cecilia Flores.

3.1) El propósito de la investigación ha sido el siguiente:

- Averiguar el número y frecuencia de casos entre el 1o. de enero de 1985 y el 31 de diciembre de 1987.
- Establecer su significado respecto al número total de causas tramitadas en los Juzgados.
- Precisar cómo funciona la normatividad sustantiva y procesal y detectar los eventuales problemas para su aplicación práctica.
- Establecer cuál es el rol que viene cumpliendo el Ministerio Público en estos procedimientos.
- Al identificar eventuales problemas de aplicación, sugerir posibles modificaciones legislativas.

Admitiendo que se trata de una normatividad para situaciones excepcionales, establecimos como hipótesis que los casos deberían ser escasos y que probablemente el número mayor se referiría a las solicitudes de curatela debido a desaparición, luego suponíamos un número menor de casos de declaración de ausencia y un número muy reducido de casos de declaración de muerte presunta.

Como método para la investigación se ha usado el siguiente. En primer lugar se entrevistó a los diez jueces seleccionados al azar, se revisó los libros de los juzgados que dan cuenta del ingreso de causas y de las sentencias, así como se revisó, en la medida de lo posible, los expedientes.

En los tres años se puede encontrar solamente dos casos de curatela de bienes por desaparición. No obstante, en este aspecto los datos no resultan muy confiables por el sistema de registro de demandas imperante en los juzgados, en los cuales no se detalla con precisión qué tipo de curatela es la que se solicita. Revisamos todos los casos y pudimos establecer que solamente habían dos referidos a este tipo de curatela. Encontramos un total de 14 casos de solicitudes de declaración de ausencia y 24 de muerte presunta.

Sobre la distribución de los casos por años, el estado de los mismos y el sentido de las resoluciones, tenemos los siguientes cuadros:

#### 1. Número de casos

	Año			Total
	1985	1986	1987	
Curatela	2	0	0	2
Ausencia	6	4	4	14
Muerte Presunta	2	12	10	24
	10	16	14	40

## 2. Estado de los casos

	Resueltos	En trámite	Abandonados
Curatela	2	—	—
Ausencia	8	6	
Muerte Presunta	14	8	2

## 3. Sentido de las resoluciones

	Fundada	Infundada/ Improcedente
Curatela	2	0
Ausencia	5	1*
Muerte Presunta	14	0

(\*) Hubo otro caso que el Juzgado declaró infundado y que la Corte revocó, amparando la demanda. No hay datos de resultado en dos.

3.2) De los datos precedentes y del análisis de los expedientes, podemos concluir lo siguiente:

a) Si bien no se pudo contar en todos los juzgados con el número total de causas que se presentaron en un año, podemos concluir que estamos ante una casuística que no ocupa ni el 0.1 o/o del movimiento judicial. Estamos pues ante un porcentaje escasísimo de casos.

b) La frecuencia de los casos es a la inversa de nuestra hipótesis. Mayor es el número de causas sobre muerte presunta que los pedidos de declaración de ausencia y los seguidos para el nombramiento de curador por desaparición.

c) Dentro de lo reducido de la casuística, 1985 ocupa el menor número de casos, y entre 1986—1987 un número mayor, aunque la diferencia no es muy importante. Probablemente esto se vincula con la difusión del Código Civil.

d) La proporción de causas que continúan en trámite es mayor en los pedidos de declaración de ausencia que en los de muerte presunta. Además todas las causas en trámite en los casos de muerte presunta ingresaron en 1987, no así las de declaración de ausencia.

e) Todas las causas resueltas han significado el amparo de la solicitud formulada, salvo un caso de ausencia.

f) En ninguno de los casos el Ministerio Público ha solicitado ni la curatela, ni la declaración de ausencia, ni la declaración de muerte presunta.

g) Son principalmente los parientes más cercanos y principalmente el cónyuge el que presenta la solicitud.

h) De los 31 casos, solamente hemos encontrado dos vinculados entre sí, es decir una situación factual (la desaparición de la persona) que origina primero la declaración de ausencia y luego la declaración de muerte presunta. (Antes, en 1981 se había nombrado guardador al amparo de la legislación anterior).

i) En ningún caso se varió un pedido de declara-

ción de muerte presunta por una declaración de ausencia. (Art. 66 del Código Civil).

