

**LA AUSENCIA Y LA DECLARACION DE FALLECIMIENTO EN  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO \*

Publicado en:

*Revista española de Derecho internacional,*  
vol. XLVII, 1995 núm. 2, pp. 41-70

ISSN: 0034-9380

\* Catedrático de Derecho internacional privado  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid  
E- 28040 MADRID  
pdmigue@der.ucm.es

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense*  
<http://www.ucm.es/eprints>

Nota: Los números de las páginas no coinciden con los de la publicación, pero sí es idéntica la numeración de los párrafos, por lo que las citas a este documento pueden ir referidas a los números de los párrafos.

## ABSTRACT

The Private International Law questions raised by the disappearance of persons are diverse and complex. This complexity is partly due to the different methods used by the various legal orders to regulate these factual situations. Spanish law is a typical representative of the so-called mixed systems, which includes both declaration of absence and declaration of death.

As regards jurisdiction issues, a number of significant legal systems show a trend to admit flexible bases of competence. Such an approach is helpful to guarantee the fulfilment of the protective nature of these proceedings. In Spain the terms of Article 22.3 LOPJ (which includes only the last domicile of the absent person as basis of competence) make necessary an interpretation providing a widening of the circumstances in what is appropriate for our courts to intervene (as they do in practice).

Concerning choice of law the idea of applying the *lex causae* -the legal order which governs the relationship (marriage, succession...) affected by the disappearance- seems only reasonable in those legal systems based on judicial presumptions of death without generally binding effect (as is typical of the common law countries). In Spanish law, according to article 9.1 C.c., the basic criterion is that absence and declaration of death questions are governed by the law of the nationality of the absentee at the time of the disappearance. However, the distinction between procedure (governed by the *lex fori*) and substance raises here special difficulties.

As far as recognition of foreign decisions in Spain is concerned, it is generally accepted that *exequatur* is not required due to the non-contentious nature of these proceedings. However, opinions vary regarding the conditions which these foreign decisions must fulfil. Finally the lack of effect of substantive *res judicata* which is proper of the non-contentious decisions for protective assistance and the possibility of revoking these decisions bring up special questions for discussion.

**Keywords:** Absence, Declaration of Death, International Jurisdiction, Choice of Law, Recognition of Judgments

## RESUMEN

Este trabajo estudia las cuestiones de competencia judicial internacional, derecho aplicable y reconocimiento de decisiones que plantean los supuestos de ausencia y declaración de fallecimiento vinculados con varios ordenamientos jurídicos. Como presupuesto, incluye un análisis sobre los diversos modelos de regulación de la ausencia y declaración de fallecimiento en el panorama comparado.

**Palabras claves:** Ausencia, declaración de fallecimiento, competencia judicial, ley aplicable, reconocimiento de decisiones

## LA AUSENCIA Y LA DECLARACION DE FALLECIMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. -II. REGIMEN DE DERECHO MATERIAL: 1. Modelos de regulación en el panorama comparado. 2. Caracterización del sistema español y contraste con otros ordenamientos: A. Estructura del sistema. B. Ausencia. C. Declaración de fallecimiento. -III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: 1. Tendencias en el ámbito comparado: pluralidad de fueros y garantía de la tutela. 2. Fuero del domicilio del desaparecido (art. 22.3 LOPJ). 3. Otras vías de atribución de competencia a los tribunales españoles: A. Adopción de medidas provisionales B. Fuero de necesidad. -IV. DERECHO APLICABLE: 1. Alternativas de regulación: estatuto personal, *lex fori* o *lex causae*. 2. Ley aplicable a la declaración de fallecimiento: A. Tensión entre el estatuto personal y la *lex fori*: criterios de solución. B. Ley(es) aplicable(s) a los efectos de la declaración. 2. Ley aplicable a la ausencia. - V. EFICACIA EN ESPAÑA DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS: 1. Carácter de los efectos. 2. Presupuestos y alcance de la eficacia.

### I. PLANTEAMIENTO

1. El hecho de que una persona, de cuya existencia no se tienen noticias, falte de su entorno vital durante un periodo de tiempo provoca situaciones caracterizadas por la desprotección de ciertos bienes e intereses del ausente o de personas con él vinculadas. Asimismo, esa circunstancia genera incertidumbre no sólo con respecto a la suerte de las relaciones jurídicas que tienen como fundamento la existencia de la persona, sino también acerca de aquellas que se subordinan a su muerte. Los diversos ordenamientos han respondido a esta realidad con un variado conjunto de instituciones jurídicas. El régimen de esas instituciones, además de configurar mecanismos (provisionales) de protección de los intereses del ausente y de los terceros afectados por la situación, condiciona, junto a la posición personal del ausente, el futuro de relaciones jurídicas muy diversas: familiares (matrimoniales, paterno-filiales...), patrimoniales (sucesorias...), etc.

No es extraño que los supuestos de ausencia sean situaciones privadas de tráfico externo, al hallarse vinculados con más de un ordenamiento:

porque un nacional marchó a un país extranjero donde se perdieron sus noticias, por haber dejado el ausente bienes en una pluralidad de países, por tratarse de un extranjero vinculado con España... Desde antiguo las cuestiones de D.I.Pr. suscitadas en relación con este sector del ordenamiento han sido singularizadas por su especial complejidad<sup>(1)</sup>. Entre los motivos que fundamentan esa peculiar dificultad destacan la heterogeneidad de los regímenes materiales<sup>(2)</sup>, el dato de que típicamente se trata de figuras de creación normativa y no de simples fenómenos sociales y, por último, la circunstancia de que los efectos jurídico-materiales se hallen aquí normalmente subordinados a la existencia de una resolución judicial previa. Este último elemento determina la trascendencia que el estudio de la eficacia de las resoluciones extranjeras reviste en esta materia<sup>(3)</sup>, que, también suscita complejas cuestiones de competencia judicial y ley aplicable, así como relativas a las "relaciones estructurales" entre los distintos sectores del D.I.Pr., en particular *forum* y *ius*, como es propio de una materia comprendida dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria<sup>(4)</sup>.

2. Si bien los casos de ausencia, que son muy comunes como resultado de conflictos bélicos y otros desastres, podrían parecer en esta época poco propios de sociedades con avanzados sistemas de comunicación, no resultan en absoluto un fenómeno residual en la actualidad en el contexto de nuestro ordenamiento. Dejando a un lado la desaparición de personas de su domicilio como elemento conocido de la realidad social, es de destacar que el número de ocasiones en las que estas situaciones adquieren trascendencia jurídica no es nada desdeñable en nuestro país<sup>(5)</sup>. Idea esta que no resulta contradicha por la escasez de jurisprudencia sobre el particular, consecuencia ante todo

---

1. Cf., v.gr., O. Marthaler, *Die Verschollenheits- und Todeserklärung im internationalen Privatrecht*, Zúrich, 1938, p. 86; y H. Batiffol, P. Lagarde, *Droit international privé*, t. II, 7ª ed, 1983, p. 26. Por su parte, A. Miaja de la Muela, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10ª ed., Madrid, 1987 (rev. A. Borrás), p. 268, afirma "la doctrina de todos los países se muestra un tanto desorientada ante la variedad de problemas que la ausencia suscita".

2. Que se manifiesta en la configuración de las categorías normativas básicas, dificultando los intentos de coordinación entre ordenamientos, cf. H. Strebel, *Die Verschollenheit als Rechtsproblem*, Francfort, 1954, p. 2.

3. Cf. C. von Bar, *Internationales Privatrecht*, vol. 2, Múnich, 1991, p. 10.

4. Cf. J.D. González Campos, "Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho internacional privado", *ADI*, 1977-1978, vol. IV, pp. 89-136, p. 99.

5. Baste dejar constancia, en relación con los edictos preceptivos en los procedimientos de declaración de ausencia o fallecimiento (arts. 2.038 y 2.042 LEC), de cómo en ocasiones los publicados en un solo día en el *BOE* superan la decena (*vid.* *BOE* núm. 128, de 30.05.1995, pp. 10.161-10.249).

de la naturaleza voluntaria de los procesos en esta materia, que no originan un conflicto entre partes. En particular, la declaración de fallecimiento está lejos de ser una institución en desuso en España<sup>(6)</sup>. La marginación de su estudio responde no tanto a su falta de trascendencia práctica como a otros factores: recelo del análisis de los aspectos vinculados al fallecimiento de las personas, consideración infundada de la figura como un anacronismo de nula vigencia en la actualidad...<sup>(7)</sup>

En el plano del D.I.Pr., pese a que la cuestión no se plantea en el momento actual con el dramatismo de otras épocas, su tratamiento sigue suscitando en el extranjero un interés muy superior al que ha despertado en nuestro país<sup>(8)</sup>. Sin embargo, en España, donde sólo existe regulación específica en el ámbito de la competencia judicial (art. 22.3 LOPJ), una primera aproximación a la práctica parece poner de relieve, además de lo habituales que resultan los procedimientos de declaración de fallecimiento con elemento extranjero, cómo las soluciones consideradas pacíficas en esta materia en los sectores de competencia judicial y ley aplicable distan de ser siempre respetadas por nuestros órganos judiciales<sup>(9)</sup>. La necesidad de un

---

6. A diferencia de lo que ocurre con la declaración de ausencia (cf. J. Díez del Corral, "Art. 198", Ministerio de Justicia, *Comentario del Código Civil*, t. I, pp. 624-628, p. 628), cuya escasa vigencia práctica parece estar vinculada al anacrónico diseño de la figura. En esta línea, cabe observar en el panorama comparado cómo es en relación con los sistemas basados en mecanismos similares a nuestra declaración de ausencia -de escasa eficacia- donde se destaca el carácter residual de estas instituciones (cf. en relación con el sistema belga, H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3ª ed., Bruselas, 1962, p. 590).

7. *Vid.* H.F. Corral Talciani, *La declaración de fallecimiento*, Madrid, 1991, pp. 17-19.

8. Esa mayor atención doctrinal ha tenido también reflejo legislativo, como demuestra la inclusión de disposiciones específicas en la materia en recientes codificaciones de D.I.Pr., como el § 14 de la Ley austriaca de D.I.Pr. de 15 de junio de 1978, los § 16 y 58.2 del Decreto-ley 13/1979 húngaro sobre D.I.Pr. los arts. 16 y 78 de la Ley yugoslava de 15 de julio de 1982, el § 12 de la Ley de ausencia y el art. 9 de la *EGBGB* tras la modificación por Ley de 25 de julio de 1986 (Alemania), y los arts. 41 y 42 de la Ley suiza de D.I.Pr. de 18 de diciembre de 1987.

9. Por ejemplo, la circunstancia de que el último domicilio del desaparecido no estuviera en España no parece obstáculo en la práctica para que nuestros tribunales conozcan en esta materia (*vid.* Edicto del Juzgado de 1ª Instancia de Celanova de 11 de abril de 1995 - *BOE* núm. 129, de 31.05.1995, p. 10.307-, relativo a la declaración de fallecimiento de una persona "cuyo último domicilio lo tuvo en Cuba"). Tampoco la opinión casi unánime en nuestra doctrina sobre la aplicación en este sector del estatuto personal del desaparecido parece encontrar plena acogida en los tribunales (*vid.* Edicto del Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Valencia de 27 de marzo de 1995 - *BOE* núm. 101, de 28.04.1995, p. 8.320-, relativo a la declaración de fallecimiento de una persona de nacionalidad noruega de conformidad con "los arts. 193 y concordantes del Código civil").

estudio sobre el régimen de la ausencia y la declaración de fallecimiento en el sistema español de D.I.Pr. se ve acentuada por la complejidad y especificidad de las cuestiones suscitadas.

3. En sentido técnico-jurídico, el concepto de ausencia, junto a la no presencia de una persona, incluye la incertidumbre acerca de su existencia - causada por la falta de noticias y que se acentúa con el paso del tiempo-(<sup>10</sup>). Para hacer frente a esa situación los ordenamientos establecen mecanismos diversos: en nuestro sistema, junto a la declaración de ausencia, se configura la declaración de fallecimiento, como institución independiente, con sustantividad propia y trascendencia mucho mayor(<sup>11</sup>). A los efectos del presente estudio, sin desconocer los rasgos peculiares de las distintas figuras, se ha optado por delimitar el objeto incluyendo en el mismo las distintas instituciones que hacen frente al problema de la ausencia en su sentido técnico-jurídico. De este modo, siendo determinante el dato de la incertidumbre acerca de la existencia de la persona, quedan fuera del objeto de estudio las cuestiones relativas a la constatación de la defunción o a la determinación del momento de la muerte, en las que no hay duda sobre la existencia de la persona, pues la muerte es segura(<sup>12</sup>). Sí se ha considerado oportuno, por la función auxiliar que desempeñan en las situaciones de ausencia, hacer referencia en el estudio a los mecanismos provisionales de defensa de los bienes del desaparecido, pese a su carácter residual y a que en nuestro ordenamiento no implique duda oficial acerca de la existencia.

La naturaleza de las cuestiones de D.I.Pr. suscitadas y su tratamiento se halla condicionada por la compleja y heterogénea configuración de los

---

<sup>10</sup> Cf., *v. gr.*, T. Ogáyar Ayllón, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, (M. Albaladejo dir.), t. IV, 2ª ed., Madrid, 1985, pp. 1-158, p. 2. En el panorama comparado existe coincidencia al respecto, *vid.*, *v. gr.*, R. Cross, N. Wilkins, *An Outline of the Law of Evidence*, 5ª ed., Londres, 1980, p. 55; H. Coing, N. Habermann, "Verschollenheitsgesetz", J. Staudinger *Kommentar zum BGB*, 12ª ed., Berlín, 1980, pp. 255-316, pp. 267-269; M. Doglioti, A. Figone, *Commentario al Codice civile*, (P. Cendon dir.), vol. I, Turín, 1991, p. 219; G. Cornu, *Droit civil (Introduction, les personnes, les biens)*, 7ª ed., París, 1994, p. 258.

<sup>11</sup> Cf. H.F. Corral Talciani, *La declaración...*, *op. cit.*, pp. 58-59.

<sup>12</sup> Así, queda al margen el régimen de la inscripción de defunción fuera de plazo (*vid.* delimitando entre ésta y la declaración de fallecimiento en un supuesto de tráfico externo, Res. DGRN de 11 de septiembre de 1984, *BIMJ*, 1985, núm. 1.366, pp. 52-55, y nota de M. Aguilar Benítez de Lugo, *REDI*, vol. XXXVII, 1985, pp. 219-222). Tampoco se incluye la comoriencia, en la que existe duda acerca del orden de las defunciones, pero las muertes son ciertas, *cf.* M. Aguilar Benítez de Lugo, "La comoriencia en Derecho internacional privado", *BIMJ*, 1994, núm. 1.713, pp. 3.935-3.956, p. 3.935.

regímenes materiales, lo que reclama con carácter previo una aproximación a las claves de la regulación sustantiva en el panorama comparado, con particular referencia a la situación en Derecho español. La aludida heterogeneidad se encuentra también en la base del reducido alcance que la cooperación internacional presenta en este concreto sector del tráfico externo<sup>(13)</sup>.

