

ASPECTOS INTERNACIONALES DE LA PRESUNCION DE FALLECIMIENTO

POR MARIO J. A. OYARZÁBAL (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. La declaración de muerte presunta. — III. La eficacia extraterritorial de la declaración de muerte presunta. — IV. Los efectos de la presunción de fallecimiento. — V. A modo de epílogo. Los efectos de la reaparición con vida del ausente.

I. Introducción

El individuo es sujeto de relaciones de familia y de relaciones patrimoniales cuyo desarrollo puede verse alterado por la situación que crea la *ausencia*, en la cual se ignora el paradero actual de la persona desaparecida. Cuando las relaciones de que es sujeto el ausente se vinculan a más de un ordenamiento jurídico, entonces el caso se torna multiestatal por sus contactos con más de un derecho eventualmente aplicable y concierne al derecho internacional privado su solución.

Los contactos gravitantes en materia de presunción de fallecimiento son el domicilio o residencia habitual del ausente y el lugar de situación de sus bienes. También la *lex contractus*, la *lex societatis* y las leyes aplicables a la disolución del matrimonio y a la sucesión entre otras, aunque éstas últimas sólo en lo que respecta a los "efectos" de la declaración de fallecimiento sobre las relaciones personales o patrimoniales del ausente. En cuanto a la "declaración" de muerte presunta únicamente el domicilio —o residencia— del ausente y la localización de sus bienes son decisivos.

Pocas legislaciones nacionales regulan los aspectos internacionales de la declaración de muerte presunta y sus efectos. Entre ellas merecen destacarse las de Inglaterra (*Domicile and Matrimonial Proceedings Act, 1973, Section 5(4)*) (1), Escocia (*Presumption of Death (Scotland) Act, 1977, Section 1(3)*) (2) y España (*Ley Orgánica del Poder Judicial, del 1 de julio de 1985, art. 22.3*) (3) por las

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(*) Profesor adjunto ordinario de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad Argentina de la Empresa. Profesor Auxiliar de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de La Plata. Miembro del Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación. Cónsul Adjunto de la República Argentina en Nueva York.

(1) Sobre la presunción de fallecimiento en el derecho internacional privado inglés, vid. CHE-SHIRE & NORTH, "Private International Law", ps. 691-692; 12th Ed. by P.M. North and J. J. Fawcett, London, Dublin, Edinburgh, 1992, MORRIS, J.H.C., "The Conflict of Laws", ps. 202-203; 4th Ed. by David McClean, 1993, London, y DICEY & MORRIS, "The Conflict of Laws",

vol. 2, Rule 86; y la jurisprudencia citada 12th Ed., under the general editorship of Lawrence Collins, London, 1993.

(2) En el derecho escocés, vid., ANTON, A. E. & BEAUMONT, P.R., "Private International Law" - "A treatise from the standpoint of Scots law", p. 747, 2nd Ed., Edinburgh, 1990.

(3) En el derecho español, vid. TRIAS DE BES, José María, "Derecho Internacional Privado - Sistema del Derecho positivo español", p. 64, 1ª ed., Barcelona 1934, PEREZ VERA, Elisa, "Derecho Internacional Privado" - Parte especial, Madrid, 1980, p. 173; y MIJANGA DE LA MUELA, Adolfo, Derecho Internacional Privado, t. II, ps. 266-267 (revisión de Alegría Borrás), 10ª ed. revisada, Madrid, 1987.

diferentes soluciones que consagran, y a las que haremos referencia reiteradamente en el presente estudio (4). Y en el ámbito interamericano, aunque ya en el plano convencional, el Código Bustamante (arts. 78 a 83) (5) y las magras normas de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 (arts. 10 y 57) (6) y de 1940 (arts. 12 y 57) (Adla, 1889-1919, 302; XVI-A, 328) (7).

