

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

---

Año XI

Enero de 1935

Núm. 121

---

## La presunción de muerte y la ciencia del Derecho

El Dr. José Rodolfo Rodríguez Álvarez, Profesor de Derecho civil en la Escuela privada de Derecho de la Habana, acaba de publicar tres estudios sobre el Derecho de familia en Rusia, la Ley constitucional cubana y la presunción de muerte, en los que, respectivamente, enfoca, como temas de actualidad, las uniones libres, la retroactividad de las leyes y el problema de los *desaparecidos*. Por el interés que para nosotros encierra este último, y por la concordancia de los preceptos examinados con los de nuestro Código civil, reproducimos el trabajo, añadiendo, para completar la materia, las disposiciones con que el Ministerio de Justicia, o mejor, la Dirección general de los Registros, ha tratado de llenar las lagunas del derecho español.

### I

#### PROBLEMA A RESOLVER

La reciente tragedia ocurrida al «Morro Castle», lujoso buque de la Ward Line, en la que hubieron de perecer tantas personas, nos ha hecho, al par que lamentarla, meditar profundamente alrededor de aquellas personas cuyo fallecimiento, si bien no ha podido quedar comprobado en forma patente e indubitada, es, sin

embargo, tan presumible, que las probabilidades de existencia han quedado en extremo reducidas.

La situación legal de esas personas desaparecidas ofrece al jurista material abundante para estudio y análisis, siendo preciso ofrecer soluciones adecuadas a las distintas cuestiones que por ella pueden originarse.

El fin que nos proponemos no es de tan dilatada extensión, aunque sí de indiscutible importancia e interés. Sólo intentamos dar solución al problema que a continuación pasamos a plantear:

¿Es preciso que decurse el término de treinta años prescrito por el artículo 191 del Código civil para que nuestros Tribunales puedan declarar en el juicio correspondiente la presunta muerte del ciudadano cubano, domiciliado en este país, desaparecido en dicha catástrofe, o no es preciso que decurse dicho término para que esa declaración pueda pronunciarse?

## II

### ESTUDIO DE NUESTRO CÓDIGO CIVIL

El expresado Código dedica el título VIII del libro primero para tratar de la *ausencia* y divide dicho título en cuatro capítulos. En el primero, trata de las *Medidas provisionales en caso de ausencia*; en el segundo, de la *Declaración de ausencia*; en el tercero, de la *Administración de los bienes del ausente*, y en el cuarto y último, de la *Presunción de muerte del ausente*.

*Prima facie*, podría pensarse que este último capítulo es el que debería resolver de una manera clara la cuestión propuesta; pero no es así, como se verá en seguida.

Tan pronto una persona desaparece de su domicilio, sin saberse su paradero y sin dejar apoderado que administre sus bienes, puede el Juez, a instancia de parte legítima o del Ministerio Fiscal, nombrar quien lo represente en todo lo que fuere necesario.

Una vez que hayan pasado *dos años* sin haberse tenido noticias del ausente o desde que se recibieron las últimas, y *cinco*, en el caso de que el ausente hubiere dejado persona encargada de la administración de sus bienes, *podrá declararse la ausencia*.

Pasados *treinta* años desde que desapareció el ausente o se recibieron las últimas noticias de él, o no *venta* de su nacimiento, el Juez, a instancia de parte interesada, *declarará la presunción de muerte*. (Artículo 191.)

Esta declaración se obtiene en juicio declarativo de mayor cuantía, como dice el ilustre comentarista Manresa (1).

Y la sentencia en que se haga dicho pronunciamiento no se ejecutará hasta después de seis meses, contados desde su publicación en los periódicos oficiales.

Declarada firme dicha sentencia, se abrirá la sucesión de los bienes del ausente, procediéndose a su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría o abintestato, según los casos.

Ahora debe quedar fijado el concepto de la ausencia, pues el Código por nosotros estudiado, al colocar la *presunción de muerte* dentro del título que trata de aquélla, induce a pensar que la considera su consecuencia.

La palabra *ausencia* tiene dos acepciones: una vulgar y otra técnica.