## II. REGIMEN DE DERECHO MATERIAL

### 1. Modelos de regulación en el panorama comparado

4. El desamparo y la incertidumbre originados por las situaciones de ausencia da lugar en el plano comparado a instituciones diferentes que, sin embargo, son funcionalmente equivalentes, en la medida en que tratan de dar respuesta a un mismo problema de la realidad social, lo que facilita su análisis conjunto<sup>(14)</sup>. Las divergencias de regulación reflejan la distinta valoración de los intereses contrapuestos -de un lado, los del ausente, de otro, los de los terceros interesados-<sup>(15)</sup>, así como el diverso alcance asignado al objetivo de seguridad jurídica. Los regímenes materiales sobre la ausencia, en atención a los caracteres de los mecanismos jurídicos que establecen, son

---

<sup>13</sup>. Además de los intentos de cooperación en el área latinoamericana, de limitada relevancia práctica (*vid.* arts. 78-83 del Código Bustamante de 1928, y art. 12 del Tratado de Derecho civil internacional de Montevideo de 1940), es de destacar el Convenio de las Naciones Unidas relativo a la declaración de fallecimiento de personas desaparecidas de 6 de abril de 1950, destinado a unificar el tratamiento internacional de las situaciones de ausencia provocadas en relación con la segunda guerra mundial (para una detallada exposición de su elaboración, contenido y alcance espacial y temporal -expirado definitivamente-, *vid.* H. Strebel, "Die Abkommen der Vereinten Nationen über die Todeserklärung Verschollener", *RabelsZ*, vol. 16, 1951, pp. 547-579; y C. Landau, "The UN Convention on the Declaration of Death of Missing Persons (An Example of International Co-operation in a Field of Private Law)", *Festschrift für A.F. Schnitzer*, Ginebra, 1979, pp. 299-324). Por su parte, el Convenio sobre constatación de ciertas defunciones, firmado en Atenas el 14 de septiembre de 1966 (Convenio núm. 10 de la CIEC) y del que sí es parte es España (*BOE* núms. 70 y 71, de 21 y 22.03.80, pp. 822-823), se refiere sólo a supuestos en los que la muerte puede ser estimada como cierta, no a situaciones de ausencia en sentido técnico-jurídico.

<sup>14</sup>. En la línea de la conocida metodología de la comparación funcional (*vid.*, *v.gr.*, M. Rheinstein (R. von Borries), *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Múnich, 1974, pp. 25-28; y K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 2ª ed., Oxford, 1992, pp. 31-32).

<sup>15</sup>. *Cf.* R. Hengartner, *Rechtsfähigkeit, Tod und Verschollenheit im internationalen Privatrecht*, Basilea, 1969, pp. 31-32.

susceptibles de ser agrupados por medio de una división cuatripartita<sup>(16)</sup>.

5. Sistemas basados en la declaración de fallecimiento. Este modelo gira en torno a la posibilidad de obtener a través de un procedimiento específico una resolución judicial, que tiene como efecto básico reputar muerto al ausente a partir de una determinada fecha. La resolución reviste eficacia *erga omnes* y general (no limitada a un sector específico del ordenamiento). La eficacia es definitiva (de modo que tiende a garantizarse la tutela de los intereses de los terceros afectados por la incertidumbre que genera la ausencia, salvaguardando la seguridad jurídica), si bien cabe la posibilidad de revocar la decisión si resulta que los presupuestos de la misma en realidad no se cumplían. Este modelo, en el que la ausencia se configura como un simple presupuesto fáctico de la declaración de fallecimiento, es el característico del sistema alemán<sup>(17)</sup>, y se encuentra en un conjunto significativo de países, sobre todo, de Europa central, oriental y del norte, así como de Asia<sup>(18)</sup>.

6. Sistemas basados en la declaración de ausencia. La particular atención que reciben en estos sistemas los intereses del ausente hace que no sea posible obtener una decisión definitiva sobre su (in)existencia. Sólo se contemplan resoluciones con eficacia limitada, que asocian determinadas consecuencias al hecho de la ausencia (restricción de la capacidad del ausente, posesión limitada de ciertos bienes por los presuntos herederos...). El modelo característico es el del Código civil francés originario, que, además de un mecanismo inicial de protección de los bienes del desaparecido, distinguía entre un periodo de *absence déclarée*, cuyo efecto principal consistía en hacer posible la entrega en posesión provisional de los bienes del ausente a sus herederos presuntos, y la posterior entrega en posesión definitiva, suprimiendo las restricciones impuestas a los herederos presuntos. Este modelo, si bien no está ya vigente en Francia, donde la reforma de 1977

---

<sup>16</sup>. Adoptando también esta división de los regímenes materiales como presupuesto de un estudio de D.I.Pr., *vid.* H. Nitsche, *Das internationale Privatrecht der Todeserklärung*, Múnich, 1971, pp. 9-92.

<sup>17</sup>. Sobre el mismo, *vid.* H. Coing, N. Habermann, "Verschollenheitsgesetz"..., *loc. cit.*, *passim*.

<sup>18</sup>. *Vid.* I. Nolte, *Die Regelung der internationalrechtlichen Fragen im Verschollenheit gemäß deutschem Recht*, Hamburgo, 1971, pp. 5-6. El modelo también se reitera en Iberoamérica. Así ocurre en Argentina (arts. 110-125 Código civil, modificados por los arts. 15 a 32 de la Ley 14.394), *cf.* A.M. Morello, *Declaración de ausencia y fallecimiento presunto*, Buenos Aires, 1962, p. 34.

introdujo con carácter general una declaración de ausencia con el efecto típico de la declaración de fallecimiento<sup>(19)</sup>, continúa en vigor en un número limitado de países<sup>(20)</sup>.

7. Sistemas mixtos, que combinan los mecanismos básicos de los dos sistemas anteriores: declaración de ausencia y declaración de fallecimiento. Establecen la posibilidad de obtener una declaración de ausencia, tras un periodo de tiempo relativamente breve, que tiene como principal efecto anticipar provisionalmente ciertas consecuencias sucesorias. Si la situación de ausencia se prolonga, se abre la posibilidad de obtener una declaración de fallecimiento. El modelo típico de estos sistemas es el de la vigente legislación italiana<sup>(21)</sup>.

8. Sistemas que, careciendo de procedimientos específicos en materia de ausencia, se basan en presunciones sobre la muerte del ausente. Es el modelo propio de los sistemas anglosajones. Con carácter general, la presunción de muerte del ausente se subordina a que haya transcurrido un plazo -que suele ser de siete o cinco años, según los ordenamientos- sin que reciban noticias del ausente las personas que normalmente debieran haberlas recibido y siempre que se hayan realizado todas las averiguaciones oportunas<sup>(22)</sup>. En la práctica, los tribunales aplican con extraordinaria flexibilidad las condiciones para que actúe la presunción, siendo determinante la valoración de las circunstancias del caso concreto por parte del órgano judicial<sup>(23)</sup>. Cuando opera la presunción, que no sirve para fijar

---

<sup>19</sup>. El sistema francés actual debe ser asimilado a los que se basan en la declaración de fallecimiento. Poniendo de relieve las deficiencias del sistema originario en comparación con el instaurado tras la Ley de 28 de diciembre de 1977, *vid.* G. Goubeaux, *Traité de droit civil (Les personnes)*, París, 1989, pp. 78-115. De otro lado, las carencias del modelo originario han llevado a establecer en los ordenamientos que lo siguen procedimientos específicos para desapariciones en situación de riesgo, similares a los de declaración de fallecimiento.

<sup>20</sup>. En concreto, en Bélgica, *vid.* H. De Page, *Traité...*, *op. cit.*, pp. 589-608. Más controvertido resulta el encuadramiento del vigente sistema suizo, cuya declaración de ausencia produce efectos próximos a los típicos de la declaración de fallecimiento, pero conserva semejanzas con el modelo de la declaración de ausencia (*vid.* P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmid, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11ª ed., Zúrich, 1995, pp. 108-112).

<sup>21</sup>. Arts. 48 a 73 del *Codice civile*. Entre los otros ordenamientos susceptibles de ser encuadrados en esta categoría destaca el portugués (arts. 89-121 *Código civil*).

<sup>22</sup>. Para una visión detallada de la situación en EE.UU., Inglaterra y Canadá, *vid.* el análisis crítico contenido en J.H. Wigmore, J.H. Chadbourn, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9, 3ª ed., Boston, 1981, pp. 603-618.

<sup>23</sup>. *Cf.* D. Stone, "The Presumption of Death: A Redundant Concept?", *Modern L. Rev.*, vol. 44, 1981, pp. 516-525, p. 523.

una fecha de la muerte, sólo tiene efectos *inter partes* y para el caso concreto en el que se hace valer: no existe la posibilidad de obtener una resolución judicial al respecto con eficacia general. En definitiva, el objetivo de seguridad jurídica determinante en los sistemas que incorporan declaración de fallecimiento presenta una limitadísima trascendencia en el modelo del *common law*.

## 2. Caracterización del sistema español y contraste con otros ordenamientos

### A. Estructura del sistema

9. El régimen de las situaciones de ausencia se contiene en el ordenamiento español básicamente en los arts. 181 a 198 C.c. (cuya redacción actual se introdujo por Ley de 8 de septiembre de 1939) y en los arts. 2.031 a 2.047 LEC (redactados conforme a la Ley de 30 de diciembre de 1939); estos últimos no incluyen sólo disposiciones de carácter procesal, sino también de marcado carácter substantivo. En la elaboración de esta normativa se tuvieron presentes de modo decisivo tres modelos: el anterior Título VIII del Libro Primero del C.c. (influido por el modelo francés originario), el *BGB* de 1900 y el Código civil italiano de 1938<sup>24</sup>). El resultado fue un sistema en cierta medida original, pero integrado en parte por elementos tomados directamente de otros ordenamientos.

La legislación española contempla tres situaciones: defensa de los bienes del desaparecido (art. 181 C.c. y arts. 2.033-2.037 y 2.040 LEC), declaración de ausencia (arts. 182-192 C.c. y 2.038-2.041 y 2.043 LEC) y declaración de fallecimiento (arts. 193-197 C.c. y 2.042-2.044 LEC). Cada una de ellas es autónoma con respecto a las otras. Ninguna opera como presupuesto de otra.

10. Como nota común a las tres situaciones destaca que todas las actuaciones procesales a que pueden dar origen revisten el carácter de actos de jurisdicción voluntaria (art. 2.031 LEC). Esta circunstancia se reitera en el panorama comparado, pues la ausencia y la declaración de fallecimiento

---

<sup>24</sup>. En ocasiones la reproducción de los modelos es casi textual, *vid.*, denunciando las inexactitudes a que esto conduce, I. Serrano y Serrano, *La ausencia en el Derecho español*, Madrid, 1943, pp. 58-64.

forman parte del núcleo típico que reviste naturaleza voluntaria en la práctica totalidad de los ordenamientos que establecen procedimientos específicos al respecto<sup>(25)</sup>.

Aparece también como rasgo común a las tres situaciones el amplio margen asignado al arbitrio judicial en la aplicación de las normas, así como los poderes de actuación de que gozan los jueces, quienes con carácter general pueden adoptar de oficio "cuantas medidas de averiguación e investigación consideren procedentes, así como todas las de protección que juzguen útiles al ausente" (art. 2.031 LEC).

11. Por su estructura, el ordenamiento español se asimila a los denominados sistemas mixtos, pues incorpora la posibilidad de que un mismo supuesto dé lugar a declaración de ausencia y (posteriormente) a declaración de fallecimiento. En esta medida, nuestro régimen presenta similitudes estructurales no sólo con los mencionados sistemas mixtos, que típicamente recogen las tres situaciones aquí previstas, sino también con los sistemas basados en la declaración de fallecimiento, que suelen contemplar dos de esas situaciones (defensa de los bienes del desaparecido y declaración de fallecimiento) y con los sistemas basados en la declaración de ausencia.

## B. Ausencia

12. Se incluyen bajo este epígrafe las dos primeras situaciones contempladas en nuestra legislación<sup>(26)</sup>. La defensa de los bienes del desaparecido se configura como un mecanismo provisional, voluntario y subsidiario, destinado a remediar el abandono de los bienes de quien ha desaparecido de su domicilio sin que se hayan recibido noticias. No implica

---

<sup>25</sup> Cf., poniendo expresamente de relieve esta circunstancia coincidente, tras destacar la extraordinaria heterogeneidad de la jurisdicción voluntaria a nivel comparado, D. Stalev, "Non-Contentious Proceedings and Their Development", *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order* (W.H. Habschied Hrgb.), Bielefeld, 1983, pp. 253-289, p. 266.

<sup>26</sup> Sobre su régimen, *vid.* I. Serrano y Serrano, *La ausencia...*, *op. cit.*, pp. 105-307; F. De Castro y Bravo, *Derecho civil de España*, Madrid, 1947-1952 (reimp. 1984), pp. 497-540; R. Bercovitz y Rodríguez-Cano, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, pp. 111-120; T. Ogáyar Ayllón, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 11-109; J.L. Lacruz Berdejo (F. Rivero Hernández), *Elementos de Derecho Civil*, vol. II, Barcelona, 1990, pp. 191-208; A. Cabanillas Sánchez, "Arts. 181-192", Ministerio de Justicia, *Comentario...*, *op. cit.*, pp. 599-616; y L. Díez-Picazo, A. Gullón, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 8ª ed., 1992, pp. 291-301.

duda legal acerca de la vida del desaparecido ni requiere el transcurso de ningún plazo, siendo opinión extendida que basta con que el desaparecido no pueda enviar instrucciones. Es el juez quien ordena qué medidas de amparo y custodia proceden. La ejecución de esas medidas compete al defensor, nombrado por el propio juez -a quien se haya subordinado- en un auto, resultado de un procedimiento que se inicia a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal. Si bien las medidas de defensa son exclusivamente de carácter patrimonial, esta situación incide en las relaciones familiares, en concreto, sobre la presunción legal de paternidad (art. 116 C.c.) y por la imposibilidad de que el desaparecido ejerza la patria potestad (156.4 C.c.).

