

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"LA SITUACIÓN JURÍDICA DE INCERTIDUMBRE DE LA EXISTENCIA: LA AUSENCIA"
TESIS DE GRADO

LUIS CARLOS SALGUERO
CARNET 10528-08

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2014
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"LA SITUACIÓN JURÍDICA DE INCERTIDUMBRE DE LA EXISTENCIA: LA AUSENCIA"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
LUIS CARLOS SALGUERO

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2014
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: DR. CARLOS RAFAEL CABARRÚS PELLECCER, S. J.
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANO: MGTR. PABLO GERARDO HURTADO GARCÍA
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

LICDA. MARIA ELISA DE LEON IGLESIAS

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. MARIA ANDREA BATRES LEON

Guatemala, 15 de enero de 2014.

**Señores
Miembros del Consejo
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Presente**

Honorables miembros del Consejo:

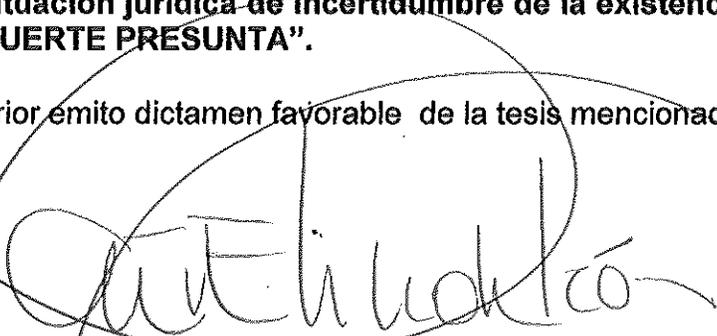
Por este medio hago de su conocimiento que en cumplimiento del nombramiento recaído en mi persona como asesora, procedí a asesorar el trabajo de tesis de la licenciatura titulado **"La situación jurídica de incertidumbre de la existencia: LA AUSENCIA"** elaborado por el estudiante **LUIS CARLOS SALGUERO**, con el número de carnet **1052808**.

El trabajado ha sido concluido, por lo que considero que la tesis referida se encuentra estructurada conforme al instructivo de tesis de la licenciatura de la Facultad.

Sin embargo sugiero que por el contenido doctrinario y legal que contiene la tesis, relacionada con la muerte presunta, se autorice el cambio del título de la misma por **"La situación jurídica de incertidumbre de la existencia: LA AUSENCIA y LA MUERTE PRESUNTA"**.

En virtud de lo anterior emito dictamen favorable de la tesis mencionada.

Atentamente,



**María Elisa De León Iglesias
Abogada y Notaria
No. de Colegiado 6557**

**LICENCIADA
María Elisa de León Iglesias
ABOGADA Y NOTARIA**

M.A. María Andrea Batres León
Abogada y Notaria

Guatemala, 8 de abril de 2014

Señores
Miembros del Consejo
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Campus Central

Honorables Miembros del Consejo:

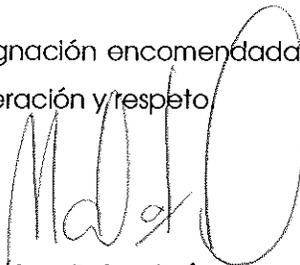
Me dirijo a ustedes con el objeto de hacer de su conocimiento que, de acuerdo con el nombramiento recaído en mi persona como revisora de forma y fondo del trabajo de tesis titulado **"LA SITUACIÓN JURÍDICA DE INCERTIDUMBRE DE LA EXISTENCIA: LA AUSENCIA"**, elaborado por el estudiante **LUIS CARLOS SALGUERO Carné: 1052808**.

Luego de efectuada la revisión, se sugirieron algunas correcciones al alumno, quien cumplió con presentar las mismas dentro del plazo establecido en el Instructivo de Tesis de la Facultad. En tal virtud, considero que el contenido de la tesis referida se encuentra estructurado conforme a los requerimientos y regulaciones existentes en la Universidad Rafael Landívar.