*Ausencia*, en el lenguaje corriente, quiere decir no presencia en un lugar determinado; pero no es este hecho el que interesa al Derecho, ni esa la significación que tiene en la terminología jurídica.

*Ausencia*, en sentido técnico, significa, no solamente no presencia, sino además desconocimiento, tanto del paradero de la persona como de su existencia real. Su característica es, pues, la expresada incertidumbre.

Creemos que debe distinguirse entre ausentes y desaparecidos, por no tener ambos la misma significación jurídica.

Esa distinción la hacen con acierto Planiol y Ripert, en su conocida obra *Derecho civil* (2), y es aceptada después por el distinguido civilista español Calixto Valverde (3).

*Desaparecido*—dicen ellos—es el que ha cesado de versele a

(1) Manresa (José María): *Comentario a la ley de Enjuiciamiento civil*, segunda edición, tomo VI, pág. 467.

(2) Planiol y Ripert: *Tratado práctico de Derecho civil francés*. Traducción española, Díaz Cruz. Tomo I, pág. 38.

(3) Valverde (Calixto): *Tratado de Derecho civil español*, segunda edición, tomo I, pág. 304.

partir de un accidente o una catástrofe en la que, según toda probabilidad, ha hallado la muerte. *Esta categoría de individuos—agregan—no son ausentes, puesto que en la ausencia una sola cosa hace suponer la muerte: la falta prolongada de noticias, y los desaparecidos se suponen muertos porque se conoce el acontecimiento que ha causado la muerte, como una explosión o un terremoto.*

Si sabemos que la persona estaba presente en el lugar y momento en que el accidente se produjo, cabe repetir la frase de Napoleón respecto de la materia: «Se puede decir de este hombre que ha desaparecido»; no se puede decir de él que esté «ausente» (1).

Con esta sucinta exposición de lo establecido por nuestro Código para obtener una declaración judicial de presunción de muerte *en los casos de ausencia propiamente dicha*, se puede constatar que *no consagra ninguna disposición especial para los casos de desaparecidos*, distintos, sin duda, de los de ausencia.

### III

#### BREVE HISTORIA DE LA INSTITUCIÓN Y LEGISLACIÓN COMPARADA

El Código que estudiamos fué tomado del francés, que se promulgó en el año 1804 (2). Ambos siguen el mismo sistema: se basan en que, mientras dura la ausencia, más aumentan las probabilidades de muerte, aunque nunca la presunción puede ser absoluta.

Distinguieron los redactores del *Código francés* tres períodos en la ausencia: el de presunción de ausencia (que comienza en el momento de la desaparición o de las últimas noticias), el de la ausencia declarada con posesión provisora (que comienza a los once o a los cinco años de la desaparición, según que el ausente dejara o no apoderado) y el de posesión definitiva (que se abre a los treinta años de la declaración de ausencia o a los cien del nacimiento del ausente).

Lo sustancial ha pasado al *Código italiano*, como dice Cas-

(1) Manresa (José María): *Comentario al Código civil español*, quinta edición, tomo II, pág. 161.

(2) Laurent: *Concordancia al Código de Napoleón*. Tomo Índice, página 34 y siguientes.

tán (1). Y del nuestro se distingue, según ha podido notarse, en que los plazos se reducen algo y en que la posesión provisoria se convirtió en una administración concedida a ciertas personas, y la posesión definitiva en una presunción de muerte.

Puede decirse que esta institución fué reglamentada por primera vez en el *Código francés* y de ahí pasó a los demás Códigos.

En el *Derecho romano* casi se desconocía esta materia, el cual se limitó, como afirma Aramburo (2), a establecer reglas aisladas relativas a determinadas relaciones jurídicas producidas por la ausencia, tales como la restitución concedida a los ausentes, o encaminadas a definir este estado.

En los antiguos cuerpos legales españoles, dice De Buen (3), no se encuentra una reglamentación sistematizada de la ausencia.

El *Código de las Siete Partidas*—agrega el propio autor—contiene algunas disposiciones esparcidas en distintas leyes que se refieren a la ausencia y a la presunción de muerte. Son éstas la ley 12, tít. 2.º, Part. III; ley 8, tít. 1.º, Part. IV; ley 14, tít. 14, Part. III.