En el plano comparado es habitual que, además de los procedimientos específicos de declaración de ausencia o/y fallecimiento, se incorpore un mecanismo provisional de amparo de los bienes del desaparecido, que desempeña una función auxiliar o complementaria<sup>(27)</sup>. En la práctica cabe apreciar cómo tanto el *curatore dello scomparso* en Italia (art. 48 *Codice civile*)<sup>(28)</sup>, el periodo de la *présomption d'absence* en Francia (arts. 112-121 *Code civil*)<sup>(29)</sup>, el *Abwesenheitspfleger* del Derecho alemán (§ 1911 *BGB*)<sup>(30)</sup>, y la *présomption d'absence* en Bélgica -si bien ésta, además de limitar al mínimo las medidas protectoras, afecta a la capacidad para heredar del desaparecido<sup>(31)</sup>- son instrumentos funcionalmente equivalentes a nuestra defensa de los bienes del desaparecido.

13. La ausencia declarada se configura en nuestro ordenamiento como una situación más compleja y duradera, que requiere el transcurso de determinados plazos desde la desaparición (normalmente un año). Se constituye mediante auto judicial, tras un procedimiento que determinados parientes y el Ministerio Fiscal están obligados a instar y en el que destacan las exigencias de publicidad del expediente. El auto posee eficacia constitutiva y procede su inscripción en el Registro Civil al margen de la inscripción de nacimiento (arts. 1.6, 5 y 46 LRC) y en el Registro de la Propiedad (art. 2.4 LH). Además de manifestar la duda oficial sobre la vida

---

<sup>27</sup>. Cf. H. Strebel, *Die Verschollenheit...*, *op. cit.*, pp. 75-76.

<sup>28</sup>. Vid. E. Romagnoli, *Commentario del Codice civile* (A. Scialoja, G. Branca), L. I, Bolonia, 1970, pp. 69-436, pp. 114-178.

<sup>29</sup>. Vid., destacando la influencia ejercida por el modelo italiano, B. Teyssie, *L'absence* (*Loi du 28 décembre 1977*), París, 1979, pp. 13-42; y G. Goubeaux, *Traité...*, *op. cit.*, pp. 85-100.

<sup>30</sup>. Vid. P. Goerke, "§ 1911", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2ª ed., t.5.2º, Múnich, 1987, pp. 1.291-1.298.

<sup>31</sup>. Vid. H. De Page, *Traité...*, *op. cit.*, pp. 602-603.

de la persona, produce importantes efectos patrimoniales. El patrimonio del ausente es puesto en administración, que corresponde al representante nombrado -y controlado- por el juez, y a quien le es parcialmente de aplicación la normativa de la tutela. A pesar de que el ausente -donde se encuentre- no queda privado de la facultad de disponer de sus bienes, la titularidad del patrimonio corresponde al representante, quien puede disponer de los bienes en los términos legales y con la previa autorización judicial. El patrimonio queda suspendido en todo lo que depende de la vida o de la muerte del desaparecido (no existe presunción de vida); previéndose una reserva a favor del ausente hasta la declaración de fallecimiento para el caso de que se pueda probar que este vivía en el momento que era necesario para adquirir el derecho en cuestión. También produce efectos familiares, en particular, faculta al cónyuge del declarado ausente para solicitar la separación de bienes (arts. 189 y 1393.1 C.c.) y el transcurso de dos años tras la declaración es causa de divorcio (art. 86.3.a C.c.).

Desde la perspectiva comparada es de reseñar cómo los llamados sistemas mixtos conocen instituciones equivalentes a la ausencia declarada de nuestro ordenamiento. Es el caso, en concreto, del ordenamiento italiano (arts. 49-57 *Codice civile*), en el que la declaración de ausencia -que requiere que hayan pasado dos años desde las últimas noticias- motiva la entrega en posesión provisional de los bienes del ausente a los presuntos herederos del mismo -para lo que ordena la apertura de sus actos de última voluntad-; los poseedores provisionales sólo podrán realizar actos de disposición con autorización judicial<sup>(32)</sup>. Efectos similares -dejando a un lado la posibilidad de la posterior entrega en posesión definitiva- produce -tras plazos más largos- la declaración de ausencia de los sistemas basados en el modelo del Código civil francés originario<sup>(33)</sup>.

### C. Declaración de fallecimiento

14. Transcurrido determinado plazo desde la desaparición -normalmente diez años, pero pueden ser menos (cinco o dos) en atención a la edad del ausente o a las circunstancias de la desaparición- y tras un procedimiento análogo al previsto para la declaración de ausencia (si bien

---

<sup>32</sup>. Vid. E. Romagnoli, *Commentario...*, *op. cit.*, pp. 179-311; M. Doglioti, A. Figone, *Commentario...*, *op. cit.*, pp. 224-238.

<sup>33</sup>. Cf. en relación con el ordenamiento belga H. De Page, *Traité...*, *op. cit.*, pp. 603-606.

nadie está obligado a instarlo) procede en nuestro ordenamiento la declaración de fallecimiento<sup>(34)</sup>. El auto que la declara posee eficacia constitutiva, siendo posible su inscripción en el Registro Civil al margen de la de nacimiento (arts. 1.6 y 46 LRC) y en el Registro de la Propiedad (art. 2.4 LH). El auto expresa la fecha en la que se entiende acaecida la muerte. Hasta esa fecha se presume que el desaparecido ha vivido (art. 195 C.c.), a los efectos de la declaración de fallecimiento (por ejemplo, fecha de la apertura de la sucesión), lo que es compatible con la necesidad de probar en todo caso la existencia del constituido en ausencia para reclamar un derecho en su nombre (art. 190 C.c.).

La declaración de fallecimiento produce un efecto general: da lugar a una situación de carácter indefinido en la que el ordenamiento considera como muerta a una persona ausente; opera como sustitutivo de la muerte en circunstancias en las que la misma no puede probarse. Provoca efectos personales, patrimoniales y familiares. No extingue pero sí afecta a la personalidad, pues oficialmente se niega la existencia de la persona, mientras no se revoque el auto de declaración. El efecto patrimonial básico consiste en la apertura de la sucesión de los bienes del ausente (que va acompañada de medidas temporales limitadoras en previsión de un posible retorno); además causa la extinción de relaciones jurídicas, como el usufructo o la sociedad. Entre los efectos familiares, destaca la disolución del matrimonio (art. 85 C.c.) y del régimen económico, si subsistían. También se extingue la patria potestad (arts. 169 y 171 C.c.).

La situación creada por el auto de declaración de fallecimiento puede extinguirse por dos causas: la prueba de la muerte del ausente o la de su existencia. Se contempla un auto judicial (de revocación) que deja sin efecto con carácter general la declaración de fallecimiento. Una vez probada la vida del ausente, la revocación produce efectos personales (reconocimiento oficial de la existencia) y, sobre todo, patrimoniales (recobrará los derechos eventuales, se reactivarán relaciones jurídicas extinguidas, recuperará su patrimonio -teniendo derecho al precio de los bienes vendidos, pero sin

---

<sup>34</sup>. Sobre el régimen de la declaración de fallecimiento, *vid.*, además de H.F. Corral Talciani, *La declaración...*, *op. cit.*, pp. 86-400; I. Serrano y Serrano, *La ausencia...*, *op. cit.*, pp. 353-423; F. De Castro y Bravo, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 542-553; R. Bercovitz y Rodríguez-Cano, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 121-127; T. Ogáyar Ayllón, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 110-153; J.L. Lacruz Berdejo (F. Rivero Hernández), *Elementos...*, *op. cit.*, pp. 208-217; A. Cabanillas Sánchez, "Arts. 193-197", Ministerio de Justicia, *Comentario...*, *op. cit.*, pp. 617-624; y L. Díez-Picazo, A. Gullón, *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 320-325.

poder reclamar rentas ni frutos, salvo que medie mala fe-). Respecto a las relaciones familiares, según la opinión mayoritaria la reaparición carece de efectos sobre el matrimonio que haya podido contraer el cónyuge presente, pues no altera la disolución matrimonial producida como consecuencia de la declaración de fallecimiento, conforme al art. 85 C.c.<sup>(35)</sup>.

15. En el extranjero, tanto los sistemas basados en la declaración de fallecimiento, como los sistemas mixtos, regulan una situación semejante a nuestra declaración de fallecimiento. La naturaleza de los presupuestos a los que se subordina la declaración coincide en sus líneas básicas, si bien varía su concreta configuración<sup>(36)</sup>. Es común reconocer como efecto general de la declaración que permite considerar al ausente como muerto. Cabe destacar, sin embargo, la existencia de criterios divergentes para la fijación del momento de la muerte declarada<sup>(37)</sup>. Asimismo, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento -donde para reclamar un derecho en nombre de un ausente es preciso demostrar en todo caso que existía en el momento relevante-, en otros se consagra una presunción general de vida del ausente hasta la fecha fijada en la declaración de fallecimiento (con un alcance distinto del resultante del art. 195 C.c.)<sup>(38)</sup>. Existen llamativas divergencias al precisar los efectos matrimoniales de la declaración de fallecimiento, mientras unos sistemas proclaman que la declaración disuelve el matrimonio<sup>(39)</sup>, otros subordinan la disolución al cumplimiento de requisitos complementarios<sup>(40)</sup>.

---

<sup>35</sup>. En contra *vid.* H. F. Corral Talciani, *La declaración...*, *op. cit.*, pp. 376-388.

<sup>36</sup>. Así ocurre, con respecto a los plazos exigidos desde la desaparición, o, en particular con el hecho -desconocido en nuestro ordenamiento- de que se restrinja la posibilidad de que tenga lugar la declaración si el ausente no ha cumplido una determinada edad, como ocurre en los Derechos alemán y austriaco en relación con los menores de veinticinco años (§ 3 de la Ley de ausencia alemana -*vid.* H. Coing, N. Habermann, "Verschollenheitsgesetz"..., *loc. cit.*, p. 272-; y, siguiendo el modelo de la anterior, § 3 de la Ley de declaración de fallecimiento austriaca -*vid.* H. Koziol, R. Welser, *Grundriß des bürgerlichen Rechts*, vol. I, Viena, 1987, p. 46-) y en Italia si no han transcurrido nueve años desde la mayoría de edad (art. 58 *Codice civile* -*vid.* M. Dogliotti, A. Figone, *Commentario...*, *op. cit.*, p. 60-).

<sup>37</sup>. Basta contrastar el contenido del § 9 de la Ley alemana (fecha más probable de la muerte) con lo dispuesto en los arts. 58 y 61 del *Codice civile* (momento de las últimas noticias). Para una enumeración de las soluciones recogidas en el panorama comparado, *vid.* R. Hengartner, *Rechtsfähigkeit...*, *op. cit.*, pp. 32-33.

<sup>38</sup>. Es el caso del sistema alemán, *vid.*, *v.gr.*, H. Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlín, 1985, p. 76.

<sup>39</sup>. Como establece ahora el art. 128 *Code civil*, *vid.* G. Goubeaux, *Traité...*, *op. cit.*, p. 109.

<sup>40</sup>. Esa es la situación, por ejemplo, en Alemania y Austria, donde la declaración de

Por último, también destacan las divergencias con respecto a los efectos sobre las relaciones matrimoniales (y patrimoniales) de la prueba de la existencia del presunto fallecido en los supuestos de revocación<sup>(41)</sup>.

### III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

#### 1. Tendencias en el ámbito comparado: pluralidad de fueros y garantía de la tutela

16. Los criterios atributivos de competencia retenidos en materia de declaración de ausencia o fallecimiento varían significativamente según los países, siendo los fueros más extendidos la nacionalidad en el momento de la desaparición, el último domicilio o residencia del desaparecido y el lugar donde se encuentran bienes del mismo<sup>(42)</sup>. El recurso al fuero del último domicilio encuentra su fundamento en el hecho de que son los tribunales de ese lugar los mejor situados para indagar las circunstancias de la desaparición, así como en el dato de que normalmente es en ese país en el que se localizan los intereses del ausente y los efectos de las medidas a adoptar<sup>(43)</sup>. Por su parte, el empleo de la nacionalidad se basa en el interés

---

fallecimiento por sí sola no disuelve el matrimonio, sino que sólo faculta al cónyuge presente a contraer nuevo matrimonio, siendo la celebración del nuevo matrimonio lo que disuelve el matrimonio con el declarado fallecido (*vid.* H. Coing, N. Habermann, "Verschollenheitsgesetz",..., *loc. cit.*, pp. 292-294; y H. Koziol, R. Welser, *Grundriß...*, *op. cit.*, vol. II, 1991, p. 195). Por su parte, en Suiza la declaración de ausencia -pese a producir el efecto general típico de la declaración de fallecimiento- no disuelve el matrimonio, salvo que exista un pronunciamiento judicial específico al respecto, que puede instar el cónyuge (art. 102 Código civil), *vid.*, P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmid, *Das Schweizerische...*, *op. cit.*, pp. 110-111.

<sup>41</sup>. Para una sucinta exposición de las alternativas de regulación sobre el particular, *vid.* D.S.L. Kelly, "Declarations of Death: Reappearance and Status", *ICLQ*, vol. 20, 1971, pp. 535-546, pp. 537-538.

<sup>42</sup>. No obstante, cabe mencionar otros, como los que resultan de la aplicación a esta materia de fueros de alcance general, (como ocurre en Francia con el recurso a los arts. 14 y 15 *Code civil*, según el análisis de J.M. Jacquet, "Absence", *J.-Cl. dr. int*, Fasc. 543-B, 1984, pp. 1-12, pp. 3 y 8); o los que se fundamentan en la nacionalidad o residencia de un tercero interesado, como resultaba de la versión anterior del § 12 -núm. 3- de la Ley de ausencia alemana que atribuía competencia a los tribunales alemanes con base en la residencia o nacionalidad alemana del cónyuge del ausente (*vid.* H. Coing, G. Weick, "Verschollenheitsrecht", J. von Staudinger, *Kommentar...*, *op. cit.*, *EGBGB*, pp. 183-213, pp. 197-198).

<sup>43</sup>. Cf. A.P. Sereni, "La dichiarazione di morte presunta dello straniero: competenza giurisdizionale e legge sostanziale regolatrice", *Foro It.*, vol. LXXXIX, 1966, pp. 594-603, p.

estatal en controlar un aspecto tan determinante de la condición personal de sus ciudadanos, así como en la circunstancia de que se trata de una materia propia de la jurisdicción voluntaria, regida por el estatuto personal en la que la vinculación entre *forum* y *ius* es particularmente intensa<sup>(44)</sup>. La atribución de competencia a partir de la situación de los bienes del ausente se explica por la necesidad de adoptar medidas en ese país, bien provisionales de protección<sup>(45)</sup> bien estables porque no es factible obtener en ningún otro país una resolución que produzca los efectos oportunos<sup>(46)</sup>. En esta medida, el fuero basado en la existencia de bienes del ausente suele ser un mero complemento del fuero de la última residencia o/y de la nacionalidad, presentando carácter concurrente.