3.3) ¿Cómo explicar la escasez de casos y los datos precedentes?

En primer término, creo que debemos entender que se trata de una normatividad para situaciones excepcionales. No estamos ante una regulación de situaciones normales en la vida de las personas. Como punto de partida tenemos que admitir que en esta constatación está el origen de lo limitado del número de casos.

No obstante, resulta llamativa su escasez, más aún en un contexto social en el cual organizaciones vinculadas a la defensa de los derechos de la persona dan cuenta de números importantes por lo menos para los antecedentes históricos del Perú de desapariciones. Ensayemos una explicación:

i) Salvo en el caso de la muerte presunta, donde podemos encontrar aspectos distintos a los patrimoniales, se trata de una normatividad que regula básicamente la guarda de un patrimonio; ello hace que el tema interese básicamente a quienes tienen intereses patrimoniales específicos.

El pedido no sólo de curatela de bienes, sino de declaración de ausencia o muerte presunta, resulta basado fundamentalmente en el interés patrimonial. Dudosamente quien no tenga un interés patrimonial concreto recurrirá a la administración de justicia para seguir un procedimiento que importa costos.

Una justicia civil como la nuestra, donde recurrir a ella importa gastos considerables, hace, a nuestro entender, que sólo busquen el amparo de la normatividad bajo análisis, quienes patrimonialmente tienen algo que ganar con el proceso. Así, en un juzgado encontramos un número importante de casos de muerte presunta en 1986 (8 de los 12). ¿Qué había ocurrido? Había naufragado un barco en las costas centroamericanas. Los familiares se habían apersonado a la empresa naviera a cobrar los beneficios que les correspondían. La empresa antes de abonárselos, exigió la declaración de muerte presunta. Este interés económico concreto movió a estas personas a recurrir al Poder Judicial solicitando la declaración de muerte presunta. Antes no lo habrían hecho y probablemente no lo iban a hacer —dada la estrechez de sus medios económicos— de no mediar una exigencia como la reseñada.

ii) Creemos estar ante un aspecto de la legislación civil que no sólo se vincula con situaciones excepcionales, sino que atañe básicamente a un sector de la población. Podríamos decir, a los que viven en la legalidad y tienen intereses patrimoniales. Contra lo afirmado, podría afirmarse que la declaración de muerte presunta puede interesar a personas casadas para resolver una situación matrimonial. Si bien ello es cierto, a pesar de su relatividad (un divorcio por cau-

sal de abandono injustificado tiene plazos menores), es cierto también que una convivencia matrimonial supone vivir en la legalidad, como opción a la mera convivencia. Una pareja de convivientes, no encontraría en sus relaciones personales motivos suficientes para recurrir al órgano jurisdiccional solicitando una declaración de muerte presunta.

iii) El costo de acceso a la administración de justicia no sólo explica a nuestro entender los pocos casos, sino que dentro de ellos sean más los solicitados para la declaración de muerte presunta. Un Juez entrevistado nos hizo referencia al costo que, por ejemplo, implicaban los inventarios exigidos por el Código (Art. 51) en el caso de la declaración de ausencia. Otro, al costo de las publicaciones. En la declaración de muerte presunta se accede al patrimonio definitivamente. La declaración de ausencia origina la posesión **temporal** de los bienes del ausente, y una situación de administración con las consiguientes responsabilidades. En la desaparición, el nombramiento de curador sólo importa la ejecución de actos de custodia y conservación (Art. 602 del Código Civil).

Es decir, en las consecuencias jurídicas de cada una de estas situaciones, estaría la explicación de las razones del mayor número de casos de muerte presunta. Dados los costos de la administración de justicia, quien tiene un interés patrimonial concreto opta por la declaración de muerte presunta porque resuelve el problema de una manera definitiva, cosa que no ocurre ni en la declaración de ausencia, ni en la curatela de bienes.

3.4) ¿Cuáles son las actitudes y preocupaciones que hemos encontrado en los Jueces?