La legislación argentina no contiene normas de derecho internacional privado específicas en materia de presunción de fallecimiento, con excepción del art. 16 de la ley 14.394 (B.O. 30/7/54) (Adla, XIV-A, 237) sobre competencia. Esta laguna en las fuentes internas debe resolverse mediante la aplicación analógica de las normas del Tratado de Montevideo de 1940 mencionado, únicas referencias positivas en la materia (art. 16, Cód. Civil). Y declarado aplicable un derecho extranjero por la norma de conflicto convencional, sus disposiciones materiales reglamentarán el caso, en tanto la solución que aquél le asigne respete los principios fundamentales de la *lex fori* argentina consagrados en la ley 14.394. Ello por cuanto, las valoraciones materiales prevalecientes en el derecho argentino se imponen siempre frente a las soluciones de la *lex causae* en supuestos de conflicto material (8).

II. La declaración de muerte presunta

1. La jurisdicción internacional de los tribunales argentinos y extranjeros para declarar la presunción de fallecimiento del ausente

En Inglaterra, la *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* de 1973 establece que los tribunales

ingleses poseen jurisdicción para conocer en casos de presunción de fallecimiento y disolución del matrimonio únicamente si el *peticionante* tiene su domicilio en Inglaterra al momento de comenzar el proceso (Section 5(4)(a)) o tuvo en ella su residencia habitual durante el período de un año anterior a dicha fecha (Section 5(4)(b)). Así, las bases para asumir la jurisdicción son similares a aquellas en materia de divorcio o separación personal. Sólo que en este último caso el domicilio o residencia habitual de *cualquiera de los cónyuges* en Inglaterra en las condiciones señaladas habilita la jurisdicción de los tribunales ingleses, mientras que en la hipótesis de muerte presunta el domicilio o residencia habitual del *peticionante* solo es decisivo. Tal similitud se debe a que el único aspecto internacional de la ausencia legislado en el derecho inglés es su efecto sobre el matrimonio del ausente. De ahí que la presunción de fallecimiento se encuentre regulada en la *Matrimonial Causes Act*, también de 1973, y en la *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* citada, como causal de disolución del matrimonio del ausente con miras a un nuevo matrimonio de su cónyuge (9).

En Escocia, en cambio, el domicilio o residencia habitual *del ausente* en dicho territorio durante el año anterior a la fecha en que fue visto vivo por última vez constituyen las bases para asumir la jurisdicción (*Presumption of Death (Scotland) Act*, 1977, Section 1(3)(a)). También en España, sus tribunales resultan competentes "en materia de declaración de ausencia o fallecimiento cuando el desaparecido hubiere tenido su último domicilio en territorio español" (art. 22.3.

(4) Otras legislaciones que contienen una regulación de derecho internacional privado del instituto son la de Irlanda del Norte ("Matrimonial Causes (Northern Ireland) Order", 1978, S.I. 1978 N° 1045, art. 49 (4)), Grecia (ley 1329 de 1983, art. 6°) y Nueva Zelanda ("Family Proceedings Act", 1980, Section 32).

(5) Vigente entre Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

(6) Aplicable a las relaciones entre Argentina, Paraguay o Uruguay, por un lado, y Bolivia, Colombia o Perú, por el otro.

(7) Vigente entre Argentina, Paraguay y Uruguay.

(8) Sobre la presunción de fallecimiento en el derecho internacional privado argentino vid, GALBO, Pe-

dro, LA LEY, 15-492 y sigtes.; VICO, Carlos María, "Curso de Derecho Internacional Privado", compilado por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos, 3ª ed., Buenos Aires, 1943, t. 1, §§ 482 a 492, 499 y 503; BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado", t. I, ps. 754-755, 3ª ed., Buenos Aires, 1988, KALLER de ORCHANSKY, Berta, "Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado", p. 201, Buenos Aires, 1990; y GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia", §§ 208 a 210, 214 y 268, 8va. ed., Buenos Aires, 1992.

(9) La "Matrimonial Causes Act" permite a cualquier persona casada que tenga motivos razonables para creer que su cónyuge está muerto, solicitar a la Corte que declare, no sólo la presunción de su fallecimiento, sino también la disolución de su matrimonio con el ausente. Esa declaración de disolución del matrimonio actúa como una salvaguarda para el caso de que la presunción de fallecimiento resulte, a la postre, errónea.