17. El desarrollo de los sistemas de competencia judicial internacional a nivel comparado muestra cómo un único criterio de atribución basado en el último domicilio del ausente o en su nacionalidad no satisface las exigencias de tutela características en materia de ausencia y declaración de fallecimiento, ni permite dar respuesta eficaz a todas las situaciones de tráfico externo suscitadas en la materia. En particular, con respecto a la declaración de fallecimiento, además del interés general por garantizar la seguridad jurídica, la primacía que corresponde en la regulación material a los intereses de los terceros (familiares, presuntos herederos...) debe encontrar reflejo en el ámbito de la competencia judicial internacional, garantizando el acceso a la justicia y la tutela a esos terceros interesados<sup>(47)</sup>. La evolución jurisprudencial

---

600; P. Fayon, "Absence", *Encyclopédie Dalloz dr. int.*, t. I, 1968, pp. 11-16, pp. 13-14; y H. Nitsche, *Das internationale...*, *op. cit.*, pp. 221-222. Cuando la ley del domicilio rige el estatuto personal este fuero facilita la correlación entre *forum* y *ius*; con respecto al Derecho argentino, interpretando este fuero como exclusivo *vid.* A. Boggiano, *Derecho internacional privado*, vol. I, 3ª ed., Buenos Aires, 1991, pp. 643-644.

<sup>44.</sup> Cf. P. Griesinger, *Die Verschollenheits- und Todeserklärung im internationalen Privatrecht*, Basilea, 1954, p. 101 (poniendo de relieve cómo además este fuero facilita el registro de actos de estado civil de los propios nacionales); y H. Nitsche, *Das internationale...*, *op. cit.*, pp. 219-220. El aludido interés estatal explica que en Austria se niegue la posibilidad de reconocer declaraciones de fallecimiento de nacionales austriacos dictadas por tribunales extranjeros (*vid.* F. Schwind, Nota a las sents. del *Oberster Gerichtshof* de 20 de marzo de 1979 y 29 de agosto de 1979, *ZfRV*, vol. 21, 1980, pp. 74-78, p. 78).

<sup>45.</sup> *Vid.*, *v.gr.*, en el marco del sistema francés, J.M. Jacquet, "Absence"..., *loc. cit.*, p. 4.

<sup>46.</sup> *Vid.* en el contexto alemán H. Nitsche, *Das internationale...*, *op. cit.*, p. 227.

<sup>47.</sup> Así, la jurisprudencia y la doctrina italianas han considerado necesario para garantizar la tutela judicial en materia de declaración de fallecimiento superar los planteamientos iniciales que entendían que los tribunales italianos sólo eran competentes cuando el ausente había tenido su último domicilio o residencia en Italia (*vid.* -rechazando el planteamiento de F. Capotorti, "Sull'assenza e la dichiarazione di morte presunta nel diritto

y doctrinal de distintos sistemas demuestra que la atribución de competencia en esta materia con base sólo en el último domicilio o nacionalidad del ausente (o incluso combinando ambos) conduce con frecuencia a situaciones de denegación de justicia<sup>(48)</sup>: en ocasiones, tal criterio no permite fundar la competencia de los tribunales de un país muy vinculado con la situación de ausencia, pudiendo resultar imposible obtener en el extranjero una declaración judicial sobre el particular con la eficacia necesaria; en otros supuestos, impone una carga irrazonable al promovente, en la medida en que obliga a entablar el procedimiento en un país muy distante con el que carecen de vinculación significativa las personas cuyos intereses prevalecen en la regulación material.

Estas consideraciones resultan reforzadas por la tendencia a atribuir competencia en esta materia con base en la presencia de un interés digno de protección que la justifique. En este sentido, la existencia de un interés legítimo en que conozcan los tribunales del foro se configura como un fuero alternativo a la nacionalidad, caso del § 58.2 del Decreto-ley 13/1979 húngaro sobre D.I.Pr., a la última residencia, caso del art. 41 de la Ley suiza de D.I.Pr., o a la nacionalidad y la última residencia, como se prevé en la versión actual

---

internazionale privato italiano", *Riv.dir.int.pr.proc.*, vol. II, 1966, pp. 49-61, p. 58- A. Sereni, "La dichiarazione...", *loc. cit.*, pp. 600-602; V. Misiti, S. Nardi, "La dichiarazione di morte presunta nei confronti dello straniero", *Temi Romana*, vol. XXXIII, 1984, pp. 170-173; y la sent. del *Tribunale di Roma*, *Sez. I*, de 24 de junio de 1983, *ibid.*, pp. 168-170. En esta línea, el proyecto de reforma legislativa en el ámbito del D.I.Pr. presentado ante el Senado italiano el 29 de abril de 1993 atribuye en el art. 22.2 competencia a los tribunales italianos en esta materia cuando la última nacionalidad del desaparecido fuera la italiana, su último domicilio se encontrara en Italia o la decisión al respecto produzca efectos en el ordenamiento italiano, cf. G. Gaja, *La riforma del diritto internazionale privato e processuale*, Milán, 1994, p. 452).

<sup>48</sup>. A modo de ejemplo, extendiendo jurisprudencialmente la competencia judicial internacional para evitar supuestos de denegación de justicia en materia de declaración de ausencia, *vid.* en Francia la decisión de la *Cour de Nancy* de 26 de octubre de 1943, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1947, vol. XXXVI, p. 97; y en Suiza sent. del Tribunal federal de 19 de marzo de 1981, *Ann. suisse dr.int.*, vol. XXXVIII, 1982, pp. 297-299 (con nota de P. Lalive y A. Bucher, *ibid.*, pp. 299-301), en la que se reconoce competencia subsidiaria a los tribunales suizos cuando el promovente pretende ejercitar en Suiza derechos subordinados a una declaración de ausencia y no es razonable exigirle que inste la declaración ante las autoridades del último domicilio o de la nacionalidad del desaparecido. También en Austria se ha apuntado la necesidad de atribuir competencia subsidiaria a los tribunales austriacos en situaciones de naturaleza semejante, *vid.* M. Schwimann, Nota a la sent. del *Oberster Gerichtshof* austriaco de 29 de agosto de 1979, *Juristische Blätter*, vol. 103, 1981, pp. 328-330, p. 330. Desde la perspectiva comparada, en el contexto de la elaboración del mencionado Convenio de Naciones Unidas de 1950, *vid.* H. Strebel, *Die Verschollenheit...*, *op. cit.*, pp. 16-17.

del § 12 de la Ley alemana de ausencia. Si bien las interpretaciones acerca del significado de este criterio atributivo de competencia varían<sup>(49)</sup>, es claro que hace posible que los tribunales del foro conozcan en materia de declaración de ausencia y fallecimiento, para evitar casos de denegación de justicia, en aquellas situaciones en las que cabe apreciar un interés digno de protección por el ordenamiento del foro -para garantizar la certeza jurídica o dar respuesta a situaciones subordinadas a una declaración de ausencia o fallecimiento- no siendo posible -o particularmente dificultoso- obtener una resolución eficaz en un tercer país<sup>(50)</sup> o simplemente no siendo razonable exigir al promovente que inicie el procedimiento en el extranjero<sup>(51)</sup>.

## 2. Fuero del último domicilio del desaparecido (art. 22.3 LOPJ)

18. El sistema español de competencia judicial internacional de fuente interna contiene una norma específica "en materia de declaración de ausencia o fallecimiento", recogida en el primer inciso del art. 22.3 LOPJ, que atribuye competencia a nuestros tribunales "cuando el desaparecido hubiere tenido su último domicilio en territorio español"<sup>(52)</sup>. El fuero retenido coincide básicamente con el tradicional en relación con la competencia territorial interna (art. 63.24 LEC). El recurso al último domicilio del desaparecido como

---

<sup>49</sup>. En particular, en relación con el ordenamiento alemán hay autores que destacan que trata de garantizar la correlación entre *forum* y *ius* (cf. C. von Bar, *Internationales...*, *op. cit.*, pp. 10-11), mientras que otros resaltan que es un fuero que pretende satisfacer una necesidad de protección (cf. G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 6ª ed., Múnich, 1987, p. 350).

<sup>50</sup>. En este sentido, *vid.* valorando el alcance del actual § 12.2 de la Ley de ausencia alemana, R. Birk, "Art.9. Todeserklärung", *Münchener...*, *op. cit.*, t. 7, 1990, pp. 371-382, p. 376; C. von Bar, *Internationales...*, *op. cit.*, p. 11; G. Hohloch, *Erman BGB Handkommentar*, 9ª ed., Münster, 1993, p. 2.362; y R. Hepting, B. Gaaz, "PStG § 40", *Personenstandsrecht*, Francfort, 1994, pp. 1-20, p. 12. Asimismo *vid.*, en relación con la legislación anterior, H. Nitsche, *Das internationale...*, *op. cit.*, p. 169.

<sup>51</sup>. En concreto, así se afirma en la interpretación del art. 41.2 de la ley suiza de D.I.Pr., cf. A. Bucher, *Droit international privé suisse*, t. II (*Personnes, famille, successions*), Basilea, 1992, pp. 114-115; F. Vischer, "Art. 41", *IPRG Kommentar*, Zúrich, 1993, pp. 366-369, p. 368.

<sup>52</sup>. Los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 no contienen disposiciones sobre el particular, dejando fuera de su ámbito de aplicación en sus respectivos arts. 1 las cuestiones relativas al "estado y la capacidad de las personas físicas", exclusión que se proyecta sobre la ausencia y la declaración de fallecimiento, cf. J. Basedow, "Europäisches Zivilprozeßrecht. Allgemeine Fragen des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens", *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, vol. I, Tubinga, 1982, pp. 99-181, p. 147.

criterio atributivo de competencia se fundamenta ante todo en que facilita el examen de las circunstancias de la desaparición<sup>(53)</sup>. De la estructura del sistema resulta ser el único fuero de competencia contemplado para ese sector del tráfico externo, pues los fueros generales son aquí inoperativos (ni existe demandado ni es posible un acuerdo de sumisión). De otro lado, por ser imprescindible seguir los procedimientos voluntarios específicos, es imposible obtener la declaración planteando la cuestión como incidental en el transcurso de un proceso ordinario en el que se pretendiera la declaración para obtener un beneficio jurídico a ella subordinado<sup>(54)</sup>.

El empleo en el art. 22.3 LOPJ del fuero del último domicilio del desaparecido no ha estado exento de críticas<sup>(55)</sup>. Sin embargo, con carácter general, se trata de un criterio atributivo de competencia que se muestra adecuado a las peculiares exigencias de esta materia y goza de significativa difusión en el panorama comparado. Ahora bien, la utilización de este criterio con carácter único parece menoscabar las necesidades de tutela judicial así como los intereses específicos del tráfico externo en este sector. En esta medida, la solución prevista en el art. 22.3 LOPJ en la materia resulta paradigmática de cómo la voluntad de asignar un volumen limitado de competencia a nuestros tribunales puede conducir a una restricción excesiva<sup>(56)</sup>.

---

<sup>53</sup>. Cf. I. Serrano y Serrano, *La ausencia...*, *op. cit.*, p. 315; y C. Senés Motilla, "Sistema de competencia judicial internacional en el ámbito civil: el artículo 22 de la LOPJ", *Justicia*, 1986, pp. 683-704, p. 698. Matizando este planteamiento *vid.* J.M. Espinar Vicente, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1993, p. 118. Quedó ya señalado también cómo este fuero hace posible el conocimiento por los tribunales del país en el que normalmente se localizan los intereses del ausente. El concepto de domicilio debe precisarse tomando en consideración lo dispuesto en los arts. 40 C.c. y 64 ss. LEC.

<sup>54</sup>. Cf. en relación con la declaración de fallecimiento, H. Corral Talciani, *La declaración...*, *op. cit.*, pp. 171-172. Sí cabe plantear la posibilidad de invocar incidentalmente ante nuestros tribunales las presunciones de muerte con eficacia para el caso concreto admitidas en los ordenamientos que siguen el modelo anglosajón, si uno de esos ordenamientos fuera competente para decidir sobre el particular (*vid. infra* núm. 28).

<sup>55</sup>. *Vid.* V. Cortés Domínguez, "La nueva regulación de la competencia jurisdiccional internacional en materia civil (Arts. 21 y 22 LOPJ)", *Justicia*, 1985, pp. 775-796, p. 785, quien entiende que tratándose de una materia de jurisdicción voluntaria, es un caso manifiesto de *forum legis*, no siendo preciso fijar criterios de atribución de competencia. Por su parte, J.M. Espinar Vicente, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 118, opina que la opción por la residencia habitual hubiera podido resultar más coherente. E.M. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil internacional*, Madrid, 1995, núm. 87, entiende que el fuero residencial es más adecuado desde la perspectiva del acceso al Registro, favoreciendo la coordinación con el art. 15 LRC.

<sup>56</sup>. Cf. M.A. Amores Conradi, "La nueva estructura del sistema español de

19. Cabe entender que la atribución de competencia internacional en materia de declaración de fallecimiento con base sólo en el fuero del último domicilio del desaparecido no permite dar plena satisfacción ni al principio de tutela judicial efectiva -uno de los principios inspiradores de nuestro sistema de competencia judicial internacional<sup>(57)</sup>-, ni a los intereses particulares y estatales más relevantes en la configuración de un régimen de competencia judicial internacional justo y eficaz en esta materia. De otro lado, esa solución no parece necesaria ni para proporcionar las pertinentes garantías de respeto a la personalidad de quien puede ser declarado fallecido ni para asegurar la calidad de la intervención judicial.

En relación con la declaración de fallecimiento, el interés particular en la mayor proximidad con la jurisdicción<sup>(58)</sup> es significativo ante todo con respecto a los terceros afectados por la situación de incertidumbre, cuyos intereses prevalecen en el régimen material (a diferencia de la declaración de ausencia en la que prima la protección de los intereses del ausente). Son esos terceros, legitimados para iniciar el expediente, los sujetos respecto de los que se predica unilateralmente el derecho a obtener la tutela judicial<sup>(59)</sup>. De otro lado, el interés estatal en proporcionar protección jurídica que garantice la realización del Derecho, el orden social y la seguridad jurídica<sup>(60)</sup> no se ve satisfecho en materia de declaración de fallecimiento por la atribución de competencia con base sólo en el último domicilio del desaparecido<sup>(61)</sup>. Con carácter general, la intensidad de este interés estatal es proporcional a la

---

competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ", *REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 113-156, pp. 117-118, n. 15, señalando también que se trata de una materia en la que la ley aplicable debiera ser la de la nacionalidad y en la que la regla es la correlación entre *forum* y *ius*.

<sup>57</sup>. Del que cabe derivar la necesidad de atribuir a nuestros tribunales un volumen suficiente de competencia que impida la denegación de justicia, *cf. ibid.*, pp. 116-117; y J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 312.