Por lo expuesto, emito **DICTAMEN FAVORABLE** sobre la pertinencia del trabajo de tesis denominado **"LA SITUACIÓN JURÍDICA DE INCERTIDUMBRE DE LA EXISTENCIA: LA AUSENCIA"**, elaborado por el estudiante **LUIS CARLOS SALGUERO Carné: 1052808**, a efecto de que continúe con los procedimientos establecidos por la Universidad Rafael Landívar, toda vez que dicho trabajo es apto, para que al autor se le confiera el Grado Académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Habiendo cumplido con la designación encomendada por esta Facultad, me suscribo con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,



M.A. María Andrea Batres León
Abogada y Notaria



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante LUIS CARLOS SALGUERO, Carnet 10528-08 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07522-2014 de fecha 8 de abril de 2014, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"LA SITUACIÓN JURÍDICA DE INCERTIDUMBRE DE LA EXISTENCIA: LA AUSENCIA"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 6 días del mes de noviembre del año 2014.


MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



Evaluación Comprensiva Área Pública

Lugar y Fecha: Guatemala, 23 de Octubre 2014

Terna Examinadora:

- a) Lic. Raúl Alfredo Pimentel Afre
- b) M.A. Gabriel Esturdo García Luna
- c) Lic. José Giovanni Chinchilla Guerrero

Evaluación Comprensiva Área Privada

Lugar y Fecha: Guatemala, 5 de Noviembre 2014

- a) Lic. Mario Alfredo Mérida Martínez
- b) Licda. Debbie Michelle Smith Alvarado
- c) M.A. María Andrea Batres León

DEDICATORIA

- A DIOS:** Quien hace que TODO sea posible. Y que cuando más le supliqué, nunca me abandono, cumplió todas y cada una de sus promesas.
- A LA VIRGEN MARÍA:** Quien estoy plenamente seguro que intercedió ante las suplicas constantes de mi corazón.
- A MIS PADRES** A quienes cada mañana, esperaba ansiosamente poder darles una pequeña satisfacción, en comparación al esfuerzo inmenso que han realizado conmigo; y que me han apoyado siempre, Mama y Rafa.
- A MI ABUELA (Q.E.P.D.)** A quien el 23 de noviembre 2009 prometí, que iba a obtener este logro, y quien cada día estuvo en mis oraciones, guiándome, dándome fuerza, sabiduría y paz.
- A Juan Diego** Quien ha sido la motivación de todo este esfuerzo, y la persona más paciente del mundo, a quien amo, y dedico principalmente este logro alcanzado.
- A MI FAMILIA** Que de alguna manera u otra, estuvo siempre pendiente de mí, y que sé que se alegran y comparten conmigo esta meta, que es de ellos también.
- A Ana Lucía** Sin quien ninguno de mis logros hubiera sido posible, pues fue parte fundamental, en cada uno de ellos. Éste es un logro en conjunto. Mil gracias.
- A MIS AMIGOS** Quienes me acompañaron, motivaron, preocuparon, y oraron por mí.

RESPONSABILIDAD: El Autor es el único responsable del contenido y las conclusiones del trabajo de tesis.

LISTADO DE ABREVIATURAS

C.AJ.	Centro de Administración de Justicia
Pág.:	Página
v.gr.:	Verbigracia

SIGLAS UTILIZADAS

CCAR:	Código Civil de Argentina
CCCR:	Código Civil de Costa Rica
CCE:	Código Civil de España
CCES:	Código Civil de El Salvador
CCFM:	Código Civil Federal de México
CCG:	Código Civil de Guatemala
CCH:	Código Civil de Honduras
CCN:	Código Civil de Nicaragua

Resumen de la Investigación

En la presente tesis, se analizan las instituciones jurídicas de la ausencia, y de la muerte presunta, desde el punto de vista del Derecho Civil estrictamente. Haciendo un estudio minucioso de la doctrina y legislación aplicable a dichas instituciones, así como un análisis del derecho comparado en El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, México, Argentina y España. Con el objeto de buscar semejanzas y diferencias en las distintas legislaciones, respecto de la legislación Guatemalteca.