— En primer lugar, hemos encontrado en los jueces entrevistados una visión positiva del Código Civil en torno a la previsión de estos casos. Así, estiman que no existen problemas importantes en lo sustantivo y procesal que ameriten una reforma legislativa, ni en el Código Civil de 1984 ni en el Decreto Legislativo 310.

— Los jueces consideran que la aplicación de la muerte presunta resulta más clara. Respecto a la declaración de ausencia hay una mayor reticencia (debido al plazo), lo que estaría explicando la situación y número de expedientes en trámite en cada caso.

— El Ministerio Público no solamente no ha solicitado nunca nombramiento de curador, ni declaración de ausencia o muerte presunta, sino que tiene una actitud muy cauta. En los expedientes analizados hemos encontrado una actuación del Ministerio Público bastante exigente, aunque muchas veces las exigencias puedan parecer exageradas.

— Se presentan problemas interesantes con las pruebas exigidas. En ese sentido la actitud de Fiscales y Jueces no es uniforme. En un caso, por ejemplo,

se solicitó la declaración de muerte presunta de una persona por parte de todos sus hermanos. La prueba principal resultó el testimonio de quienes habían solicitado tal declaración. Hay, de otro lado, un privilegio a la prueba policial. Así, se merita o se exige la denuncia policial por desaparición ante la División de Personas Desaparecidas de la PIP. Esta denuncia y las pesquisas policiales se estiman pruebas importantes.

No obstante, el tema central de preocupación de los jueces es el tipo de pruebas que resultan idóneas para comprobar la ausencia. Vinculado a este tema algunos jueces han mencionado el problema de las publicaciones. No sólo el económico. Un juez lo expresó así: "la escasa difusión del periódico encargado de los avisos judiciales en la Capital de la República, pues muy pocos leen el periódico oficial, convierte a la publicación en un formulismo para declarar ausente a una persona que ha desaparecido del lugar por más de dos años".

— Vinculado al tema probatorio y a la publicidad de estos pedidos un juez expresó su preocupación sobre los fenómenos migratorios en nuestro país y la posible aplicación de esta normatividad: "el intenso movimiento demográfico de los habitantes de las regiones naturales del país, esto es Sierra y Montaña con destino a la Costa, se produce la ausencia hasta por décadas del sujeto migrante y naturalmente surge el problema de probar que ese sujeto ha muerto o desaparecido en algún lugar de la Costa, generalmente en Lima Metropolitana, y los bienes abandonados en las regiones de la Sierra y Montaña requieren el nombramiento del guardador para su administración y finalmente la declaración de presunta muerte por parte de los presuntos herederos".

— A algunos jueces les preocupa que se pueda dar efectos de ausencia o muerte presunta a determinadas situaciones, sin que medie la declaración judicial correspondiente. Así, refieren pedidos hechos en esa línea en procedimientos de alimentos (para acceder al amparo alimenticio de los abuelos), claramente improcedentes. No obstante, uno de los casos estudiados hizo que esta preocupación —que inicialmente no nos pareció importante— tomara cuerpo. En un caso, se demandó a una empresa de transportes el pago de daños y perjuicios por la muerte presunta de una persona. Había caído un vehículo a un río y no se había encontrado el cadáver. El Juzgado de Primera Instancia, con buen sentido, declaró improcedente la demanda para el pago de daños y perjuicios, estableciendo que previamente debería tramitarse un procedimiento de declaración de muerte presunta. No obstante, la Corte Superior revocó tal sentencia y ordenó el pago de los daños y perjuicios, admitiendo de paso la muerte presunta.

#### 4. ALGUNOS TEMAS A PROPOSITO DE LA JURISPRUDENCIA Y DE COMENTARIOS DOCTRINALES

La promulgación del Código Civil ha originado un debate sin precedentes recientes. Foros, conferencias, libros, artículos y comentarios diversos se han producido en estos tres años de vigencia. El tema: las novedades del Código Civil de 1984. Los párrafos siguientes intentan reseñar y analizar las principales objeciones que se han hecho referentes a la parte del Código que estamos analizando, así como algunos temas que nos parecen importantes, sugeridos por la investigación realizada.