<sup>58</sup>. *Vid.* al respecto, H. Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Múnich, 1991, p. 77.

<sup>59</sup>. Circunstancia que es consecuencia de la peculiar naturaleza de la jurisdicción voluntaria, *cf.* J. Almagro Nosete, J. Tomé Paule, *Instituciones de Derecho procesal (proceso civil)*, 2ª ed., Madrid, 1994, p. 972.

<sup>60</sup>. Sobre el significado de este interés estatal en la configuración del régimen de competencia judicial internacional, *vid.* A. Heldrich, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Berlín, 1969, pp. 106-110.

<sup>61</sup>. Tampoco, dicho sea de paso, satisface ese interés estatal la instauración de un *forum legis* basado en la aplicación de la ley personal (*ibid.*, pp. 204-205; y W.J. Habschied, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7ª ed., Múnich, 1983, pp. 70 y 72).

fuerza con la que la certeza jurídica y el desarrollo ordenado de las relaciones jurídicas vinculadas con su comunidad se ve afectada por una eventual denegación de justicia<sup>(62)</sup>. En numerosas ocasiones, el desarrollo de relaciones jurídicas -en especial, sucesorias- vinculadas de modo casi exclusivo con nuestro ordenamiento, donde agotan sus efectos, se vería seriamente comprometido considerando el último domicilio del desaparecido como fuero único en materia de declaración de fallecimiento. En particular, esa es la situación en los supuestos en los que (por afectar, por ejemplo, al desarrollo de una sucesión a la que el ausente pudiera estar llamado) se pretende la declaración de fallecimiento de personas de origen español que marcharon hace mucho a un país lejano, extinguiéndose las noticias sobre ellas al poco de su marcha<sup>(63)</sup>.

### 3. Otras vías de atribución de competencia a los tribunales españoles

#### A. Adopción de medidas provisionales

20. La competencia de los tribunales españoles para adoptar medidas provisionales de protección del desaparecido (*vid.* núm. 12 *supra*) se determina de conformidad con el art. 22.5 LOPJ. La solución viene impuesta, además de por el tenor literal del art. 22.3, relativo "a la declaración de ausencia o fallecimiento", por la naturaleza provisional y de aseguramiento de estas medidas, tendentes a remediar de modo transitorio el abandono de los bienes del desaparecido. No se trata de medidas cautelares que implican un procedimiento principal que aquí no concurre<sup>(64)</sup>. En consecuencia,

---

<sup>62</sup>. Cf. A. Heldrich, *Internationale...*, *op. cit.*, p. 106; y J. Kropholler, "Internationale Zuständigkeit", *Handbuch...*, *op. cit.*, pp. 183-533, p. 205.

<sup>63</sup>. La práctica judicial demuestra que nuestros tribunales tramitan expedientes de declaración de fallecimiento en situaciones en las que es claro que el último domicilio del desaparecido estuvo en un país extranjero (*vid.*, *v.gr.*, además del ya mencionado Edicto del Juzgado de 1ª Instancia de Celanova de 11 de abril de 1995, Edicto de 17 de marzo de 1995 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 4 de Santiago de Compostela -BOE núm. 101, de 28.04.1995, p. 8.311- y Edicto de 4 de mayo de 1995 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Pamplona -BOE núm. 128, de 30.05.1995, p. 10.217-), y ello pese a que cabe entender que el alcance del principio inquisitivo en el ámbito de la jurisdicción voluntaria debe conducir aquí a extremar el control de oficio de la competencia judicial internacional (*vid.*, sin especial referencia a esta última, R. Gimeno Gamarra, "Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria", *ADC*, t. VI, 1953, núm. 2, pp. 3-80, pp. 65-67).

<sup>64</sup>. Cf. J.M. Fernández López, "Tít. XII. Del ausente (arts. 2.031-2.047)" en J.L. Albácar

nuestros tribunales son competentes para adoptar medidas provisionales de protección de los bienes del ausente, siempre que tales bienes se encuentren en territorio español y las medidas deban cumplirse aquí; con independencia de donde se hallara el último domicilio del desaparecido. Se trata así de garantizar la efectividad de las medidas. Ahora bien, el fuero del art. 22.5 LOPJ no es susceptible de ser empleado como vía distinta de atribución de competencia en relación con las situaciones de ausencia en sentido técnico-jurídico previstas en el art. 22.3 LOPJ.

## B. Fuero de necesidad

21. La constatación de que el empleo de un único fuero, basado en el último domicilio del desaparecido, implica atribuir a nuestros tribunales un volumen de competencia muy reducido en materia de declaración de ausencia o fallecimiento, limitando el derecho de acceso a los tribunales de modo que puede resultar incompatible con el respeto al principio de la tutela judicial efectiva, ha llevado a proponer el recurso en esta materia al llamado fuero de necesidad<sup>(65)</sup>. Con carácter general, cabe entender que la posibilidad de fundar la competencia a partir de un fuero de necesidad debe restringirse a aquellas situaciones en las que el desconocimiento por nuestros tribunales suponga una denegación de justicia incompatible con el principio constitucional de tutela judicial efectiva. En particular, tal es el caso cuando existiendo una necesidad de protección<sup>(66)</sup>, por motivos fácticos o jurídicos no exista un procedimiento judicial eficaz en el extranjero a disposición de los interesados, que garantice la tutela requerida<sup>(67)</sup>.

Situaciones de esta naturaleza no son extrañas en materia de declaración de fallecimiento. Es posible que los otros ordenamientos vinculados con la situación de ausencia empleen un criterio atributivo de competencia distinto, en particular, la nacionalidad, lo que puede conducir a

---

López (dir.), *Ley de enjuiciamiento civil (Doctrina y jurisprudencia)*, t. III, 2ª ed, Madrid, 1994, pp. 829-851, p. 836. No obstante, en ocasiones pueden ser adoptadas mientras se tramita el expediente de declaración de ausencia o fallecimiento (arts. 2.040.2 y 2.042 LEC).

<sup>65</sup>. Cf. M.A. Amores Conradi, "La nueva...", *loc. cit.*, pp. 117-118, n. 15.

<sup>66</sup>. Algo particularmente común en relación con la competencia internacional en el ámbito típico (clásico) de la jurisdicción voluntaria, cf. W.J. Habscheid, *Freiwillige...*, *op. cit.*, pp. 72-73.

<sup>67</sup>. Cf. J. Kropholler, "Internationale...", *loc. cit.*, pp. 272-273; y R. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Colonia, 1993, p. 269.

un conflicto negativo, impidiendo el acceso a los tribunales por los interesados<sup>(68)</sup>. También cabe que en los otros ordenamientos vinculados - como ocurre en el modelo anglosajón- no existan procedimientos específicos de declaración de fallecimiento, resultando imposible obtener una resolución con eficacia general. Asimismo, es posible que la desaparición se produjera hace largo tiempo, tras haber marchado el ausente a un país lejano; exigir que se inste en todo caso la declaración de fallecimiento en aquel país supondrá en ocasiones un gravamen de tal magnitud equivalente a la denegación de justicia. La configuración de la declaración de fallecimiento como un mecanismo destinado a garantizar, en beneficio de terceros, la seguridad jurídica con respecto a relaciones vinculadas a una persona de la que no se tienen noticias desde hace tiempo, existiendo motivos para presumir su muerte, hace imprescindible abrir una vía de acceso a nuestros tribunales en situaciones como las reseñadas<sup>(69)</sup>. Por otra parte, la amplitud de los poderes atribuidos al juez en la tramitación del expediente permite adoptar medidas en el extranjero que pueden resultar justificadas en supuestos como estos -por ejemplo, de publicidad en el último país donde se tienen noticias de que el ausente estuviera domiciliado-, recurriendo, si es necesario, al auxilio judicial internacional.

---

<sup>68</sup>. Cf. H. Nitsche, *Das internationale...*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>69</sup>. La valoración de si las circunstancias del caso concreto justifican la apertura del fuero de necesidad depende de la autoridad judicial. De este modo, es de lamentar que la solución ofrecida menoscabe la seguridad jurídica, contrariando el mandato de positivación de los fueros de competencia que se desprende del derecho al juez predeterminado por la ley (*vid.* M.A. Amores Conradi, "La nueva...", *loc. cit.*, p. 117; J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, p. 312; y denunciando en el contexto alemán la inseguridad jurídica resultante de la indeterminación legal de las condiciones para el recurso al fuero de necesidad, J. Kropholler, "Internationale...", *loc. cit.*, p. 273). En relación con la declaración de ausencia, cabe entender que la posibilidad de acudir al fuero de necesidad para hacer posible el acceso a nuestros tribunales en situaciones en las que el último domicilio del ausente no se encontrara en España no será sino residual. En particular, porque la declaración de ausencia implica una desconexión del ausente con su entorno mucho menor. También porque tiene como objetivo básico la protección de los intereses del ausente -no del tercero que la insta- y gira en torno a la conservación y defensa de su patrimonio, existiendo otros mecanismos para garantizar la protección provisional de los bienes del ausente situados en España.

#### IV. DERECHO APLICABLE

##### 1. Alternativas de regulación: estatuto personal, *lex fori* o *lex causae*

22. El tratamiento conflictual de las situaciones de ausencia conoce una significativa diversidad de soluciones a nivel comparado<sup>(70)</sup>. Con carácter general, las alternativas de regulación son tres<sup>(71)</sup>: acudir al ordenamiento que rige la relación jurídica condicionada por la situación de ausencia (*lex causae* o *Wirkungsstatut* en la terminología germana), aplicar la *lex fori* o considerar que se trata de una cuestión regida por el estatuto personal.

23. El planteamiento basado en la aplicación de la *lex causae*, entendida como ley rectora de la concreta relación jurídica cuya suerte se halla condicionada por la situación de ausencia, encuentra su fundamento en la idea de que las cuestiones relativas a la existencia de una persona se presentan con carácter incidental y previo a una relación jurídica principal (sucesoria, familiar...). Esta postura subordina la determinación de la ley aplicable a la declaración de ausencia o fallecimiento al tipo de relación jurídica con el que alguna de estas situaciones se presenta vinculada en el caso concreto, favoreciendo la coordinación entre el tratamiento de la cuestión principal y el de la relativa a la existencia de la persona, cuando ésta se presenta como incidental<sup>(72)</sup>.

El recurso a la *lex causae* en la determinación de la ley aplicable parece responder a la configuración de los regímenes materiales que siguen el modelo anglosajón, en los que no existen procedimientos específicos en la materia y la decisión acerca de la existencia de una persona, basada en presunciones, tiene eficacia sólo para la concreta relación jurídica controvertida, de modo que desde la perspectiva del D.I.Pr. se caracteriza

---

<sup>70</sup>. Vid., v. gr., A.E. von Overbeck, "Persons", *Int.Enc.Comp.L.*, vol. III, Ch. 15, 1972, pp. 9-12.

<sup>71</sup>. Vid. A.F. Schnitzer, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, vol. I, Basilea, 1957, pp. 298-299; H. Nitsche, *Das internationale...*, op. cit., pp. 171-178 y H. Coing, G. Weick, "Verschollenheitsrecht"..., loc. cit., pp. 189-190. Para un planteamiento teórico original, involucrando competencia judicial y ley aplicable, vid. Q. Alfonsín, "Sobre la existencia de las personas en derecho privado internacional", *Estudios jurídicos en memoria de J.J. Amezaga*, Montevideo, 1958, pp. 3-23, pp. 13-17.

<sup>72</sup>. Destacando esta última circunstancia vid. R. Hengartner, *Rechtsfähigkeit...*, op. cit., p. 83.

normalmente como una cuestión incidental<sup>(73)</sup>. Ahora bien, este planteamiento conflictual se revela inadecuado con respecto a los países que fundamentan la ordenación de estas instituciones a partir de procedimientos específicos que hacen posible obtener resoluciones con eficacia *erga omnes*. La opción por la *lex causae* conduce a resultados irracionales, posibilitando respuestas contradictorias -incluso tratándose de un mismo tribunal- en lo relativo a la existencia de una persona, eliminando, además, la posibilidad de ofrecer un tratamiento conflictual unitario de estas instituciones<sup>(74)</sup>. Además, no sólo atenta contra la finalidad básica de la declaración de fallecimiento, que trata de poner término a un estado de pendencia por medio de una resolución con eficacia general que garantice la seguridad jurídica<sup>(75)</sup>, sino que resulta inviable cuando para obtener la resolución judicial relativa a la situación de ausencia es imprescindible acudir a un procedimiento específico<sup>(76)</sup>.

24. La propuesta de someter las cuestiones relativas a la declaración de ausencia o fallecimiento en todo caso a la *lex fori* parte de considerar ese resultado consecuencia ineludible de la íntima vinculación existente en este ámbito entre el régimen material y la normativa procesal, que conduciría aquí a una plena correlación entre *forum* y *ius*<sup>(77)</sup>. Esta opción se encuentra recogida en la legislación suiza, en la que existe una fuerte tendencia a aplicar la ley del foro (*lex fori in foro proprio*) en materia de Derecho de familia y persona<sup>(78)</sup>. Frente a ese planteamiento tiende a destacarse que si se considera

---

<sup>73</sup>. Vid. W. Breslauer, "Foreign Presumptions and Declarations of Death and English Private International Law", *Modern L. Rev.*, vol. 10, 1947, pp. 122-136, p. 122; y H. Nitsche, *Das internationale...*, *op. cit.*, pp. 146-148.

<sup>74</sup>. Cf. A.F. Schnitzer, *Handbuch...*, *op. cit.*, pp. 298-299; y E. Rabel, *The Conflict of Laws (A Comparative Study)*, vol. I, 2ª ed., Ann Arbor, 1958, pp. 179-180.

<sup>75</sup>. Cf. H. Nitsche, *Das internationale...*, *op. cit.*, pp. 171-172 y 240.

<sup>76</sup>. Vid. J.M. Jacquet, "Absence"..., *loc. cit.*, p. 11.

<sup>77</sup>. Vid. I. Nolte, *Die Regelung...*, *op. cit.*, pp. 44-48; y, sin compartir el planteamiento, A. Heldrich, *Internationale...*, *op. cit.*, pp. 35-36. También una calificación procesal de las presunciones de muerte de los ordenamientos que siguen el modelo anglosajón, conduciría a aplicarlas a título de *lex fori*, si bien en la actualidad prevalece la calificación material (a partir de la sent. de la *Chancery Division* (Reino Unido) de 27 de junio de 1945 en el asunto *Re Cohn*; sobre la misma, vid. W. Breslauer, "Foreign...", *loc. cit.*, pp. 131-134).