Se analizan las diferentes doctrinas fundantes de las legislaciones, respecto de las instituciones analizadas, y partiendo de tal doctrina, se establecen las principales etapas, y plazos

Se hace un estudio histórico jurídico, jurídico comparativo y jurídico descriptivo, de las instituciones estudiadas, para comprender el origen de las mismas y establecer la aplicabilidad actual de dichas instituciones jurídicas en la vida actual, tomando en consideración que la mayoría de legislaciones civiles, son relativamente antiguas.

Para el análisis jurídico comparativo, se utilizan cuadros de cotejo, comparando las legislaciones de los países indicados, presentando analizando y discutiendo los resultados de dichos cuadros, para establecer de una manera práctica el funcionamiento de las instituciones analizadas en los países indicados.

Se obtienen conclusiones muy importantes, dentro de ellas, se clarifica que aunque en todas las legislaciones los plazos, pero sobre todo los efectos son diferentes, en Guatemala, con la institución de la ausencia, solamente se busca otorgar protección a los bienes del ausente, y otorgar una defensa a éste tanto judicial como extrajudicialmente, mientras que con la muerte presunta, se busca que se extinga la personalidad de una persona, para que sus herederos entren en posesión definitiva de la herencia, como que aquella persona efectivamente hubiera fallecido.

ÍNDICE

Introducción	14
Capítulo 1: La ausencia	17
1.1 Generalidades respecto del domicilio y su relación con la ausencia.	17
1.2 Concepto y definición de ausencia.....	21
1.3 Antecedentes históricos de la ausencia y muerte presunta.....	30
1.3.1 Doctrinas fundantes de los sistemas legislativos que regulan la ausencia.	35
1.4 Naturaleza jurídica de la ausencia y de la muerte presunta.	38
1.5 Etapas y elementos de la ausencia.....	43
1.5.1 Presupuestos de la ausencia.....	44
1.5.2 Etapas de ausencia.....	46
1.5.2.1 Ausencia presunta o de hecho.	49
1.5.2.1.1 Efectos familiares.	52
1.5.2.1.2 Efectos patrimoniales.	53
1.5.2.1.3 Medidas provisionales.....	56
1.5.2.2 Ausencia legal o declarada.	61
1.5.2.2.1 Efectos familiares.	66
1.5.2.2.2 Efectos patrimoniales.....	68
1.5.2.2.3 Atribuciones de los representantes legales o administradores.	75
1.5.3 Derechos eventuales del declarado ausente.	79
1.5.4 Condición jurídica de los ausentes según sean los diversos periodos de la ausencia.....	81
1.5.5 Fin de la situación de ausencia legal.....	83
1.6 Ausencia regulada en la legislación guatemalteca.....	88
1.6.1 Código Civil de 1877 y de 1933.	88
1.6.2 Decreto Ley 106. Código Civil	89
Capítulo 2: Muerte presunta.....	97
2.1 Concepto y definición.....	98
2.2 Nacimiento y fin de la persona.	101
2.3 La muerte.....	103
2.3.1 Efectos jurídicos de la muerte –natural-.....	104
2.4 La muerte presunta como institución jurídica.....	105
2.5 Efectos de la muerte presunta o declaración de fallecimiento.	106
2.5.1 Limitaciones a los efectos de los poseedores.....	110
2.6 Muerte presunta extraordinaria.	112
2.7 Cesación de la muerte presunta.....	115

Capítulo 3: La Ausencia en el derecho comparado.....	119
3.1 El Salvador	119
3.2 Honduras.....	122
3.3 Nicaragua.	125
3.4 Costa Rica.....	131
3.5 México.....	136
3.6 Argentina.....	145
3.7 España.....	149
Capítulo 4: Presentación, análisis y discusión de resultados.....	155
Conclusiones	168
Recomendaciones.....	170
Referencias.....	172
Anexos.....	176

Introducción

La vida de las personas inicia con el nacimiento y en términos normales, finaliza con la muerte. Sin embargo, existe una situación en la que no es tan fácil determinar en qué momento finaliza tal existencia, si es que esta efectivamente ha finalizado, o por el contrario la persona que se supone fallecida aún se encuentra con vida.