#### a) Plazo para la desaparición

Fernando Romero Diez Canseco, en diversos artículos periodísticos ha reclamado la necesidad de que el nombramiento de curador del desaparecido esté precedido de la constatación de un plazo de desaparición. Esta objeción ha sido contestada por Carlos Fernández Sessarego, ponente del Libro de Personas, sosteniendo que la necesidad de atender con prontitud los intereses del desaparecido no admite plazo. Que el Código, precisamente, intenta evitar los perjuicios que desencadena la desatención de los asuntos de la persona que ha desaparecido. De alguna manera se trata de una situación de emergencia que no permite plazo.

No obstante mencionar que al respecto no hemos observado en la práctica judicial que se haya planteado el tema como problema, concordamos con la opinión del Dr. Fernández Sessarego.

#### b) ¿Es necesaria una declaración judicial de desaparición?

El art. 47 del Código Civil no prevé la declaración de desaparición. El ponente del Libro de Personas lo explica: "La **Desaparición**, por constituir un hecho, debe ser comprobada por el juez. El hecho de la desaparición no requiere de declaración judicial alguna. Se aprehende, como todos los hechos de la experiencia, por la simple observación del fenómeno. En esto se diferencia claramente de la **ausencia**, situación en la cual sí se exige la declaración judicial sobre la base del hecho comprobado de la desaparición de la persona y la verificación del transcurso del tiempo"<sup>7</sup>.

No obstante, el inc. 2 del Art. 2030 del Código Civil, en el Libro de Registros Públicos, considera inscribible en el Registro Personal, "las resoluciones que declaren la **desaparición**, ausencia, muerte presunta y reconocimiento de existencia de las personas".

Para el Dr. Fernández Sessarego se trata de un error de deseable enmienda, atribuible a que la Comi-

sión Reformadora no preparó proyecto alguno sobre Registros Públicos, y el elaborado por la Comisión Revisora no fue consultado a los integrantes de la Reformadora, ni al ponente del Libro de Personas.

No obstante, esta norma ya existía en el Proyecto que la Comisión Revisora publicó en febrero de 1984<sup>8</sup>, y parece ser más fruto de una divergencia de perspectiva que un error. La Exposición de Motivos del Libro de Registros Públicos elaborada por los Dres. Jack Bigio Ch. y Víctor Raúl Ramírez V., y aprobada por la Comisión Revisora, sostiene un punto de vista divergente.

"En lo que se refiere al inciso 2 habría que hacer algunas aclaraciones.

Tanto la desaparición como la ausencia son hechos que ocurren y que no necesitan declaración judicial alguna para que se produzcan. Así, con o sin declaración judicial, la desaparición o la ausencia cuando ocurren, tienen que ser admitidas como tales.

Ocurridas en la realidad, necesitan sin embargo de declaración judicial con el objeto de que produzcan las consecuencias jurídicas que el Código les asigna.

Dicha declaración judicial no es por lo tanto constitutiva de los hechos señalados. Es simplemente declarativa de los mismos y constitutiva de sus efectos.

Producida la desaparición, la declaración judicial correspondiente no va a constituir dicha desaparición. Simplemente la va a reconocer y va a constituir sus efectos, esto es, el nombramiento de un curador interino (artículo 47).

Lo mismo ocurrirá en el caso del ausente, con el otorgamiento de la posesión temporal de sus bienes a quien corresponda (artículo 50).

Se puede discutir la procedencia del término "declaren" a propósito de la desaparición, con el argumento de que el artículo 47 no establece la declaración judicial de desaparición a diferencia de lo que sucede con la declaración de ausencia en el artículo 49.

Lo que ocurre es que la declaración judicial que nombra curador interino, resulta siendo aunque el art. 47 no lo señale, una declaración tácita de la desaparición, por cuanto si esta última no se produjera como tal, carecería de objeto la designación de curador interino"<sup>9</sup>.

7. Fernández Sessarego, Carlos: op. cit., p. 271.

8. Comisión Revisora del Código Civil: Proyecto de Código Civil, En: Diario Oficial "El Peruano" del 21 de febrero de 1984. Separata Especial, p. 112.