Esta última dispone que, transcurridos diez años de ausencia y existiendo fama pública de la muerte del ausente en el país que se dice falleció, se le tiene legalmente por muerto. Si marchó a tierras cercanas, donde no sea difícil adquirir certeza de su estado, no basta la fama pública, sino que se necesita la prueba testifical que acredite su enterramiento. Lo mismo sucede cuando la fecha de la ausencia y de la muerte no exceden de cinco años.

El *Código alemán* autoriza la declaración del fallecimiento por el transcurso de diez años, siempre que haya expirado el año en que el ausente cumplió treinta y un años; o simplemente por el transcurso de cinco, si el ausente ha cumplido setenta años, y *todavía abrevia el plazo, reduciéndolo a tres, dos o un año, cuando las circunstancias que hayan precedido a la desaparición* (guerra,

(1) Castán (José): *Derecho civil español común y foral*, segunda edición. Tomo I, pág. 195.

(2) Aramburo (Mariano): *Estudio de las causas que determinan, modifican y extinguen la capacidad civil*. Edición año 1894, pág. 336.

(3) De Buen (Demófilo): *Notas al curso de Derecho civil francés de Colin y Capitant*, tomo VIII, pág. 468.

naufragio u otro peligro) hagan más verosímil la presunción de muerte.

El *Código suizo* autoriza la declaración de ausencia—con plenos efectos para la apertura de la sucesión—a los cinco años desde que se tuvieron las últimas noticias, o al año de la desaparición, si ésta tuvo lugar en ocasión de un peligro de muerte.

El *Código civil de la República Socialista Federativa Soviética Rusa*, que entró en vigor en 1 de Enero de 1923 (1), permite que se declare fallecida una persona de la que no se tengan noticias a los cinco años desde el día en que ha sido publicada la constatación de la ausencia.

Y, por último, el *Código civil de los Estados Unidos mejicanos*, de 1928 (2), hace la distinción entre ausentes y desaparecidos. En aquel país se pueden tomar medidas provisionales en caso de ausencia, nombrándose un depositario para los bienes del ausente, y más tarde de los tres a seis meses, un representante. A los dos años de nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia. Esta declaración permite a los herederos entrar en posesión provisional de sus bienes dando fianza que garantice las resultas de la administración. A los seis años de la declaración de ausencia puede el Juez declarar la presunción de muerte. *Respecto a los individuos que han desaparecido al tomar parte en una guerra, encontrándose a bordo de un buque que naufrague o al verificarse una explosión, incendio, terremoto, inundación u otro motivo semejante, bastará que hayan transcurrido dos años contados desde la desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en ese caso sea necesario que previamente se declare la ausencia.*

Los *Códigos de tipo germánico*—alemán y suizo—y el mejicano, como acabamos de ver, hacen la distinción entre ausentes y desaparecidos; acortan los plazos para la declaración de muerte presunta o para abrir la sucesión; y aún lo reducen más a medida que las circunstancias en que la desaparición se produjo sean más capaces de producir la muerte. El ruso, sin hacer distinción entre ausentes

(1) Adduard (Luis): Traducción *Código civil soviético*. Año 1932, pág. 44.

(2) Andrade (Manuel): *Nuevo Código civil mejicano*. Año 1929, páginas 113 y siguientes.

y desaparecidos, reduce mucho el término para que la declaración de muerte presunta pueda obtenerse.

Los *Códigos latinos*: francés, italiano y español, no hacen tal distinción, y los plazos para que dicha declaración pueda pronunciarse son en extremo dilatados, resultando por tanto anticuados dichos Códigos, pues dadas las facilidades de comunicaciones que existen hoy día, no es presumible que una persona con bienes permanezca alejada de su domicilio y de sus familiares por tan largo tiempo, sin ponerse en comunicación con ellos para que por lo menos tengan conocimiento de su existencia y cuiden de sus propiedades.

No por esto esas naciones, tan adelantadas en otros órdenes de cosas, han permanecido fijas y estacionadas, como si este último siglo no hubiera decursado para ellas. Nada de eso. En determinadas circunstancias, y sin modificar sus Códigos, se han visto precisadas a producir leyes en consonancia con los hechos que la vida les ofrecía, ya que no encontraban la justa solución para ellos en los preceptos de sus referidos Códigos, que resultaban ya un tanto arcaicos.