Ley Orgánica del Poder Judicial, del 1º de julio de 1985). Y tal es, en fin, la solución de la mayoría de las legislaciones nacionales en la materia: la atribución de jurisdicción internacional a sus tribunales cuando en su territorio se encuentre el último domicilio o, en su defecto, la última residencia del ausente (10).

En nuestro país, los tribunales argentinos tienen jurisdicción si en la Argentina se hallaba el último domicilio o la última residencia del ausente (art. 57 de ambos Tratados de Montevideo; y art. 110, Código Civil). La jurisdicción internacional de los jueces nacionales es, en este caso, *exclusiva*. Tal exclusividad se impone, en palabras de Boggiano, "a fin de proteger la estabilidad de las relaciones jurídicas preexistentes; v.gr. el vínculo matrimonial disoluble por nuevo matrimonio luego de la muerte presunta declarada" (11).

Pero el art. 16 de la ley 14.394 consagró la jurisdicción internacional de los tribunales argentinos también en el caso de que el ausente tuviere bienes en Argentina (*foro internacional del patrimonio*). En este supuesto, la jurisdicción de los tribunales argentinos es *concurrente* no sólo con la del juez extranjero del último domicilio o residencia del ausente sino también con la de los jueces de los otros países donde el ausente poseía bienes.

2. *El derecho aplicable a la declaración de muerte presunta. El alcance del derecho aplicable*

a) Normas aplicables

En materia de ausencia y presunción de fallecimiento dos soluciones se propician: la ley personal del ausente (de su domicilio o de su nacionalidad según el sistema que se adopte) y la ley del lugar de situación de sus bienes.

La primera solución es la única justa. La declaración de muerte presunta ejerce una influen-

cia substancial en el estado y condición de la persona. Consiguientemente, los presupuestos de tal declaración deben juzgarse conforme a una ley única, a efectos de evitar que una persona pueda ser considerada presuntivamente muerta y viva según distintos derechos aplicables (12). El interés de los bienes es secundario aquí. Sólo la persona del ausente importa. Y el recurso a la *lex rei sitae* conduciría a una eventual pluralidad de leyes aplicables a una relación jurídica que, por las razones expuestas, requiere un tratamiento *unitario*.

La ley del *situs rei* deviene únicamente aplicable, como se analizará más adelante, a los efectos de la declaración de muerte presunta sobre los bienes del ausente. Nunca a la *declaración de fallecimiento* en sí.

Como adelantáramos en la introducción al presente estudio, el derecho internacional privado argentino de fuente interna no contiene normas específicas que indiquen el derecho aplicable a la presunción de fallecimiento de una persona ausente. Para Goldschmidt, no es posible aplicar análogicamente las disposiciones relativas a la *capacidad* de las personas (art. 1º, Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940; y arts. 6º, 7º y 948, Cód. Civil). Ello por cuanto la ausencia no puede ser considerada como una causa de restricción de la capacidad civil. Mas bien hay que desprender la aplicabilidad de la ley domiciliaria del art. 1º del Tratado de 1940 en cuanto regula la *existencia* de las personas y del art. 110 del Cód. Civil (13). Sobre la ley del último domicilio del ausente prevalece, sin embargo, la de su última residencia, ya que en ella se produjo la desaparición y cada Estado legisla los presupuestos de su declaración de muerte presunta en función de los peligros específicos a que están expuestas las personas que habitan su territorio (14).

Para Boggiano, la aplicabilidad de la ley del domicilio del ausente se infiere lisa y llanamente del principio general domiciliario consagrado en la legislación argentina para regir el estatuto personal, el cual gobierna tanto los aspectos reglados (v.gr. la capacidad: arts. 6º, 7º y 948, Cód. Civil) como los no específicamente reglados (*inter alia*, la ausencia) (15).