9. Comisión Revisora del Código Civil: Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil. En: Diario Oficial "El Peruano" del 19 de julio de 1987. Separata especial, p. 29.

Particularmente, coincidimos con las razones y punto de vista de la Comisión Revisora. No obstante, debido a la escasez de casos no ha sido posible establecer cuál viene siendo la práctica judicial sobre el punto.

#### c) ¿Cuáles normas de la curatela son aplicables?

El Art. 48 del Código Civil hace una remisión sumamente amplia a todos los artículos de la curatela en tanto sean aplicables. Una remisión de tal amplitud resulta desconcertante, ya que dentro del título referente a la curatela existen diferentes casos de curatela y curadores con facultades distintas; así está la curatela para el incapaz privado de discernimiento, para el pródigo, mal gestor, etc. Por cierto, está también la curatela de bienes. Héctor Cornejo Chávez estima acertadamente que las disposiciones pertinentes son los Arts. 597, 569 y 573, de un lado, y de otro los Arts. 602, 603 y 605 del Código Civil<sup>10</sup>.

#### d) ¿Puede declararse la ausencia sin el nombramiento previo de curador interino?

El Código Civil no lo exige. El comentario autorizado del Dr. Carlos Fernández Sessarego ratifica que ello es posible.

No obstante, el segundo párrafo del Art. 50 del Código Civil ha generado algunas dudas, en cuanto establece que en la declaración judicial de ausencia se ordenará la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla y que "si no hubiere persona con esta calidad **continuará** respecto a los bienes del ausente, la curatela establecida en el Art. 47".

El término "continuará" sugiere una solución de continuidad y puede originar la idea de la necesidad de nombrar con anterioridad a la declaración de ausencia, a un curador de bienes. No obstante, nos parece más una imprecisión en la redacción que la expresión de una voluntad del legislador para que la declaración de ausencia esté precedida necesariamente por el nombramiento de curador de bienes.

No obstante, nos parece encontrar un vacío: ¿qué ocurre si no existen herederos forzosos y no se designó previamente curador? Es el caso, por ejemplo, de un ausente que tiene solamente hermanos. En este caso, la declaración judicial de ausencia no procedería, ya que se colige del Art. 50 que aquella no puede producirse en términos generales, desvinculada del otorgamiento de la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos. La declaración de ausencia debe producirse, interpretando el Art. 50, sólo en caso de que el ausente tenga herederos forzosos. Si ello no es así, tal declaración no puede producirse. De otro lado, los otros

efectos legales que produce la declaración de ausencia, suponen herederos forzosos (disolución de la sociedad de gananciales o pérdida de la patria potestad).

Entendemos, pues, que si alguna persona con legítimo interés o el Ministerio Público, solicita la declaración judicial de ausencia de una persona sin herederos forzosos, la declaración de ausencia no procede. El Art. 50 en su segunda parte resuelve el problema si es que el desaparecido tiene el curador previsto en el Art. 47: prosigue la curatela. Si no hay curador, hay un vacío en el Código.

Entendemos que corresponde —en un caso como este— aplicar el Art. VII del Título Preliminar por el Juez y nombrar un curador, en razón de la necesidad de velar por los intereses del desaparecido.

En nuestra investigación encontramos un caso en el cual los hermanos pidieron la declaración de ausencia de un desaparecido que no tenía herederos forzosos, y a quien previamente se le había designado guardador de sus bienes. El Juzgado, erradamente, declaró la ausencia y dio la posesión provisional de los bienes a la guardadora.

#### e) El derecho de los hermanos

El tema anterior nos vincula al análisis de cuál es la posición de los hermanos en una declaración de ausencia y en una de muerte presunta. Los hermanos no son herederos forzosos, sí son herederos legales. Como sabemos, heredero forzoso es el que no puede ser excluido por la vía de testamento (salvo indignidad o desheredación). El heredero no forzoso es el que puede ser eliminado por testamento.

Puede darse el caso de un desaparecido que tenga sólo hermanos. No ha otorgado testamento. Ellos son herederos legales mas no forzosos. Pueden pedir la muerte presunta y como herederos legales acceder al patrimonio del muerto presunto. En cambio no pueden recibir la posesión provisional si se solicitara la declaración de ausencia.