Esta situación de incertidumbre de la existencia de una persona, es denominada por la ley y por la doctrina en algunos casos como ausencia y en otros como muerte presunta. Y es ante tal situación que la ley crea una serie de mecanismos atendiendo principalmente corroborar la existencia de una persona, y en su caso, a proteger los intereses de éste, en tanto se dilucida si ésta ha fallecido o se encuentra con vida.

Es decir, la ley mediante una serie de procedimientos llega a suponer inicialmente que una persona no se encuentra presente en el lugar de su domicilio, resguardando sus intereses, y posteriormente señala un día presuntivo del fallecimiento de la persona –con efectos propios de una muerte verdadera-, aunque realmente nunca se llegue a tener certeza de tal fallecimiento, pues físicamente no se ha podido corroborar tal situación.

La institución jurídica de la ausencia, ha sido regulada desde tiempos muy antiguos, siguiendo principalmente dos sistemas jurídicos fundamentados en la doctrina francesa y en la doctrina germánica. Y de tal cuenta, la mayoría de legislaciones modernas, regulan la institución de la ausencia, tomando como fundamento alguna de éstas dos teorías o fusionando elementos de una y otra teoría.

Independientemente de la doctrina seguida, los mecanismos seguidos por la ausencia, son progresivos respecto de los intereses que persigue, de tal cuenta que en un principio, las legislaciones buscan proteger a la persona que se encuentra ausente, pues es muy prematuro dudar de su existencia. En un segundo momento, las legislaciones emparejan la posibilidad de vida y de muerte, generándose entonces la primera incertidumbre en cuanto a la existencia de una persona, por lo que se toman medidas tendientes al resguardo y protección de los bienes del ausente. Y en tercer momento, las posibilidades de muerte prevalecen sobre las de vida, por lo que la ley

resguarda principalmente los intereses de los presuntos herederos del ausente, quienes posiblemente entrarán en posesión de los bienes de éste.

Generándose de ésta manera una gran cantidad de efectos derivados de tal declaración, así como de sus subsecuentes fases, no solo para el ausente, sino para todas las personas que tengan un derecho u obligación respecto del ausente. Haciéndose necesario, de tal cuenta formularse la siguiente pregunta de investigación ¿Cuál es la importancia que aparejan las instituciones jurídicas de la ausencia y muerte presunta en la vida moderna. Cuáles son las etapas, mediante las que se desarrolla, así como sus principales efectos que estas aparejan respecto del ausente y de los bienes, derechos y obligaciones de los ausentes y muertos presuntos, así como de los terceros frente a los desaparecidos; y por último establecer, cual es el funcionamiento de estas instituciones en las legislaciones de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, México, Argentina y España?

El objetivo general de la presente investigación es brindar un panorama, más claro, y más comprensible, al lector respecto de la institución jurídica de la ausencia y la muerte presunta, sus causas, sus efectos jurídicos, y sus principales complicaciones; así como determinar su funcionamiento en Guatemala, respecto de legislación comparada, en El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, México, Argentina y España. Los objetivos consisten en a) Estudiar las diferentes doctrinas, referentes a la ausencia y la muerte presunta, estableciendo las principales características, tanto legales como doctrinarias de ambas instituciones; b) Realizar un estudio comparado de las legislaciones de El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, México, Argentina y España, respecto de la legislación guatemalteca; y, c) Analizar, desde el punto de vista doctrinario, posibles problemáticas derivadas de las instituciones de la ausencia, y muerte presunta.

Para la presente investigación se tratan únicamente temas relacionados, directamente con la ausencia y la muerte presunta, sin embargo se analiza la institución jurídica del domicilio, institución que indirectamente se relaciona con la ausencia y muerte presunta, tratando respecto del domicilio únicamente sus generalidades.

La presente investigación, se limita a estudiar la institución de la ausencia, desde el punto de vista del Derecho Civil, estrictamente, no haciéndolo respecto del Derecho Procesal Civil ni de ningún tipo de tramitación puntual, pues como es evidente, en cada país, los procedimientos judiciales o extrajudiciales, son diferentes.