<sup>78</sup>. Art. 41.3 Ley de 18 de diciembre de 1987, vid. A. Bucher, *Droit...*, *op. cit.*, pp. 115-116; y F. Vischer, "Art. 41"..., *loc. cit.*, p. 369 (destacando la tendencia aludida característica del D.I.Pr. suizo, vid. M. Keller, K. Siehr, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zúrich, 1986, p. 391). Por otra parte, el recurso con carácter único a la *lex fori* en materia de declaración de fallecimiento aparecía también en el art. 43 de la Ley checoslovaca de 4 de diciembre de 1963 y en el § 7 de la Ley de la RDA de 5 de diciembre de 1975.

este sector incluido dentro del estatuto personal no existen motivos para aplicar la *lex fori* con carácter general, por ser posible distinguir entre aspectos procesales -regidos por la *lex fori*- y aspectos sustantivos -regidos por la ley aplicable al estatuto personal-(<sup>79</sup>). Sólo en las situaciones específicas en las que las medidas previstas en el estatuto personal en materia de declaración de ausencia o fallecimiento resulten incompatibles con la organización procesal del foro cabría entender que el motivo alegado sirve para excluir la aplicabilidad a este sector del estatuto personal(<sup>80</sup>).

25. Conforme a la opinión más extendida en el panorama comparado la declaración de ausencia o fallecimiento queda comprendida en el estatuto personal, lo que conduce a aplicar normalmente la ley de la nacionalidad (o residencia) del ausente en el momento de las últimas noticias(<sup>81</sup>). Si bien no faltan quienes resaltan las semejanzas entre estas situaciones y una modificación del estado civil o de la capacidad(<sup>82</sup>); con carácter general, cabe afirmar que el fundamento último de esta solución se encuentra en que se trata de situaciones que afectan al conjunto de la personalidad y de la condición jurídica del individuo, siendo un principio reconocido en todos esos ordenamientos que las situaciones de esta naturaleza se hallan sometidas a la ley aplicable al estatuto personal, ordenamiento con el que la persona física se considera más vinculada(<sup>83</sup>). Además, como ventajas adicionales de

---

<sup>79</sup> Cf., v. gr., F. Capotorti, "Sull'assenza...", *loc. cit.*, pp. 59-61.

<sup>80</sup> Cf. A. Heldrich, *Internationale...*, *op. cit.*, p. 214; H. Nitsche, *Das internationale...*, *op. cit.*, pp. 237-240 (poniendo de relieve cómo un análisis comparado muestra semejanzas estructurales que posibilitan con carácter general la aplicación por los tribunales (alemanes) de normas extranjeras en esta materia); y H. Batiffol, P. Lagarde, *Droit...*, *op. cit.*, pp. 27, 153-154.

<sup>81</sup> Esta solución encuentra acogida expresa en las legislaciones austriaca (§ 14 de la Ley de 15 de junio de 1978, *vid.* M. Schwimann, *Grundriß des internationalen Privatrechts*, Viena, 1982, pp. 71-72), húngara (§ 16.1 del Decreto-ley 13/1979), yugoslava (art. 16 de la Ley de 15 de julio de 1982) y alemana (art. 9.1 EGBGB, *vid.* G. Kegel, *Internationales...*, *op. cit.*, p. 345 y R. Birk, "Art. 9...", *loc. cit.*, p. 376), y es la dominante en Francia (*vid.* H. Batiffol, P. Lagarde, *Droit...*, *op. cit.*, p. 27 y J.M. Jacquet, "Absence"..., *loc. cit.*, p. 9) e Italia (*vid.* F. Capotorti, "Sull'assenza...", *loc. cit.*, pp. 59-61 y E. Vitta (F. Mosconi), *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, 4ª ed., Turín, 1992, p. 175, así como el art. 22.1 del proyecto de reforma legislativa de 1993 antes aludido, *cf.* G. Gaja (ed.), *La riforma...*, *op. cit.*, p. 452).

<sup>82</sup> *Id.*, v. gr., O.L. Brintzinger, "Zur Rechtswirkung der Todeserklärung von Verschollenen mit ausländischem Personalstaut", *JZ*, vol. 18, 1963, pp. 536-541, p. 537, n.4; y H. Nitsche, *Das internationale...*, *op. cit.*, p. 240.

<sup>83</sup> Cf., v. gr., para Italia, R. De Nova, "Esistenza e capacità del soggetto in Diritto internazionale privato", *Scritti in onore di T. Perassi*, t. I, Milán, 1957, pp. 379-397, pp. 384-386; para Francia, P. Fayon, "Absence"..., *loc. cit.*, p. 12 (con referencias); y en relación con el art.

esta opción se destacan que hace posible un tratamiento conflictual unitario de todas estas situaciones y tiende a coincidir -sin duda, no siempre-, con la ley aplicable a las relaciones sobre las que se proyectan los efectos básicos de la declaración (sucesiones y familia)<sup>(84)</sup>.

La opción por el estatuto personal no se presenta, sin embargo, como una solución homogénea y exenta de dificultades. Por una parte, no sólo debe resultar posible su coordinación con el recurso necesario a la *lex fori* en lo relativo a las cuestiones procesales, cuya delimitación de las normas sustantivas se revela particularmente compleja en este ámbito; sino que en ocasiones se contempla la posibilidad de abandonar el recurso al estatuto personal en favor de la *lex fori* cuando lo justifique un interés legítimo, por entender que sólo así se puede satisfacer de modo eficaz los intereses de los terceros afectados por la situación de ausencia<sup>(85)</sup>. Por otra parte, la consolidación en el panorama comparado del recurso a una solución que va acompañada de un tratamiento unitario de las diversas instituciones vinculadas con la situación de ausencia<sup>(86)</sup> no impide un tratamiento diferenciado del régimen conflictual de las consecuencias específicas de la declaración de ausencia o fallecimiento sobre las relaciones jurídicas afectadas.

## 2. Ley aplicable a la declaración de fallecimiento

### A. Tensión entre el estatuto personal y la *lex fori*: criterios de solución

26. Es opinión extendida en la doctrina española que la declaración de fallecimiento es una materia comprendida en el estatuto personal, por lo que se halla regida, conforme al art. 9.1 C.c., por la ley de la nacionalidad del ausente (en el momento de la desaparición)<sup>(87)</sup>. La declaración de

---

9.1 EGBGB, C. von Bar, *Internationales...*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>84</sup>. Cf., *v.gr.*, R. Hengartner, *Rechtsfähigkeit...*, *op. cit.*, pp. 46-47.

<sup>85</sup>. Posibilidad recogida expresamente en el § 16.2 del Decreto-ley 13/1979 húngaro y en el art. 9.2 EGBGB (sobre la *ratio* de este último, *vid.* G. Kegel, *Internationales...*, *op. cit.*, p. 346 y R. Birk, "Art. 9...", *loc. cit.*, p. 376).

<sup>86</sup>. Con independencia de que se opte por el estatuto personal o por la *lex fori* (*cf.* R. Birk, "Art. 9...", *loc. cit.*, p. 373).

<sup>87</sup>. *Vid.* I. Serrano y Serrano, *La ausencia...*, *op. cit.*, pp. 425-427; M. Aguilar Navarro (dir.), *Derecho civil internacional*, Madrid, 1975, p. 86; A. Míaja de la Muela, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 268; y, destacando la importante incidencia de la *lex fori*, E. Pérez Vera (dir.), *Derecho*

fallecimiento, si bien no extingue la personalidad del ausente, incide sobre la misma de modo significativo, pues implica que oficialmente se niegue su existencia y produce efectos similares a los de la muerte. De este modo, siendo determinante de la condición jurídica de las personas físicas debe quedar incluida en nuestro actual sistema, a falta de una norma específica sobre el particular, dentro del ámbito del art. 9.1 C.c., que contiene el régimen de ley aplicable correspondiente a las cuestiones comprendidas tradicionalmente en la noción de estatuto personal<sup>(88)</sup>.

La configuración de la declaración de fallecimiento como un expediente de jurisdicción voluntaria en el que los aspectos procesales y materiales de la regulación se encuentran vinculados con especial intensidad, dificultando todo intento de delimitación entre ambos, ha llevado a considerar que la ley del foro debe ser en todo caso competente en esta materia, negando la posibilidad de que los jueces apliquen un ordenamiento extranjero<sup>(89)</sup>. Si bien los planteamientos que, con base en la indisoluble vinculación entre forma y fondo, niegan con carácter general toda posibilidad de aplicar un Derecho extranjero en los actos de jurisdicción voluntaria

---

*internacional privado*, vol. II, 4ª ed. rev., Madrid, 1993, pp. 22-23. Asimismo, el anteproyecto publicado por la Comisión general de codificación en 1985, dispone en el art. 9 par. 2 "(l)a ausencia y la declaración de fallecimiento se regirán por la ley personal del desaparecido" (BIMJ, 1985, núm. 1.405, pp. 81-83).

<sup>88</sup>. Esta conclusión se impone con independencia de que se adopte una concepción restrictiva o extensiva del estatuto personal en la interpretación del art. 9.1 C.c. (*vid.*, M. Aguilar Benítez de Lugo, "Artículo 9, apartado 1", (M. Albaladejo dir.) *Comentarios...*, *op. cit.*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pp. 163-180, pp. 175-177) pues la polémica no debe proyectarse sobre una materia que afecta en su conjunto a la personalidad del ser humano (y que en los sistemas de nuestro entorno -en particular, de Italia, Francia y Alemania- se considera incluida dentro del estatuto personal) y ha estado tradicionalmente vinculada con el estado civil (*vid.*, *v.gr.* art. 1 LRC). (M. Amores Conradi, "Art. 9.1", Ministerio de Justicia, *Comentario...*, *op. cit.*, pp. 76-79, p. 77, considera que la cuestión queda abierta, habida cuenta de la preferencia de parte de nuestra doctrina por la *lex fori*).

<sup>89</sup>. Sistematizando los argumentos a favor de esta postura *vid.* en relación con el texto anterior del § 12 de la Ley de ausencia alemana, que partía de la correlación (*Gleichlauf*) entre *forum* y *ius* en esta materia, I. Nolte, *Die Regelung...*, *op. cit.*, pp. 44-48. De otra parte, cabe entender que en pro del recurso aquí a la ley del foro actúan también los beneficios vinculados con carácter general a la aplicación de la ley material del foro (*vid.* M. Keller, K. Siehr, *Allgemeine...*, *op. cit.*, pp. 391-392), así como intereses propios de esta materia que justificarían la posibilidad de aplicar en ocasiones la *lex fori* en sustitución de la ley nacional (como recoge el ya aludido art. 9.2 EGBGB). A favor de la aplicación de la *lex fori* a la declaración de fallecimiento en el sistema español de D.I.Pr., *vid.* J.C. Fernández Rozas en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, 1995, p. 68.

parecen en la actualidad definitivamente superados, no puede desconocerse que el recurso a un ordenamiento extranjero suscita particulares dificultades en ese ámbito<sup>(90)</sup>. Debe analizarse, por lo tanto, en qué medida los caracteres propios de los expedientes de declaración de fallecimiento hacen posible (o impiden) que nuestros tribunales apliquen un ordenamiento extranjero en el marco de este concreto acto de jurisdicción voluntaria.

27. Cuando el ordenamiento extranjero al que remite la nacionalidad del ausente contempla también un procedimiento específico para obtener una resolución que reputa muerto al ausente con efectos generales, cabe señalar que en sus líneas básicas tanto la configuración de la institución como los presupuestos formales y materiales coincidirán con las de nuestra declaración de fallecimiento. Es común a todos los ordenamientos que la declaración de fallecimiento se vincule a un procedimiento que ciertas personas están legitimadas para iniciar y se condicione a una situación de ausencia unida al transcurso de un determinado plazo, siendo determinantes las exigencias de publicidad del expediente<sup>(91)</sup>. Habida cuenta de la sustancial equivalencia que presentan los regímenes sobre el particular, no cabe entender, con carácter general, que la realización de la norma material extranjera exija de los tribunales españoles actuaciones incompatibles con las funciones que tienen asignadas. En este sentido, no parece razonable excluir la posibilidad de que nuestros tribunales apliquen una ley extranjera en materia de declaración de fallecimiento<sup>(92)</sup>.

De otra parte, si bien, tratándose de la tramitación ante nuestros

---

<sup>90</sup>. Vid. M. Motulsky, "Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1948-1952, pp. 13-31, pp. 20-24; H. Dolle, "Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit", *RabelsZ*, vol. 27, 1962, pp. 201-244, pp. 233-235; A. Heldrich, *Internationale...*, *op. cit.*, pp. 200-223; I. Miláns del Bosch Portolés, "La determinación del Derecho aplicable en los actos de jurisdicción voluntaria", *REDI*, vol. XXXIX, 1987, pp. 67-97, pp. 78-96; y A.V.M. Struycken, "Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1986-1988, pp. 105-133, pp. 117-126.

<sup>91</sup>. Además de núms. 14 y 15 *supra*, *vid.* en especial, partiendo del ordenamiento alemán, H. Nitsche, *Das internationale...*, *op. cit.*, pp. 238-239.

<sup>92</sup>. Deben tenerse presente, además, los motivos que inspiran la tendencia a facilitar en situaciones como estas la adaptación de las normas procesales del foro a las exigencias de la legislación material extranjera aplicable, *vid.* H. Dolle, "Über einige...", *loc. cit.*, pp. 225-233; A. Heldrich, *Internationale...*, *op. cit.*, pp. 255-274; P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2ª ed., Tubinga, 1976, pp. 403-406. *Vid.* también, en un plano diferente, H. Batiffol, *Una crisis del estatuto personal*, Valladolid, 1968, pp. 67-69.

tribunales de un expediente de declaración de fallecimiento de un nacional extranjero, la delimitación entre los aspectos regidos necesariamente por la normativa procesal española -en virtud del art. 8.2 C.c.- y los comprendidos dentro del alcance de la remisión al estatuto personal en materia de declaración de fallecimiento no es sencilla<sup>(93)</sup>, sí es posible. Como punto de partida debe servir la conocida diferenciación entre requisitos o condiciones materiales y formales de la declaración de fallecimiento<sup>(94)</sup>. Los requisitos materiales quedan en todo caso regidos por el estatuto personal, incluyendo los relativos al plazo que debe haber transcurrido desde las últimas noticias<sup>(95)</sup>. Por su parte, los requisitos formales, relativos al procedimiento, quedan, en principio, sometidos a la ley española, como ley del foro, competente en materia procesal. Sin embargo, determinadas cuestiones integradas en el procedimiento deben determinarse según la ley aplicable al estatuto personal. Así ocurre, en particular, con la determinación de quiénes se hallan legitimados para iniciar el expediente<sup>(96)</sup> y con la naturaleza de los requisitos de publicidad a que se somete el expediente<sup>(97)</sup>.