Esta situación no sólo puede generar un impase sin solución en el caso de que el Juez estime aplicable el Art. 66 del Código Civil, es decir si considera que no hay mérito a declarar la muerte presunta, más si la ausencia, sino que en términos generales parece que la solución del Código de excluir a los hermanos de la posesión temporal no es adecuada.

El Código Civil peruano se ha apartado aquí del Código Civil italiano que en su Art. 50 prevé que el Tribunal ordena, en el caso de la declaración de ausencia, la apertura de actos de última voluntad. La posesión es a los herederos testamentarios o legítimos y a "todos aquellos a los cuales corresponderían dere-

10. Cornejo Chávez, Héctor: op. cit., Lima, Studium, 1985; T. II, p. 442.

chos dependientes de la muerte del ausente”.

En realidad no encontramos ninguna razón para excluir a los hermanos de la posesión temporal, si es que no hay parientes más próximos.

a) De un lado pueden tener legítimo interés para pedirla (Art. 49 del Código Civil) si no hay un testamento que los excluya de la herencia.

b) Pueden tener derecho a recibir alimentos (Art. 474 y 475 del Código Civil).

c) Puede corresponderles la curatela de los bienes del desaparecido (Art. 569 y 597 del Código Civil).

Entendemos que la solución de nuestro Código sobre este particular origina objetivamente una falta de interés de los hermanos para pedir la declaración de ausencia. Podríamos encontrar aquí una de las causas de que los procedimientos para declaración de ausencia sean menos frecuentes que los de muerte presunta. En realidad, los hermanos de quien no tiene parientes más cercanos, tendrían interés real para solicitar la muerte presunta, pero ninguno para solicitar la declaración de ausencia.

#### f) Juez competente

El Dr. Héctor Cornejo Chávez ha hecho notar en el Código Civil una falta de concordancia entre normas del Libro de Personas con normas del Libro de Familia sobre el juez competente para el nombramiento del curador de los bienes del desaparecido<sup>11</sup>. El Art. 47 señala que el Juez competente es el del lugar del último domicilio del desaparecido o del lugar donde se encuentren sus bienes. No obstante, el Art. 601 señala que el Juez competente es el del lugar donde se encuentran los bienes. La solución que da el Dr. Cornejo Chávez es por la competencia más amplia del Art. 47.

No obstante esta falta de concordancia, no hemos encontrado judicialmente ningún problema en su aplicación. Quizás la vigencia del Art. 1274 del Código de Procedimientos Civiles, que contiene solución similar a la del Art. 47 del Código Civil, ha facilitado su aplicación.

#### g) El Defensor de Ausente

Algunos jueces entrevistados han dado cuenta de la existencia de una confusión inicial por parte de algunos litigantes, respecto al nombramiento de Defensor de Ausente y a la declaración de ausencia.

Debe dejarse aclarado que la normatividad procesal contenida en el Art. 29 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles es una cuestión autónoma totalmente a la que se ha desarrollado en este artículo. El Art. 29 del Código de Procedimientos Civiles establece que a falta de apoderado o insuficiencia del poder de éste, representan en el juicio a quien se ha separado o desaparecido del lugar de domicilio de su residencia, las personas que allí se establecen. Por eso es frecuente el nombramiento de defensores de ausente en procedimientos judiciales. No obstante, esta es una institución procesal que es perfectamente autónoma de la normatividad del Código Civil que analizamos.

La representación de ausentes regulada en los Arts. 29 al 39 del Código de Procedimientos Civiles atañe a una representación en juicio, y sólo para estos propósitos. Tan esto es cierto que el Art. 36 del Código de Procedimientos Civiles establece que cesa esta representación cuando se nombra guardador, cuando se otorga la posesión provisional y cuando se otorga la posesión definitiva (debemos entender, concordando con la normatividad sustantiva vigente, que ello ocurre cuando se nombra curador de bienes al desaparecido, se le declara ausente o muerto presunto).