Sea como fuere, la aplicación del derecho del domicilio a la presunción de fallecimiento de la persona ausente está fuera de controversia en el derecho internacional privado argentino. La ley domiciliaria determina la *existencia* de la persona

(10) Cfr. MIAJA DE LA MUELA, *op.cit.*, t. II, p. 267.

(11) BOGGIANO, *op.cit.*, t. I, p. 644.

(12) BOGGIANO, *op.cit.*, p. 643.

(13) GOLDSCHMIDT, *op.cit.*, p. 227.

(14) Cfr. GOLDSCHMIDT, *op.cit.*, ps. 227 y 233.

(15) BOGGIANO, *op.cit.*, p. 643.

humana como sujeto de derecho. Y, consiguientemente, indica cuándo un ser humano comienza a vivir (concepción, nacimiento o viabilidad) o deja de existir (muerte *real* (clínica) o *presunta*). De ello se sigue que la ley del domicilio debe decidir los presupuestos necesarios para considerar jurídicamente que una persona desaparecida ha fallecido.

b) El ámbito de aplicación de la ley domiciliaria

¿Pero cuál es el alcance de la ley domiciliaria? ¿A qué aspectos de la *declaración* de fallecimiento presunto se aplica? La ley del domicilio del ausente decide, en primer lugar, la cuestión de si la ausencia de una persona desaparecida debe ser considerada como ausencia simple o como muerte presunta (*calificaciones*).

Decidido ello, la ley domiciliaria indica los *presupuestos* o extremos legales que causan la presunción de fallecimiento de una persona ausente, y en particular, si la declaración de ausencia constituye un presupuesto o condición de la declaración de fallecimiento. Determina además el término o plazo de ausencia de la persona sin que de ella se tenga noticia, que causa la presunción de su fallecimiento, y la fecha a partir de la cual dicho plazo comienza a ser contado; los otros hechos que causan la mencionada presunción (v.gr. que la persona se hubiere encontrado en el lugar de un incendio, terremoto, escenario de guerra u otra catástrofe susceptible de ocasionar su muerte, o en una nave o aeronave naufragada o perdida); así como la forma en que se fija el día y hora presuntivos del fallecimiento en los diversos supuestos. Decide finalmente qué personas podrán ser consideradas como partes con legitimación para pedir una declaratoria judicial del fallecimiento del ausente y en qué condiciones, es decir, si deben haber realizado diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente, y en su caso cuáles.

Debe enfatizarse, sin embargo, que el plazo de tres años de ausencia de la persona sin que se tenga novedades de ella establecido en el art. 22 de la ley 14.394 representa un mínimo impuesto en favor del ausente y debe, consecuentemente, considerarse de orden público internacional.

(16) "Re Wolf's Goods" [1948] P. 66, [1947] 2 All England Law Reports (All ER) 841.

(17) Cfr. MORRIS, *op. cit.*, p. 203; y DICEY & MORRIS, *op. cit.*, p. 765.

c) Derecho sustantivo y procedimiento

Los presupuestos legales de la muerte presunta y los derechos sustantivos de las partes pueden regirse, como analizáramos precedentemente, por el derecho extranjero del domicilio del ausente. Pero todas las cuestiones procedimentales serán gobernadas exclusivamente por el derecho del lugar del proceso (*lex fori*).

III. La eficacia extraterritorial de la declaración de muerte presunta

1. *El reconocimiento de la sentencia extranjera a los efectos probatorios de la presunción de fallecimiento. El problema en el derecho internacional privado comparado. El caso "Szemik v. Gryla"*

La cuestión esencial consiste en saber si los tribunales del Estado donde se pide el reconocimiento deben considerar *como concluyentes* los hechos declarados en la sentencia extranjera en el sentido de que una persona ha fallecido o se presume que ha fallecido.