28. La ley resultante de la remisión al estatuto personal puede ser la de uno de esos países que no incorporan la posibilidad de obtener una resolución con eficacia general sobre la existencia de un ausente a través de un procedimiento específico, sino simples presunciones que deben hacerse valer en el caso concreto en el que se pretende que un ausente sea reputado

---

<sup>93</sup>. Circunstancia esta, por otra parte, muy común en la precisión del alcance de la regla *lex fori regit processum*, *vid.*, en relación con el art. 8.2 C.c., J.D. González Campos, A.L. Calvo Caravaca "Artículo 8, apartado 2", (M. Albaladejo, dir.), *Comentarios...*, *op. cit.*, t. I, vol. 2, pp. 110-163, p. 129; y, destacando cómo en muchas ocasiones un mismo objetivo puede lograrse empleando normas procesales o materiales, que resultan intercambiables, R. Geimer, *Internationales...*, *op. cit.*, pp. 18-19.

<sup>94</sup>. Acerca de la mencionada distinción en nuestro Derecho *vid.*, *v.gr.*, F. De Castro y Bravo, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 543-547. Utilizando esa división como punto de partida de la delimitación entre las normas de conflicto en materia procesal y de declaración de fallecimiento *vid.* M. Schwimann, *Grundriß...*, *op. cit.*, p. 72; y J.M. Jacquet, "Absence"..., *loc. cit.*, p. 9.

<sup>95</sup>. *Cf.* H. Nitsche, *Das internationale...*, *op. cit.*, pp. 243-244, destacando cómo tales plazos son determinantes para fundar la probabilidad de la muerte que está en la base de la declaración. *Vid.* también J.M. Espinar Vicente, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 225.

<sup>96</sup>. Idea común a todos los expedientes de jurisdicción voluntaria, *cf.* A.V.M. Struycken, "Quelques...", *loc. cit.*, p. 125. Acerca de la exclusión de las cuestiones de legitimación del ámbito del art. 8.2 C.c., *vid.* J.D. González Campos, A.L. Calvo Caravaca "Artículo 8...", *loc. cit.*, pp. 135-137.

<sup>97</sup>. *Vid.* H. Nitsche, *Das internationale...*, *op. cit.*, pp. 244-245; y J.M. Jacquet, "Absence"..., *loc. cit.*, p. 9.

muerto. En tales circunstancias, la invocación a título incidental de estas presunciones ante nuestros tribunales en un proceso en el que la resolución de la cuestión principal se halla condicionada por la decisión acerca de la existencia del ausente (nacional de un país que sigue el modelo anglosajón en la materia) no debe encontrar, con carácter general, obstáculos para ser atendida. La eficacia de tales presunciones -cuya calificación material debe mantenerse en nuestro Derecho y cuya inclusión en la misma norma de conflicto que la declaración de fallecimiento resulta de que son mecanismos funcionalmente equivalentes- no reclama una actuación incompatible con los poderes atribuidos a nuestros jueces, pese al amplio margen de apreciación asignado. No se trata de aplicar un ordenamiento extranjero que permite lograr efectos equivalentes a los de nuestra declaración de fallecimiento sin subordinar su producción a un procedimiento tan gravoso. La eficacia es sustancialmente distinta en la medida en que la aplicación de la presunción sólo produciría el efecto de reputar muerto al ausente para el caso concreto<sup>(98)</sup>.

#### B. Ley(es) aplicable(s) a los efectos de la declaración

29. La norma de conflicto retenida (art. 9.1 C.c.) determina no sólo la ley aplicable a las condiciones -dejando al margen los presupuestos procesales regidos por la *lex fori*- sino también a los efectos derivados directamente de la declaración. De este modo, el efecto básico inherente a la misma -reputar muerto al ausente- viene determinado por el estatuto personal, conforme al cual se fija la fecha de la muerte declarada y se decide si existe o no, y con qué alcance, presunción de vida del ausente hasta esa fecha<sup>(99)</sup>. Sin embargo, las ulteriores consecuencias que la declaración de fallecimiento produce sobre el régimen de las diversas relaciones jurídicas afectadas se determinan, en principio, conforme a la ley rectora de la concreta relación jurídica sobre la que incide la declaración.

Este planteamiento, que goza de amplia difusión en el panorama

---

<sup>98</sup>. No parece, sin embargo, que haya que excluir en todo caso la posibilidad de un recurso residual al régimen material español (*lex fori*) en situaciones, en particular, que justifican la apertura de un fuero de necesidad, cuando el ordenamiento normalmente aplicable no dispone de mecanismos que permitan salvaguardar los intereses básicos dignos de protección ni el objetivo de seguridad jurídica.

<sup>99</sup>. Asimismo, el estatuto personal determina los requisitos materiales y, en todo caso, los efectos personales de una eventual revocación.

comparado<sup>(100)</sup>, se vincula con la idea de que normalmente la noción de efectos de una situación jurídica hace referencia a las consecuencias propias de esa situación, excluyendo las que le son atribuidas en el marco de otras relaciones jurídicas<sup>(101)</sup>. Además, es compatible con el tratamiento conflictual unitario de esta materia<sup>(102)</sup>, se corresponde con la necesaria diversidad de instancias en nuestro ordenamiento<sup>(103)</sup> y evita distorsiones en la reglamentación de la relación jurídica afectada<sup>(104)</sup>.

30. En consecuencia, el régimen de la sucesión del presunto fallecido se determina en nuestro sistema conforme a la norma de conflicto en materia de sucesiones (art. 9.8 C.c., que remite también a la ley personal del ausente). La ley así designada decide asimismo sobre las limitaciones temporales que pueden resultar impuestas al derecho de los herederos recipiendarios sobre los bienes del presunto muerto<sup>(105)</sup>, así como sobre las consecuencias en este ámbito de una eventual revocación de la declaración. Por su parte, la posibilidad de que el ausente sea llamado a una sucesión se determina conforme a la ley aplicable a la sucesión a la que es llamado (ley personal del causante)<sup>(106)</sup>. Asimismo, la eventual extinción de relaciones jurídicas como el usufructo o la sociedad y su régimen tras la declaración se determinan conforme a la ley que les es propia.

---

<sup>100</sup>. Vid. A.F. Schnitzer, *Handbuch...*, op. cit., p. 301; F. Rigaux, *Droit international privé*, T. II, Bruselas, 1979, p. 247; M. Schwimann, *Grundriß...*, op. cit., p. 72; J.M. Jacquet, "Absence"..., loc. cit., pp. 10-11 (en relación con los efectos patrimoniales); y A. Boggiano, *Derecho...*, op. cit., pp. 644-645. Para un planteamiento opuesto a partir del sistema alemán vid. R. Hepting, B. Gaaz, "PStG § 40"..., loc. cit., p. 13.

<sup>101</sup>. Cf. en relación con el sistema suizo, A. Bucher, *Droit...*, op. cit., p. 116.

<sup>102</sup>. Sólo un ordenamiento -el correspondiente al estatuto personal- decide acerca de la existencia de la persona; la diversidad de regímenes se limita a la incidencia de esa decisión sobre relaciones jurídicas concretas.

<sup>103</sup>. La incidencia de la declaración de fallecimiento sobre otra relación se suscita al margen de la tramitación del expediente de jurisdicción voluntario destinado específicamente a hacer posible la declaración.

<sup>104</sup>. Cf. F. Vischer, "Art. 41"..., loc. cit., p. 369.

<sup>105</sup>. Esta solución se impone -sin perjuicio de la aplicación de la ley del registro correspondiente, en la medida en que proceda la inscripción- para garantizar la coherencia del régimen sucesorio, a pesar de que el alcance de tales limitaciones se halla íntimamente vinculado en cada sistema al diseño general de la ausencia, en particular, a la brevedad de los plazos a los que se subordina la declaración. En todo caso, en nuestro D.I.Pr., al coincidir la ley aplicable a la declaración de fallecimiento y a la sucesión del presunto fallecido, la opción entre una u otra deviene en principio irrelevante.

<sup>106</sup>. Resultado recogido ya por I. Serrano y Serrano, *La ausencia...*, op. cit., p. 427.

31. Más controvertido, debido a la significativa diversidad de soluciones materiales existente en el panorama comparado, ha resultado tradicionalmente el régimen conflictual de los efectos de la declaración de fallecimiento sobre el vínculo matrimonial y la capacidad nupcial del cónyuge presente. La extensión a este ámbito de la ley que rige la declaración de fallecimiento se muestra particularmente inapropiada, en la medida en que hace depender la existencia del vínculo matrimonial -y la capacidad nupcial de ambos cónyuges- del estatuto personal de uno de ellos.

Para precisar las consecuencias de la declaración de fallecimiento sobre el vínculo matrimonial se impone partir en nuestro sistema de las normas de conflicto en materia de efectos del matrimonio (art. 9.2 y 9.3 C.c.) y de divorcio (art. 107 C.c.), pues lo que está en juego es la suerte del vínculo matrimonial sobre el que incide la declaración. Si bien cabe entender que debe primar la norma relativa a los efectos del matrimonio<sup>(107)</sup> -que determinará, por lo tanto, cuándo es de aplicación la solución prevista en el art. 85 C.c.-, la analogía con las situaciones de separación y divorcio podría servir para fijar como elemento temporal relevante en relación con la nacionalidad o residencia común de los cónyuges la fecha de las últimas noticias, sin perjuicio de aplicar subsidiariamente los recogidos en el texto del art. 9.2. El ordenamiento así designado determina si la declaración basta por sí sola para que el cónyuge presente recupere la capacidad nupcial o/y para disolver el vínculo matrimonial, o si tales efectos se subordinan a ulteriores condiciones (*vid.* en el plano material *supra* núm. 15). De otro lado, las consecuencias de una eventual revocación de la declaración de fallecimiento sobre el disuelto vínculo matrimonial del presunto fallecido deberían decidirse también conforme al ordenamiento que sirvió de base a la disolución (mientras que, en la misma línea, las repercusiones del eventual cambio sobre el ulterior matrimonio del cónyuge presente se determinarían por la ley aplicable a los efectos de este último).

### 3. Ley aplicable a la ausencia

32. Existe coincidencia en considerar que la declaración de ausencia, que manifiesta la duda oficial acerca de la vida del desaparecido e implica la

---

<sup>107</sup>. Exponiendo lo inadecuado de aplicar aquí el estatuto personal del ausente y justificando el recurso a la ley reguladora de los efectos del matrimonio *vid.* J.D. González Campos en J.D. González Campos y otros, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 325-326.

puesta en administración de su patrimonio, queda comprendida en nuestro sistema de D.I.Pr. dentro del estatuto personal, siendo de aplicación a la misma el art. 9.1 C.c. que se remite a la ley de la nacionalidad (del ausente en el momento de la desaparición)<sup>(108)</sup>. Tanto con respecto a la delimitación entre aspectos procesales -incluidos en el art. 8.2- y materiales, como en lo relativo a la posibilidad de que nuestros tribunales apliquen un Derecho extranjero en la materia sirve aquí, en sus líneas básicas, lo dicho en relación con la declaración de fallecimiento. De un lado, los procedimientos previstos en nuestra legislación en uno y otro caso son sustancialmente análogos; de otro, los ordenamientos extranjeros que contemplan procedimientos de declaración de ausencia lo hacen a través de instituciones diseñadas sobre un modelo semejante al español (en particular, tratándose de los llamados sistemas mixtos).

El estatuto personal del ausente determina, además de los presupuestos materiales de la declaración, a quién corresponde ser representante, así cómo sus obligaciones y facultades, pues la puesta en administración del patrimonio del ausente es el efecto directo fundamental derivado de la situación de ausencia declarada. Al margen queda el régimen de las concretas relaciones jurídicas afectadas por la declaración, en particular familiares, que se rigen por la ley que les es propia. Así, la facultad de solicitar la separación de bienes prevista en el C.c. para el cónyuge del declarado ausente, podrá ejercitarse cuando la ley española sea aplicable al régimen económico del matrimonio del ausente, igual que el art. 86.3.a C.c. sólo es de aplicación si el divorcio se rige por la ley española.

33. La situación de defensa de los bienes del desaparecido se rige en todo caso por la *lex fori*, que coincide con la *lex rei sitae*<sup>(109)</sup>. Esta situación ni requiere que exista duda sobre la existencia del desaparecido ni modifica la situación jurídica de su patrimonio. Se trata aquí de la adopción judicial de medidas provisionales de protección de los bienes del desaparecido, una materia en la que se justifica una correlación directa entre *forum* y *ius*, que

---

<sup>108</sup>. Vid. I. Serrano y Serrano, *La ausencia...*, *op. cit.*, p. 317; M. Aguilar Navarro (dir.), *Derecho...*, *op. cit.*, p. 144; A. Miaja de la Muela, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 268; E. Pérez Vera (dir.), *Derecho...*, *op. cit.*, vol. II, p. 41; y J.C. Fernández Rozas en J.D. González Campos y otros, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 120.

<sup>109</sup>. Vid. E. Pérez Vera (dir.), *Derecho...*, *op. cit.*, vol. II, p. 41; y J.C. Fernández Rozas en J.D. González Campos y otros, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 120. La solución es habitual en el panorama comparado, *vid.* R. Birk, "Art. 9...", *loc. cit.*, p. 374.

favorece la efectividad de tales medidas<sup>(110)</sup>. De otra parte, el régimen de otras relaciones afectadas por la desaparición, en particular, las paterno-filiales, y la incidencia de la nueva situación sobre las mismas se rige por la ley que les es propia.

## V. EFICACIA EN ESPAÑA DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS

### 1. *Carácter de los efectos*

34. La valoración de los requisitos a los que se subordina la eficacia en nuestro país de las resoluciones extranjeras en materia de declaración de ausencia o fallecimiento no ha sido pacífica. Como punto de partida, se impone una aproximación general a los efectos que pueden producir en España -como Estado requerido- las resoluciones extranjeras en esta específica materia, teniendo presente que en la medida en que el reconocimiento implica la extensión al foro de efectos de una decisión extranjera, el contenido del efecto es determinado en principio conforme a la ley del Estado de origen.

La resolución que concede o deniega la declaración de ausencia o fallecimiento<sup>(111)</sup>, si bien alcanza normalmente la vinculación de la cosa juzgada formal, por devenir firme o irrecurrible, siendo inalterable en el expediente en que se adoptó<sup>(112)</sup>, no provoca los efectos de la cosa juzgada material, pues ni excluye con carácter general un nuevo proceso sobre el particular<sup>(113)</sup> ni su contenido vincula necesariamente a los tribunales en ulteriores procesos. El efecto básico inherente a estas resoluciones es el constitutivo<sup>(114)</sup>, porque dan lugar a la creación de una nueva situación

---

<sup>110</sup>. Cf. J.D. González Campos, "Las relaciones...", *loc. cit.*, pp. 99-100.