En Francia, la guerra europea vino a demostrarle que los preceptos de su Código eran ya inaplicables y que se necesitaba una nueva legislación que tomara en consideración los casos de desaparecidos que se habían producido por dicha guerra, y fué dictada la Ley pertinente el día 21 de Julio de 1919.

Esta Ley francesa estima que toda desaparición que tenga su origen en hechos de guerra estaba por eso mismo rodeada de circunstancias capaces de hacer presumir el fallecimiento. Permite que se declaren los fallecimientos de todos aquellos que hayan desaparecido del 2 de Agosto de 1914 al 23 de Octubre de 1919 por hechos de guerra, siempre que hayan transcurrido seis meses desde el 23 de Octubre de 1919, fecha del cese de las hostilidades y dos años después de la desaparición. Resulta de esta disposición que ya es posible obtener la declaración de fallecimiento de todos los desaparecidos de la última guerra, y que las disposiciones que conciernen a la ausencia ya no tienen interés para ellos, según así lo hacen notar los civilistas franceses Planiol y Ripert (1).

El Tribunal puede, a petición de los interesados, dictar su reso-

(1) Planiol y Ripert: Obra citada, pág. 41.

lución declaratoria de fallecimiento, sin que se le presenten otras presunciones de muerte que las que resulten del lapso de tiempo. Así opinan los tratadistas Colín y Capitant (1). Esa resolución indica la fecha presunta del óbito, y hay, por tanto, lugar a la apertura de la sucesión, la cual siempre es condicional, pues, si el presunto muerto reaparece, habrá que hacerle entrega de sus bienes, sin que el posesionado tenga que rendir cuenta de su gestión.

En nuestra República de Cuba, el ciclón que azotó al pueblo de Santa Cruz del Sur, y el ras de mar que allí se produjo el día 9 de Noviembre de 1932, vinieron a hacer análoga demostración: El Código civil vigente en este país no contenía preceptos expresos que ampararan los casos de desaparecidos que por tal motivo ocurrieron; y por eso fué que el día 24 de aquel mismo mes se dictó la Ley adecuada, que se publicó en la *Gaceta Oficial* correspondiente al día 26 de ese propio mes.

En dicha Ley se dispone que cuando haya motivos para suponer que una persona falleció a consecuencia del expresado hecho, y que fué inhumada o incinerada sin previa identificación, sin que exista testigo que pueda declarar acerca de su muerte, cualquiera de las personas a que se contrae el artículo 185 del Código civil—una vez que hayan transcurrido noventa días a partir del 9 de Noviembre de 1932—, podrá solicitar la inscripción provisional de la defunción de esa persona ante el encargado del Registro civil de Santa Cruz del Sur mediante el procedimiento del artículo 51 del Reglamento del Registro civil, publicándose aviso, que se dará a todos los que pueda interesar la promoción del expediente y llamamiento al presunto fallecido, que se insertará en la *Gaceta Oficial* y se hará fijar en la tablilla de avisos del Juzgado y Alcaldía durante treinta días.

La instancia será jurada por el promovente, advertido de las penas del artículo 313-C del Código penal, y los testigos declararán bajo igual juramento y apercibimiento acerca del motivo o motivos que tengan para suponer que ha fallecido dicha persona.

Transcurridos treinta días de la inserción del aviso en el periódico oficial, agregados al expediente los avisos fijados en aquellos lugares, con certificación de los Secretarios del Juzgado y Ayunta-

(1) Colín y Capitant: Obra citada, pág. 201.



miento, que acrediten que estuvieron fijados por dicho término, llenados los demás requisitos prevenidos en el artículo 51 del Reglamento del Registro civil, si el Juez de primera instancia dispusiera la inscripción, se procederá a levantar el correspondiente asiento de defunción con los datos que facilite el interesado en el acto.

La inscripción será autorizada por el encargado del Registro, el declarante y el Secretario, sin que sea necesario la concurrencia de testigos.