En Inglaterra sus tribunales no están obligados a hacerlo, aun cuando la declaración provenga del juez del domicilio del ausente (16). Aunque probablemente la reconozcan si se trata del juez del domicilio o de un caso en el cual *mutatis mutandi* los tribunales ingleses habrían tenido jurisdicción (17). Ello a efectos de evitar un matrimonio claudicante (*a limping marriage*), válido en el Estado extranjero del domicilio del ausente y nulo según la *lex fori*. Así, en el caso *Szemik v. Gryla* ([1965] 109 Sol Jo 175) se trataba de un matrimonio de polacos domiciliados en Polonia y casados en su país en 1936. En 1947, la esposa solicitó y obtuvo la declaración del fallecimiento presunto de su marido ante los tribunales polacos y en 1953 contrajo nuevo matrimonio, el cual, al igual que ocurre en la legislación argentina, disolvió el anterior matrimonio. El esposo, sin embargo, estaba vivo y residiendo en Inglaterra, donde adquirió un nuevo domicilio en 1946. El juez inglés Scarmán J. reconoció la declaración de muerte presunta de los tribunales polacos y que el nuevo matrimonio había disuelto el primero.

En Escocia, desde la sanción de la *Presumption of Death (Scotland) Act* de 1977, la sentencia de muerte presunta dictada por el juez del Estado del domicilio o residencia del ausente al momento en que fue visto vivo por última vez "es suficiente evidencia de los hechos declarados" (Section 10).

2. El reconocimiento en Argentina de la muerte presunta declarada en el extranjero

En la Argentina, una sentencia de fallecimiento presunto dictada en el extranjero es susceptible de *reconocimiento* en el país, siempre que haya sido dictada por un juez competente en el orden internacional a la luz de las "normas argentinas de jurisdicción internacional" (art. 517 inc. 1º, Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación) y reúna las demás condiciones formales, procesales y materiales exigidas por la legislación nacional.

Es decir que la sentencia cuyo reconocimiento se solicita debe provenir de un tribunal del Estado extranjero del domicilio o residencia del ausente o de donde existan bienes del ausente (foro extranjero del patrimonio). Excepto, en este último caso, que el ausente haya estado domiciliado en Argentina, en cuyo caso la jurisdicción argentina es *exclusiva* (18), no debiendo reconocerse ninguna sentencia extranjera que la invada.

El reconocimiento de la sentencia extranjera de muerte presunta no exige el trámite incidental del *exequatur*, incluso si se trata de disponer de bienes del ausente sitios en territorio argentino. Ello por cuanto, aun en ese caso, la sentencia de muerte presunta es solamente *declarativa* de la existencia del derecho que se invoca y, por lo tanto, únicamente susceptible de reconocimiento.

Pero aun sin necesidad de promover el incidente de *exequatur*, el reconocimiento de eficacia de la sentencia extranjera de fallecimiento presunto supone el análisis previo de que se han reunido los requisitos exigidos a este efecto por el art. 517, Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Cumplidos esos requisitos, el juez ordenará la inscripción de la sentencia extranjera de muerte presunta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 71, dec.-ley 8204/63 —Adla, XXIII-C, 1799—), consignándose en la inscripción, entre otros datos, el día y hora presuntivos del fallecimiento conforme surge de la declaración extranjera (art. 56 inc. 2º). La inscripción es necesaria, entre otras cosas, para que el cónyuge del presunto fallecido pueda contraer un nuevo matrimonio en la República o reclamar su derecho de pensión. También para poder realizar la partición de los bienes del ausente entre sus

legatarios y herederos que permite el art. 28 de la ley 14.394. Finalmente, para que tales herederos y legatarios puedan disponer libremente de los bienes del ausente y para liquidar la sociedad conyugal, en la medida que haya transcurrido el plazo de 5 años que establece el art. 30 de la ley 14.394. Dicho plazo debe contarse desde el día presuntivo del fallecimiento fijado en la declaración extranjera y no desde la inscripción en el Registro argentino.