<sup>111</sup>. Únicas que en tales expedientes son definitivas -pese a que pueden no ser término del expediente- cf. J. Carreras, "Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria", M. Fenech, J. Carreras, *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1962, pp. 661-684, p. 669.

<sup>112</sup>. *Ibid.*, p. 674, haciendo referencia expresa a la declaración de ausencia. La situación es común en el panorama comparado en relación con las resoluciones constitutivas pronunciadas en expedientes de jurisdicción voluntaria, cf. Z. Stalev, "Non-Contentious...", *loc. cit.*, pp. 280-281.

<sup>113</sup>. Cf. I. Serrano Serrano, *La ausencia...*, *op. cit.*, p. 442; y, con ulteriores precisiones, H. Corral Talciani, *La declaración...*, *op. cit.*, pp. 181-183.

<sup>114</sup>. Cf. en relación con la declaración de fallecimiento, F. Carresi, "La dichiarazione di

jurídica (la puesta en administración de los bienes del ausente o una situación sustitutiva de la prueba de la muerte), en esta medida no son susceptibles de ejecución forzosa<sup>(115)</sup>. Con carácter general, se limitan a crear esa nueva situación, al margen de toda medida de ejecución. De una parte, la declaración de fallecimiento no acarrea consecuencias directas e inmediatas sobre los bienes del ausente. De otra, en la declaración de ausencia, la condición de administrador del patrimonio del ausente, que sirve de fundamento a los poderes del representante para realizar actos de disposición de bienes del ausente, es independiente de toda ejecución<sup>(116)</sup>.

## 2. Presupuestos y alcance de la eficacia

35. Procede ahora analizar a qué condiciones somete nuestro ordenamiento la producción de efectos por las decisiones extranjeras dictadas en los procedimientos específicos en materia de declaración de ausencia o fallecimiento<sup>(117)</sup>. Se trata de resoluciones de jurisdicción voluntaria con eficacia constitutiva<sup>(118)</sup>. Nuestro sistema de fuente interna no contiene

---

morte presunta", *Riv. dir. civ.*, vol. XIV, 1968, pp. 339-354, p. 353; H. Coing, N. Habermann, "Verschollenheitsgesetz", ..., *loc. cit.*, p. 291; y H. Corral Talciani, *La declaración...*, *op. cit.*, p. 180. Se trata, además, de una circunstancia común en las resoluciones definitivas adoptadas en el ámbito clásico de la jurisdicción voluntaria, *cf.*, *v.gr.*, J. Guasp, *Derecho procesal civil*, t. II, 3ª ed., Madrid, 1977, p. 952; y R. Geimer, "Anerkennung ausländischer Entscheidungen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit", *Festschrift für M. Ferid*, Francfort, 1988, pp. 89-139, p. 91, poniendo de relieve cómo el contenido del efecto constitutivo queda, en principio, fijado por la *lex causae* aplicada por el tribunal de origen (lo que restringe la posibilidad de reconocimiento tratándose de declaraciones de fallecimiento con eficacia limitada a una relación jurídica o a bienes situados en el país de origen -posibilidad conocida históricamente en los ordenamientos alemán y austriaco-, *cf.* F. Vischer, "Art. 42", *IPRG Kommentar...*, *op. cit.*, pp. 370-371, p. 371).

<sup>115</sup>. En general, el que resoluciones pronunciadas en el marco de procedimientos de jurisdicción voluntaria contengan pronunciamientos susceptibles de ejecución resulta en el panorama comparado residual y sólo relevante en un ámbito material muy limitado, *cf.*, en el específico contexto alemán, M. Krefft, *Vollstreckung und Abänderung ausländischer Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Berlín, 1993, p. 17.

<sup>116</sup>. Por su parte, en la doctrina y jurisprudencia francesas tiende a considerarse que las medidas de *envoi en possession* implican ejecución material; sobre los términos actuales del debate, *vid.* J.M. Jacquet, "Absence" ..., *loc. cit.*, p. 12.

<sup>117</sup>. Al margen queda, por la falta aquí de dificultades específicas, la circunstancia de que el documento público en el que se contiene alguna de esas decisiones pueda ser empleado ante nuestros tribunales como medio probatorio documental.

<sup>118</sup>. En la medida en que exista un régimen diferenciado de la eficacia extraterritorial de las decisiones de jurisdicción voluntaria, el encuadramiento de estos procesos en nuestro

normas específicas sobre la eficacia extraterritorial de las decisiones de tal naturaleza<sup>(119)</sup>. La posibilidad de aplicar analógicamente el régimen previsto en la Secc. 2ª, Tít. VIII del Libro 2º ("De la jurisdicción contenciosa") de la LEC aparece condicionada por la circunstancia de que la resolución en virtud de la cual se declara la ausencia o fallecimiento no produce en el país de origen eficacia de cosa juzgada material ni reviste fuerza ejecutiva. No parece, por lo tanto, razonable someter su eficacia (constitutiva) al procedimiento de exequátur, que se configura como mecanismo de control relativo a la eficacia de cosa juzgada material y a la fuerza ejecutiva de las sentencias firmes extranjeras<sup>(120)</sup>.

Actualmente tanto nuestra jurisprudencia como nuestra doctrina se pronuncian decididamente en contra de la aplicación del procedimiento de exequátur a las resoluciones de jurisdicción voluntaria<sup>(121)</sup>. La misma solución se ha impuesto en la doctrina en el ámbito de la declaración de ausencia y fallecimiento<sup>(122)</sup>, lo que se adecua plenamente a la eficacia

---

ordenamiento dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria parece determinante para aplicar ese régimen a las decisiones extranjeras en materia de declaración de ausencia o fallecimiento (*vid.*, M. Krefft, *Vollstreckung...*, *op. cit.*, pp. 15-16; de otra parte, la tendencia a subordinar la eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria a un régimen menos gravoso que el relativo a las decisiones contenciosas hace que el principio *favor recognitionis* inspire una interpretación amplia del ámbito material del régimen de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, *vid.* R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, pp. 95-96).

<sup>119</sup>. El alcance aquí del régimen convencional, de aplicación preferente, es limitado. Los convenios multilaterales más significativos ratificados por España en este sector excluyen expresamente de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas al estado civil y capacidad (art. 1.1º del Convenio de Bruselas), al igual que hacen los convenios bilaterales con Brasil, México e Israel.

<sup>120</sup>. Cf. J.D. González Campos, R. Recondo Porrúa, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Bilbao, 1981, p. 149.

<sup>121</sup>. En esta línea, *vid.* A. Remiro Brotóns, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, 1974, pp. 177-178 (y pp. 175-176, sobre la evolución jurisprudencial y doctrinal); J.D. González Campos, R. Recondo Porrúa, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 167-168; I. Miláns del Bosch Portolés, "La eficacia extraterritorial de las decisiones de jurisdicción voluntaria", *RGD*, año XLIV, 1988, pp. 1.181-1.217, p. 1.210; M. Virgós Soriano en E. Pérez Vera (dir.), *Derecho...*, *op. cit.*, vol. I, 4ª ed. rev., Madrid, 1993, pp. 359-360; y J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 704-705 (y p. 703, poniendo de relieve cómo el resultado no debe ser distinto en relación con los convenios bilaterales que incluyen el reconocimiento de decisiones de jurisdicción voluntaria).

<sup>122</sup>. Superando incluso la tendencia a exigir el exequátur sólo cuando el representante del ausente pretende realizar actos de disposición en nuestro país (en esa línea *vid.* I. Serrano y Serrano, *La ausencia...*, *op. cit.*, p. 318), *vid.* J.D. González Campos en M. Aguilar Navarro (dir.), *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 145-146; E. Pérez Vera (dir.), *Derecho...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 23 y 41

característica de estas resoluciones. En esta línea, cabe entender que tal eficacia puede extenderse a nuestro país sin necesidad de acudir a un procedimiento específico, haciendo posible así el llamado reconocimiento automático o incidental, directamente por el tribunal o autoridad ante el que se solicita<sup>(123)</sup>. Solución que resulta aquí particularmente significativa, habida cuenta de que, por su naturaleza, la eficacia constitutiva de una declaración de ausencia o fallecimiento extranjera se hará valer ante nuestros tribunales o autoridades normalmente con carácter incidental. Por ejemplo, cuando la declaración de fallecimiento condiciona la decisión acerca de la capacidad nupcial del cónyuge presente o el derecho de un tercero llamado a una sucesión en defecto del presunto fallecido.

36. Más problemático es precisar las condiciones concretas a las que debe subordinarse la eficacia constitutiva en el marco del mencionado reconocimiento automático. En nuestra doctrina y jurisprudencia se halla extendida, como solución general en relación con las decisiones constitutivas de jurisdicción voluntaria, la idea de aplicar analógicamente las condiciones previstas en los arts. 600 y 601 LEC unidas a las exigencias de validez previstas en la ley aplicable a la situación según el D.I.Pr. del Estado receptor (España)<sup>(124)</sup>. También cabe pensar en la posibilidad de determinar esas condiciones a partir de la aplicación analógica de las previstas en el art. 954 LEC<sup>(125)</sup>. El alcance de la controversia<sup>(126)</sup>, que se extiende al conjunto de los

---

(señalando que será precisa la intervención judicial en los términos del art. 186 C.c.); y J.C. Fernández Rozas en J.D. González Campos y otros, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 68-69.

<sup>123</sup>. Sobre el mismo, poniendo de relieve su carácter excepcional con respecto a las decisiones contenciosas en nuestro sistema de fuente interna, *vid.* J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 664-668. En la medida en que la situación deba constar en el Registro Civil (art. 15 LRC) y dejando al margen la posibilidad de una anotación de la resolución (art. 153 RRC), esta solución debe proyectarse sobre la interpretación de los requisitos exigidos por nuestra legislación registral para la inscripción de la resolución (art. 83 RRC y 38 RH). (Por otra parte, cuando la resolución se invoca como determinante de la capacidad de un acto inscribible -por ejemplo, el matrimonio del cónyuge presente- sólo se somete al control de orden público (art. 84.1º RRC) -salvo que el matrimonio disuelto como consecuencia de la declaración estuviere inscrito en el Registro o la declaración se refiera a un español, pues en este caso los principios básicos de ordenación del Registro exigen que se verifiquen los requisitos para la inscripción de la declaración extranjera, *vid.* en relación con las sentencias extranjeras de divorcio, M. Virgós Soriano en E. Pérez Vera (dir.), *Derecho...*, *op. cit.*, vol. I, p. 356).

<sup>124</sup>. *Vid.* J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 704-705.

<sup>125</sup>. Recogiendo la alternativa *vid.* M. Virgós Soriano en E. Pérez Vera (dir.), *Derecho...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 359-360.

<sup>126</sup>. Para una visión de síntesis sobre la misma, con ulteriores referencias, *vid.* A.M.

actos de jurisdicción voluntaria, trasciende el ámbito del presente estudio.

Dejando a un lado esa polémica (en particular, la incidencia aquí del llamado reconocimiento material<sup>(127)</sup>), cabe entender que la eficacia constitutiva de las resoluciones extranjeras en materia de declaración de ausencia o fallecimiento aparece subordinada en nuestro sistema a la autenticidad de la decisión (arts. 600.4, 601 y también 954 LEC), el control del orden público (arts. 600.1 y también 954.3 y 2 LEC) -que presenta aquí una limitada relevancia<sup>(128)</sup>-, el control de la competencia del tribunal de origen y la no contrariedad con otras resoluciones. Estos dos últimos son requisitos implícitos básicos para el reconocimiento de decisiones (contenciosas) que deben proyectarse también sobre el específico ámbito aquí considerado. Particular interés reviste la compatibilidad de la decisión con otras resoluciones nacionales o extranjeras (que hayan accedido al Registro). En principio, son de aplicación las reglas generales al respecto. De este modo, en caso de contradicción con una decisión española -por ejemplo, si existiendo aquí una declaración de fallecimiento, se pretende reconocer una declaración de ausencia extranjera o se pretende hacer valer una declaración de fallecimiento extranjera que fija una fecha de la muerte diversa- prevalece la decisión española. Esta conclusión no parece imponerse necesariamente cuando la resolución española previa fue denegatoria. Habida cuenta de la falta de cosa juzgada material de tal resolución, la eficacia de una decisión extranjera distinta (por ejemplo, declarando el fallecimiento) no atenta necesariamente contra la congruencia del sistema jurídico si las circunstancias se hubieran modificado cuando se pronunció la decisión extranjera.

37. La eficacia atribuida en nuestro ordenamiento a una resolución extranjera de declaración de ausencia o fallecimiento es susceptible de ser modificada por un tribunal español. Las resoluciones sobre declaración de

---

Karl, *Die Anerkennung von Entscheidungen in Spanien*, Tubinga, 1993, pp. 39-41.

<sup>127</sup>. Así, como, en otro plano, la virtualidad de un control de la ley aplicable, recogido expresamente en materia de declaración de ausencia o fallecimiento en los Convenios bilaterales con Alemania de 1983 (art. 6.2) y Austria de 1984 (art. 6.2), que sólo es relevante, conforme a los propios convenios, en la medida en que nuestro régimen de fuente interna no excluye ese control.

<sup>128</sup>. Difícilmente será contrario al orden público el reconocimiento de una decisión sobre declaración de ausencia o fallecimiento. Más factible es que la cuestión se suscite con respecto a las consecuencias sobre las relaciones jurídicas afectadas por la declaración, cuestión claramente diferenciable, *vid.* G. Hohloch, *Erman...*, *op. cit.*, p. 2.363; y F. Vischer, "Art. 42"..., *loc. cit.*, p. 371.

ausencia o fallecimiento no producen, con carácter general, eficacia de cosa juzgada material. Nuestro sistema prevé un mecanismo específico (art. 2.043 LEC) para dejar sin efectos el auto de declaración de ausencia o fallecimiento. La posibilidad de modificar el contenido de la situación creada por el auto de declaración de ausencia o fallecimiento, cuando se constata que la misma no responde a la realidad, se proyecta necesariamente sobre la eficacia atribuida a las resoluciones extranjeras en esta materia, que no impide la ulterior revisión de las mismas<sup>(129)</sup>.

---

<sup>129</sup>. Vid. M. Krefft, *Vollstreckung...*, *op. cit.*, pp. 82-83; y R. Birk, "Art. 9"..., *loc. cit.*, p. 379. Poniendo de relieve cómo el reconocimiento de la resolución revocatoria puede resultar imposible en el Estado de origen de la declaración inicial *vid.* L. Vékás, "Zur Bindung an die Todesfeststellung durch ein ausländisches Gericht", *IPRax*, vol. 2, 1982, pp. 142-143, p. 143.