*Pasado un año* desde la fecha de la inscripción provisional de la defunción podrá solicitarse lo que dispone el artículo 191 del Código civil, y, acordado, se publicará en la *Gaceta Oficial*, y transcurridos tres meses desde esa publicación, la inscripción de defunción se convertirá en definitiva, y también, a instancia de parte interesada, se pondrá nota marginal en la inscripción provisional, y podrán ejercitarse todos los derechos que emanen de dicho fallecimiento, sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse en la vía correspondiente.

A la solicitud de inscripción provisional de defunción se acompañará certificación de la Dirección del Censo que acredite que la persona de que se trata fué inscrita en el Censo último que con anterioridad a dicha Ley se hubiera efectuado, o negativamente, de no aparecer inscrita, en cuyo caso se ofrecerá prueba de las admitidas en derecho para acreditar, dentro del expediente, que la persona de que se trata vivía en Santa Cruz del Sur el día 9 de Noviembre de 1932, y en defecto de dicha justificación o prueba previa, no se dará curso al expediente, y si cumplidamente no quedase probada dicha circunstancia, se sobreseerá en dicho expediente.

Si con motivo de dichos avisos se formulase oposición, se recibirán las pruebas que en pro o en contra se propongan, las que serán apreciadas por el Juez de primera instancia al dictar la sentencia que pone término al expediente, y se procederá según se resuelva.

Estas dos leyes se dictaron en los indicados países—Cuba y Francia—por vía de excepción, para resolver con carácter emergente hechos concretos que habían acaecido en ellos, y para los que no se encontraba en forma expresa una solución justa en las disposiciones de sus respectivos Códigos civiles.

No cabe duda que las mismas constituyen un avance científico ;

pero resulta un tanto tímido e incompleto, al no haberse hecho en una forma general y amplia que diera protección no solamente a los casos específicamente señalados y ya ocurridos, sino a los que pudieran ocurrir en el futuro.

Con ello se hubiera evitado que de acontecer, como ha sucedido, tuvieran que confrontar el mismo problema que esas leyes vinieron a solucionar.

Creemos haber demostrado con la exposición que antecede que la doctrina jurídica moderna distingue entre ausentes y desaparecidos y que esa distinción la han llevado a sus Códigos la mayoría de los países más adelantados del mundo; y se ha demostrado también que aun aquellos que, como Cuba y Francia, no la han incluido en sus respectivos Códigos, no por eso se han despreocupado de ella, sino que, por el contrario, cuando la vida les ha presentado casos de desaparecidos los han tomado en consideración, dictando leyes especiales para que dichos casos pudieran ser solucionados sin tener que realizarse esfuerzos de interpretación para darle acogida dentro de los moldes de sus indicados cuerpos legales.

#### IV

#### CONCLUSIÓN

El capítulo de nuestro Código civil que trata de la presunción de muerte se hizo considerando a ésta únicamente como consecuencia de la ausencia propiamente dicha; es decir, de la falta prolongada de noticias, pero no tomando en consideración para que esa declaración pudiera hacerse los casos de desaparecidos. Por ese motivo nos parece inaplicable a dichos casos, y, por tanto, a los del «Morro Castle».

No hay en dicho Código un precepto expreso que aplicar, pues el artículo 191 nos parece, como ya dijimos, inatinerente; pero a pesar de eso estimamos que por medio de una interpretación seria podríamos encontrar en el propio Código la manera de darles una solución adecuada.

La presunción de muerte, consecuencia de la ausencia, se basa, como su nombre lo indica, en una presunción de las llamadas de

«derecho», por haber sido expresamente establecida por la Ley. Ahora bien : en la Ley, además de esas presunciones, existen las «judiciales» u «ordinarias», que si bien no están expresamente reguladas en ella, sin embargo pueden alegarse y ser apreciadas por el Juez.

*Las presunciones* constituyen un medio de prueba, que se distingue de los otros, como afirma Castán (1), en que no da una prueba directa de los hechos, sino en forma indirecta, y que consiste en deducir de un hecho base (demostrado por los otros medios de prueba) un hecho consecuencia. Y el propio autor la define, en términos generales, como la averiguación de un hecho desconocido, deduciéndolo de otro conocido.