3. La sentencia argentina de fallecimiento presunto y su probable eficacia internacional

a) El reconocimiento de la sentencia argentina basada en el foro del patrimonio en el Estado del último domicilio del ausente

La jurisdicción internacional argentina basada en la existencia de bienes del ausente en la República enfrenta serias dificultades a la hora de su reconocimiento extraterritorial. Si las legislaciones nacionales consideran, como lo hace el derecho argentino, que sus tribunales son los únicos competentes cuando el ausente posea su domicilio o residencia en su territorio, entonces la sentencia argentina asumida en virtud del *foro del patrimonio* tiene pocas posibilidades de ser reconocida en el Estado del domicilio del ausente.

b) El reconocimiento de la sentencia argentina en aquellos Estados que califican la "presunción de fallecimiento" como una cuestión de procedimiento y no de derecho material

Una delicada cuestión concierne al reconocimiento de la sentencia argentina de fallecimiento presunto en aquellos países cuyas legislaciones consideran estas declaraciones como una cuestión de "derecho procesal" y no de "derecho material", v.gr. en Inglaterra.

En efecto, si la declaración de muerte presunta es considerada por el Estado del reconocimiento como una cuestión de *procedimiento*, entonces su *lex fori* se aplicará a aquella. De ahí que en el derecho inglés la declaración de muerte presunta sea siempre seguida de una decisión disolviendo el matrimonio del ausente. Y de ahí también que las sentencias extranjeras de muerte presunta sólo sean reconocidas si van acompañadas de una decisión judicial decretando la disolución del vínculo matrimonial del ausente o entregando sus bienes a alguna persona, v.gr. un administrador o los herederos y legatarios del presuntamente fallecido. Porque la declaración de muerte presunta

(18) Vid., supra, § II, 1.

sola es considerada una cuestión de procedimiento y no de derecho material (19).

El problema es que la sentencia argentina de muerte presunta no tiene por efecto disolver el matrimonio del ausente, sino que éste se disuelve recién por el nuevo matrimonio del cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento (art. 213 inc. 2º, Código Civil). Por lo tanto, mal podría haber una *declaración* de disolución del primer matrimonio, sea expresa sea involucrada en la sentencia de muerte presunta (20), tal como lo requiere el derecho del Estado de su eventual reconocimiento de eficacia, en el caso Inglaterra.

Así las cosas, la sentencia de muerte presunta dictada por el tribunal argentino, aun cuando se base en el domicilio o residencia argentinos del ausente, será probablemente *desconocida* en Inglaterra. Considerando que el impedimento de ligamen es considerado allí de orden público internacional y si la sentencia argentina declaratoria de la muerte presunta de uno de los cónyuges no es *reconocida*, entonces el otro cónyuge no podrá contraer nuevas nupcias en aquel país. Para ello, deberá iniciar un segundo proceso de muerte presunta ante los tribunales ingleses, en la medida que se den los presupuestos exigidos por la legislación inglesa para que tal declaración proceda.

IV. Los efectos de la presunción de fallecimiento

El análisis de los diversos problemas que la ausencia plantea demanda separar la *declaración* de fallecimiento presunto de sus *efectos*, aplicando diversos derechos a la primera y a los segundos (*grande coupure*). Ello es así por que la presunción de fallecimiento de una persona desaparecida no altera los regímenes jurídicos de que el ausente era sujeto. Sino que éstos continúan sometidos a la misma ley a que se encontraban subordinados antes de sobrevenir la muerte presuntiva de su titular. En otras palabras, *los efectos de la ausencia para cada una de las relaciones de*

que era sujeto el ausente se rigen por la ley aplicable a la relación jurídica de que se trata.

El Código Civil argentino carece de normas de conflicto específicas aplicables a los efectos de la ausencia. En cambio los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940 se refieren a ellos en los artículos 10 y 12 respectivamente, sometiendo las diversas relaciones jurídicas del ausente a la "ley que anteriormente las regía" (*lex causae*).

1. Efectos sobre los contratos

Los efectos de la declaración de fallecimiento sobre los contratos de que el presunto muerto era parte se rigen por el derecho aplicable al contrato, haya sido éste creado o elegido por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad o subsidiariamente seleccionado por la norma de conflicto del foro. La *lex contractus* prevalece, pues, frente a la ley del último domicilio del ausente.

2. Efectos sobre las sociedades

La *lex societatis* se aplica a los efectos de la declaración de muerte del socio desaparecido respecto de las sociedades que integra.