#### h) El nuevo matrimonio del cónyuge del muerto presunto

No obstante que no hemos registrado caso alguno de reconocimiento de existencia de muerto presunto, lo que resulta explicable en el contexto de lo antes analizado, cabe destacar que un tema que ha resultado muy discutido teóricamente, ha sido la solución dada en el Código Civil referente al matrimonio del cónyuge del muerto presunto, cuya existencia se reconoce posteriormente.

En el Perú se barajaron soluciones distintas:

i) El anteproyecto del Dr. Fernández Sessarego planteó la nulidad del nuevo matrimonio, considerando que el matrimonio sólo concluye con la muerte natural, y que no era coherente que la reaparición faculte a reivindicar bienes y no a recuperar el estado matrimonial.

ii) El proyecto de la Comisión Reformadora, introdujo una modificación al planteamiento anterior. El cónyuge del reaparecido venía a tener una suerte de opción entre el nuevo matrimonio y el anterior.

iii) El Código Civil ha reconocido la validez plena del segundo matrimonio (Art. 68) al establecer que “el reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge”. No obstante, las autorizadas opiniones que se han dado en contra de esta solución<sup>12</sup>, nos parece la mejor:

11. Cornejo Chávez, Héctor: Loc. cit., p. 442.

12. Por ejemplo la del Dr. Augusto Ferrero en “El concepto de “ausencia” en el Código Civil”. En: “El Comercio” del 30 de setiembre de 1984, p. 2.



- La declaración de muerte presunta es cosa juzgada material.
- El segundo matrimonio es totalmente válido.
- Debe contemplarse la situación humana no sólo del que reaparece, sino del cónyuge, del nuevo cónyuge y de los posibles hijos del nuevo matrimonio.
- No cabe contraer un matrimonio bajo una suerte de condición de que el muerto presunto no reaparezca.

**5. TRES AÑOS DESPUES DE LA DACION DEL CODIGO CIVIL, PODEMOS CONCLUIR LO SIGUIENTE:**

- a) No obstante que la normatividad sobre desaparición, ausencia y muerte presunta, es quizás —dentro del Libro I del Código Civil— una de las que más ha llamado la atención y suscitado debate en el medio jurídico, su aplicación ha sido muy escasa.
- b) La escasez no sólo se debe a lo excepcional de las situaciones reguladas, sino a que debe existir un interés económico muy claro para recurrir al amparo de

este tipo de normatividad. El acceso a la administración de justicia, costoso y lento, funciona como disuasivo, si no existe un interés patrimonial concreto.

c) El tema de los costos judiciales aparece como de la mayor importancia. Un procedimiento encarecido por costosos inventarios y publicaciones, en el esquema de una justicia civil no gratuita, hace que especialmente procedimientos como los analizados, se aborden después de un cuidadoso análisis de costo/beneficio.

d) Algunas normas, como las que excluyen a los hermanos de la posibilidad de poseer provisionalmente los bienes del ausente, pueden estar contribuyendo a hacer más inusual la aplicación de la normatividad correspondiente.

e) No obstante, los jueces y comentaristas del Código Civil concuerdan en considerar como un avance positivo la sistematización de la materia en el nuevo Código Civil.

# INFORMATIVO LEGAL RODRIGO

**DE LEGISLACION, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA  
INFORMATIVO MENSUAL  
25 Años de Experiencia**

SU "ASESOR PERSONAL"

- AGIL Y PRACTICO:

- Publica las **disposiciones legales del mes**
  - . Sumilladas y ordenadas
  - . Con claros índices cronológicos y temáticos mensuales y semestrales.
- Responde a sus **consultas escritas**
- Le ofrece secciones de **actualidad jurídica**
  - . Informes
  - . Notas
  - . Jurisprudencia comentada

- ECONOMICO:

- A l/. **3,500** la suscripción anual por los doce ejemplares y los índices semestrales.

Además ofrecemos el Boletín del Informativo Legal Rodrigo que contiene las Resoluciones que expide el Tribunal Fiscal en materia tributaria. Son 12 ejemplares al año, por el precio de l/. 3,500 la suscripción anual.

**INFORMES Y SUSCRIPCIONES**

Jr. Pachacútec No. 1133 - Jesús María - Teléfono: 240665