Nuestro Código autoriza, en su artículo 1.253, que las presunciones no declaradas por la Ley sean apreciadas por el Juez como medio de prueba, exigiendo únicamente que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de Octubre de 1901, declaró sobre este particular que «el Tribunal sentenciador, en cuanto a las deducciones que haga por medio de presunciones no establecidas especialmente por la Ley, no tiene que subordinarse a condición alguna concreta, sino a las indeterminadas del criterio humano, en la misma forma en que aprecia las declaraciones de los testigos, en cuya prueba es soberano, sin más regla que las del criterio racional».

Es evidente que los desaparecidos en el «Morro Castle» nos enfrentan con muertes presuntas, que si bien no están amparadas por una presunción expresamente declarada, como la que el Código establece para la proveniente de la ausencia, no por eso dejan de ser objeto de una presunción, que, por autorización del mismo Código, puede ser declarada por los Tribunales de Justicia. Para plantear la presunción es preciso que concretemos los hechos básicos que estimamos pueden probarse con facilidad, para deducir de ellos como conclusión lógica la presunción de muerte de la persona desaparecida en dicho siniestro. Puede quedar perfectamente probado :

a) Que determinado día cierta persona ciudadana cubana y do-

(1) Castán (José) : Obra citada. Tomo III, pág. 90.

miciliada en este país embarcó en dicho buque con rumbo a los Estados Unidos, a donde deseaba dirigirse por algún motivo.

b) Que esa persona permaneció a bordo de la nave hasta el momento de la catástrofe, por no haber hecho el buque escala en puerto alguno o que, a pesar de haber hecho esa escala, no desembarcó en él.

c) Que en ese siniestro hubieron de perecer muchas personas que fueron debidamente identificadas.

d) Que muchas personas lograron salvarse.

e) Que hay un número de pasajeros cuya existencia se desconoce, pues no están ni entre los salvados ni entre los muertos identificados, y los cuales no han sido localizados a pesar de la búsqueda hecha.

f) Que esos pasajeros, no obstante el tiempo transcurrido, no han llegado al lugar donde se proponían al tomar el barco en cuestión, ni tampoco han regresado a sus domicilios, ni se han puesto en comunicación con sus parientes más próximos ni amigos más íntimos, y que, por tanto, han abandonado sus propiedades y negocios.

Probados todos estos hechos, de ellos puede deducirse lógicamente que el desconocimiento de la existencia de esa persona se debe a su presunta muerte.

Esta declaración entendemos que puede ser hecha por los Tribunales de Justicia en cualquier momento, sin que tenga que esperarse el término de treinta años exigidos por el artículo 191 del Código civil, pues ya hemos demostrado que sus prescripciones no están inspiradas sino en los casos de ausencia y que el caso por nosotros estudiado cae fuera de su campo de acción.

Esta opinión nuestra encuentra su corroboración en las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de España con fechas 26 de Abril de 1901 y 30 de Diciembre de 1909 (1).

El problema sustantivo de Derecho civil queda resuelto con la interpretación que hemos dado a las disposiciones del Código cubano; pero ahora se presenta una cuestión de carácter adjetivo, que pertenece, por tanto, al Derecho procesal, y que también queremos dejar resuelta, para que este trabajo sea lo más completo posible.

(1) Martínez Ruiz (Antonio): *El Código civil, interpretado por el Tribunal Supremo de España*. Apéndice 1901-1902, pág. 115, y el de 1909, pág. 62.

¿Cómo se obtiene esa declaración? Estimamos que por ser de aplicación el inciso 3 del artículo 482 de la ley de Enjuiciamiento civil, debe decidirse por los trámites del juicio declarativo de mayor cuantía.

Aclarado esto, nos encontramos con que el artículo 523 de la propia Ley exige que en la demanda se exprese contra quién se dirige la misma.