3. Efectos sobre los bienes

Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes del ausente se determinan por la ley del lugar donde esos bienes se hallan situados (arts. 10 y 12, Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 respectivamente). Esta norma de conflicto no es sino la aplicación a la materia de los derechos reales del principio general consagrado en el mismo artículo *in fine*, en cuanto establece que las *relaciones jurídicas del ausente* siguen gobernándose por el mismo derecho que anteriormente las regía.

Como ha observado Boggiano, no está claro si la disposición de los Tratados de Montevideo se refie-

(19) "The manner in which death may be proved is a matter of pure procedure", "Re Schulhof's Goods" [1948] P. 66, [1947] 2 All ER 841. También Re Spenceley's Goods [1892] P. 255; "Re Wolf's Goods" [1948] P. 66, [1947] 2 All ER 841; y "Re Dowds's Goods" [1948] P. 256.

(20) Tal es la solución consagrada en el art. 85 del Cód. Civil español, el cual establece que "el matrimo-

nio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la 'declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges' y por el divorcio" (la comilla simple es nuestra). Es decir que la declaración de muerte presunta implica o involucra la disolución del matrimonio del ausente.

re solamente a los bienes inmuebles del difunto o comprende también a sus bienes muebles (21). A nuestro juicio es menester diferenciar si la aplicación de las disposiciones convencionales citadas se realiza en su carácter de tal (es decir, a casos que ponen en contacto los países partes en tales Tratados) o a efectos de cubrir la laguna en las fuentes internas (art. 16, Cód. Civil). En el primer caso, los efectos de la declaración de muerte presunta respecto de los bienes del ausente se regirán por la *lex situs* en todos los casos, se trate de bienes inmuebles o muebles. Ello en virtud del sistema de fraccionamiento establecido por los Tratados con referencia a los bienes cualquiera sea su naturaleza (arts. 26 y 32, Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 respectivamente). Pero en el caso de que se acuda a las normas convencionales analógicamente, entonces habrá que limitar la calificación de los bienes exclusivamente a los inmuebles y a los muebles con situación permanente (arts. 10 y 11, Cód. Civil).

En tal entendimiento, la *lex rei sitae* decidirá, en primer lugar, todo lo relativo a la administración y cuidado de los bienes del ausente, en particular, el orden en la designación de los administradores, sus facultades y obligaciones (22). Y hecha la entrega de los bienes del presunto fallecido a sus herederos y legatarios, declarados tales conforme al derecho sucesorio aplicable (23), la *lex situs* se aplicará a la posibilidad o interdicción de enajenar o gravar los bienes del ausente antes de transcurrido un determinado tiempo, y las demás condiciones para hacerlo. La ley de la situación de los bienes prevalece en este punto en el derecho internacional privado argentino sobre lo dispuesto por el derecho aplicable a la sucesión del presunto fallecido (24).

4. Efectos sobre el matrimonio

La doctrina iusinternacional privatista es conforme en que el derecho que rige la disolución o la permanencia del vínculo matrimonial ha de determinar los efectos que produce sobre el mismo la ausencia

con presunción de fallecimiento de uno de los cónyuges. Y ello será así, aun cuando el derecho aplicable al matrimonio ignore la noción de ausencia o le desconozca efectos disolutorios del vínculo (25).

Ahora bien, en algunos países la declaración de muerte presunta de una persona desaparecida tiene por consecuencia disolver su matrimonio (v.gr. España e Inglaterra). En otros, la disolución del matrimonio sólo acontece como consecuencia del nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento (v.gr. Argentina y Polonia). Y en un tercer grupo de países, en fin, no se atribuye efectos disolutorios del matrimonio a la declaración de fallecimiento presunto de uno de los esposos ni puede el cónyuge presente contraer nuevas nupcias (v.gr. art. 193.3, Cód. Civil español en su anterior redacción). De ahí que los efectos que en uno u otro sentido atribuya la ley aplicable a la disolución del matrimonio a la presunción de muerte presunta de uno de los esposos resulten decisivos, con miras a la validez o nulidad de un futuro matrimonio de su cónyuge, dado el carácter de orden público del impedimento de ligamen.