La demanda no puede dirigirse contra el presunto muerto, porque si se considera como tal, no es posible pedirle que convenga en que está muerto. Tampoco puede dirigirse contra sus herederos, porque se desconoce a ciencia cierta su fallecimiento. Tampoco contra su representante, porque lo más posible es que no exista tal representante, pues si bien existe en los casos del artículo 191 ya citados, es debido a que antes se ha declarado la ausencia y se ha nombrado ese representante, caso distinto del que nos ocupa, en que no se hace ese nombramiento previo. Pero el problema no puede quedar sin solución, y por una dificultad formal de procedimiento no va a impedirse el ejercicio de una acción lícita. Debemos, pues, ahondar más en el estudio de nuestras leyes, y con ello logramos—teniendo en cuenta que el inciso 6 del artículo 304 de la Ley Orgánica del Poder Judicial confiere al Ministerio Fiscal la representación y defensa de los ausentes o impedidos para administrar sus bienes—llegar a la conclusión de que la demanda debe dirigirse contra el Ministerio Fiscal, en su expresado carácter de representante del desaparecido, que por tal motivo se encuentra impedido de administrar sus bienes, y contra cualquier otra persona que pudiera interesarle en algún sentido el pronunciamiento que se pide al Tribunal.

No queremos terminar este trabajo sin traer al mismo cierta opinión de Ricci, en la que habremos de basarnos para formular una nueva conclusión. Estima este autor que en la «ausencia» el legislador procura poner a salvo un triple interés.

En primer lugar figura el interés personal del ausente para que sus bienes no se pierdan, para que al volver al lugar de donde hubiese desaparecido no encuentre dilapidada su fortuna o bien en manos de quien de ella se hubiese apoderado. Hay, en segundo lugar, el interés de aquellos que son llamados a suceder al ausente, y el cual exige que el patrimonio del ausente sea conservado. Por últi-

mo, el interés social se opone a que el patrimonio de los ciudadanos quede abandonado, y además exige que se conserve, no sólo el patrimonio del ausente, sino que sea administrado de modo tal que dé de sí todo el fruto y todo el provecho que sea capaz de producir (1).

Pues bien: ese triple interés debe garantizarse y protegerse; pero, sin perjuicio de tal protección, se impone la reforma del Código que hemos estudiado. Los preceptos fueron tomados del francés, como hemos indicado, y se redactaron en una época ya tan lejana, que los medios de comunicación no habían alcanzado, ni con mucho, la rapidez que hoy tienen. El Derecho debe marchar al compás de la vida. No puede quedarse a la zaga de ella; so pena de resultar inaplicable.

El ciclón de Santa Cruz del Sur y el incendio del «Morro Castle» son los más claros exponentes de la necesidad de la reforma. Esta reforma debe inspirarse en la doctrina moderna, regulando de distinta manera los casos de ausencia de los desaparecidos, y acortar el plazo para que la declaración de presunción de muerte pueda obtenerse, pues ya no debe considerarse necesario que decursen treinta años para ello, en atención a la facilidad de comunicaciones que existe en la época actual.—*José Rodolfo Rodríguez Álvarez.*

#### ADICIONES

De un modo indirecto había tratado de resolver el problema en nuestra patria el Decreto de 1.º de Mayo de 1873, que en su artículo 9.º ordenaba a los Jueces municipales la instrucción de las oportunas diligencias en todas las defunciones ocurridas «por accidente casual», a fin de hacer constar las circunstancias personales de los fallecidos, extendiendo tan completamente como fuese posible la inscripción correspondiente. Con la misma finalidad aparecen redactados los artículos 10 y 11, relativos a los casos de incendio, hundimiento y naufragio, que confieren al encargado del Registro civil amplias facultades para ordenar reconocimientos periciales y exigir copia de las actuaciones que se hayan instruído con motivo del siniestro.

La Real orden de 28 de Septiembre de 1900 aplicó los reseñados

(1) Ricci: *Derecho civil*. Traducción española, tomo II, pág. 59.

preceptos a las defunciones ocasionadas por haber caído y desaparecido en las aguas del mar un tripulante o pasajero, y autorizó la extensión de asientos provisionales, *con efectos administrativos*, cuando no resultaren identificados los cadáveres. Con mayor decisión permitió el Real decreto de 12 de Febrero de 1903 la inscripción del fallecimiento de los naufragos del «Reina Regente», mediante la transcripción del certificado expedido por las Autoridades de Marina, en el que se hacía constar que el individuo en cuestión formaba parte de la dotación del crucero el día en que éste había salido de Tánger.