5. Efectos sobre el patrimonio marital

Los efectos de la muerte presunta de uno de los cónyuges sobre la sociedad conyugal se rigen por el derecho aplicable al régimen patrimonial del matrimonio, esto es, por las leyes del Estado del primer domicilio conyugal (art. 163, Cód. Civil). Ese derecho decidirá la continuación o disolución de la sociedad conyugal, aun antes de decretarse la sucesión definitiva del ausente (26), así como la parte que corresponde al cónyuge presente en los bienes comunes.

6. Efectos sobre el derecho de pensión

El derecho de pensión del cónyuge de una persona presuntamente fallecida es gobernado por las leyes del Estado que concede el beneficio (27).

(21) BOGGIANO, op.cit., ps. 644-645.

(22) El Código Bustamante, en cambio, somete el nombramiento y facultades de los administradores a la ley personal del ausente (art. 80), reconociendo al discernimiento del cargo eficacia extraterritorial (art. 83).

(23) Vid., infra, § III, 8.

(24) *Ibidem*.

(25) Cfr. DROZ, Georges, "Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé", Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, v. 139, 1974-III, p. 94.

(26) Vid., infra, § III, 8.

(27) En Argentina, vid. la ley 22.062 del 28/8/79 (Adla, XXXIX-C, 2485) que establece un derecho de pensión en caso de presunción de fallecimiento.

7. Efectos sobre la patria potestad

Los efectos de la ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los padres sobre la patria potestad quedan sometidos al derecho del Estado donde la patria potestad es ejercida (arts. 18 y 7, Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940). Esa ley decidirá si la patria potestad recae exclusivamente en el otro cónyuge o en otro familiar del menor, si es compartida entre ambos, o si debe nombrarse un tutor.

8. Efectos sobre la sucesión

El derecho de sucesión al patrimonio de una persona muerta real o presuntivamente se rige por la ley de su último domicilio (arts. 3282, 3283 y 3612, Cód. Civil). Esa ley decide los efectos que sobre ese derecho sucesorio trae la existencia de una declaración de fallecimiento presunto. Y determinará, con preferencia a la ley aplicable a su declaración de ausencia, cuál es el momento de abrir la sucesión, los efectos de esa apertura, así como las condiciones de la entrega de los bienes del ausente a sus legatarios y herederos, o sus sucesores (v.gr. la previa formación de un inventario, la separación de los patrimonios del presunto fallecido y del heredero, y, en principio, la prohibición de enajenarlos o gravarlos por un determinado tiempo (28)).

(28) Sin embargo, vid. *supra*, § III, 3.

Paralelamente, la vocación sucesoria de un presunto muerto al patrimonio de una persona muerta se rige por la ley del último domicilio del autor de la sucesión (art. 3286, Cód. Civil). Dicha ley determinará, consiguientemente, qué personas irán a la sucesión por derecho de representación del ausente.

V. A modo de epílogo. Los efectos de la reaparición con vida del ausente

Si los efectos de la presunción de muerte respecto de las diversas relaciones jurídicas en que el presunto fallecido intervenía se rigen por el derecho aplicable a la relación de que se trate (§ IV), entonces los efectos de su *reaparición con vida* deben gobernarse por el mismo derecho.

Así, por ejemplo, la ley que rige la disolución del matrimonio del ausente decide los efectos de su reaparición sobre el matrimonio posterior de su cónyuge. Ese derecho prevalece sobre la ley aplicable al nuevo matrimonio. La *lex rei sitae* se aplica al derecho del ausente a reclamar la entrega de sus bienes de parte de sus herederos, legatarios o poseedores actuales y las condiciones de dicha entrega. Y así sucesivamente.

Cada uno de esos derechos decide, por último, si es necesario la *presentación* del ausente o basta con que existan *noticias ciertas* o incluso *indicios* de su existencia para que los efectos previstos para el caso de su reaparición se produzcan.