De parecido alcance son la Real orden de 12 de Enero de 1885 sobre inscripción de defunciones en los Registros de los pueblos devastados por los terremotos, la Real orden de 14 de Septiembre de 1891, dada para Consuegra y demás pueblos inundados de la provincia de Toledo, y el Real decreto de 16 de Febrero de 1892, para la inscripción de las defunciones ocurridas en la misma inundación. Todavía dieron mayores facilidades los Reales decretos de 11 de Septiembre de 1922 y 19 de Febrero de 1923, que, recogiendo los precedentes del Decreto de 17 de Julio de 1874 y Ordenes del Ministerio de la Guerra y del de Gracia y Justicia de 16 de Octubre y 11 de Diciembre de este último año, dieron las reglas para las inscripciones de fallecimiento del personal y agregados desaparecidos que hubieren pertenecido al ejército de Africa, con relación a las listas remitidas por los jefes de los distintos Cuerpos o Unidades. Y en fin, la Orden circular de 25 de Enero de 1932 volvió a aplicar las disposiciones del Decreto de 1.º de Mayo de 1873 a las defunciones ocurridas por caer al mar algún tripulante o pasajero de un buque durante la navegación, lo mismo cuando sea hallado e identificado el cadáver que cuando resulte desaparecido, después de las diligencias y pesquisas hechas para su hallazgo.

La reglamentación ideada por el Ministerio es insegura, y así lo hace notar la última de las aludidas disposiciones; pero acusa un cierto progreso en cuanto parte de una especie de inscripción incompleta (Decreto de 1873), admite más tarde unos asientos provisionales (Real orden de 1900), declara en el artículo 12 del Real decreto de 19 de Febrero de 1923 que mientras las Cortes no resuelvan sobre la eficacia definitiva de estas inscripciones se entenderán hechas, en cuanto a los efectos jurídicos, con el alcance que respecto a

los terceros en las herencias voluntarias establece el artículo 20 de la ley Hipotecaria (que se declara aplicable incluso a los herederos forzosos de los desaparecidos); y en fin, concluye por disponer (en el apartado 2.º de la Orden de 1932) que estas inscripciones surtirán todos sus efectos, conforme al artículo 327 del Código civil, mientras no sean impugnadas judicialmente por los que se consideren perjudicados o por el Ministerio público.

Nuestro Tribunal Supremo, en la Sentencia de 26 de Abril de 1901, citada por el profesor cubano, afirma que cuando por haber sobrevenido un naufragio u otro accidente desgraciado existe fundamento racional para creer que la desaparición de una persona se debe a haber perecido en la catástrofe, no existe obstáculo legal que impida a los Tribunales hacer esta declaración para determinar el estado jurídico de las personas interesadas, y atribuye a la inscripción provisional de defunción, acordada por la Dirección general de los Registros, fundándose en el resultado de las diligencias instruidas por la Comandancia de Marina, verdaderos efectos positivos que cierran el paso a la declaración de ausencia.

En realidad, el derecho español ha cubierto los tres sectores que, al lado de la declaración de ausencia, por no tener noticias de una persona, son regulados por las leyes modernas: riesgo de guerra (*Kriegverschollenheit*), naufragio o azares de la navegación (*Seeverschollenheit*) y accidente fatal (*Unfallverschollenheit*); pero con las particularidades que distinguen a todo ordenamiento incipiente en la materia:

1.ª La regulación se hace *a posteriori*, fijando para cada caso, después de una detallada instrucción y de un solemne acuerdo, las circunstancias en que tuvo lugar el desgraciado accidente.

2.ª Se parte de la certeza del fallecimiento, o, mejor dicho, de una prueba que se reputa suficiente para transformar el riesgo sufrido en fatídica realidad.

3.ª No se establecen plazos, contados respectivamente desde la firma de la paz, cesación de hostilidades, temporal corrido, etcétera..., para robustecer la presunción jurídica nacida del peligro, sino que, en cierto modo, se centra la serie de acontecimientos en un solo instante, como si se tratase de un caso de *commoriencia* o muerte simultánea, acreditado en sus detalles por la terrible magnitud de la desgracia.

A. DE L.