Se analiza la figura jurídica de la ausencia y sus subsecuentes etapas, en Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Argentina, México y España.

Para dar respuesta a la pregunta de investigación así como cumplimiento a los objetivos tanto general como específico, en la presente investigación se ha utilizado como instrumento el cuadro de cotejo, analizando las siguientes unidades de análisis: a) Decreto-Ley 106. Código Civil de Guatemala y sus reformas; b) Decreto Ley. Código Civil de El Salvador y sus reformas; c) Decreto 76-1906. Código Civil de Honduras y sus reformas; d) Código Civil de Nicaragua y sus reformas.; e) Ley 63 y sus reformas. Código Civil de Costa Rica; f) Código Civil Federal de México y sus reformas; g) Ley 340 y sus reformas. Código Civil de Argentina; y h) Real Decreto. Código Civil de España y sus reformas.

El estudio del presente tema, apareja una serie de limitantes que atienden principalmente a la falta de doctrina guatemalteca, que estudie ésta institución a fondo, así como también otra de las limitantes fueron las diferentes legislaciones, que regulan la ausencia, pues lógicamente, esta institución está regulada de una manera diferente en cada país de los analizados, y contemplan distintas etapas dentro de la misma, lo que hizo que el análisis de la legislación comparada en el cuadro de cotejo fuera un tanto complicada. Sin embargo con la presente investigación, se realiza un gran aporte como herramienta para la comprensión del tema tanto de la ausencia como de la muerte presunta.

El autor

Capítulo 1: La ausencia

1.1 Generalidades respecto del domicilio y su relación con la ausencia.

Como punto de salida, para la comprensión de la figura de la ausencia, es indispensable, que se retome los aspectos más generales de la figura del domicilio, que indudablemente, está íntimamente relacionado con la ausencia, pues siguiendo la definición de **Aubry y Raú**, que en concordancia con la definición de **Zachariae**, todos citados por los tratadistas **Marcel Planiol y Georges Ripert**, “es la relación jurídica existente entre una persona y un lugar”¹

El artículo 32 del **Código Civil** de Guatemala (**en adelante CCG**) da una definición de domicilio en el sentido siguiente “*El domicilio se constituye voluntariamente por la residencia en un lugar con ánimo de permanecer en él.*”²

Por su parte el artículo 30 del **Código Civil Federal** de México (**en adelante CCFM**), da una definición de domicilio, en el sentido siguiente: “*El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente.*”³

El autor **Manuel Albaladejo** define “*Domicilio en su sentido civil genuino, es el lugar que la ley considera como centro o sede jurídica de la persona*”.⁴

Para los efectos de la presente investigación, interesa estudiar someramente la institución del domicilio, para establecer a partir de qué momento, se puede considerar a una persona ausente, pues como se expondrá más adelante, la ausencia, es el estado de una persona que desaparece de su domicilio y se ignora su paradero, y en este sentido, es importante diferenciar el domicilio real del domicilio legal. A este

¹ Planiol Marcel y Georges Ripert. *Tratado elemental de derecho civil. Divorcio, filiación, incapacidades. Tomo I.* Traducido por Jose M Cajica Jr. México. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1,991 Segunda Edición. Página 251.

² Peralta Azurdia, Enrique. Jefe del Gobierno de la República. *Código Civil y sus reformas.* Decreto-Ley 106. Lugar y fecha de Emisión: Guatemala 14/09/1963.

³ Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. *Código Civil Federal y sus reformas.* Publicado en los Estados Unidos Mexicanos el 26/05/1928; 14/07/1928; 03/08/1928; y 31/08/1928.

⁴ Albaladejo, Manuel. *Compendio de derecho civil.* Barcelona, España. Librería Bosch – Ronda Universidad 11, 1,976. Tercera Edición, página 54.

respecto establece **Albaladejo** “la fijación del domicilio no se hace siempre por la ley con el mismo criterio: ...en unos casos se apoya en el hecho de que la persona reside habitualmente en el lugar de que se trate. ...es decir el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual. ...Este domicilio, es el que conocemos como *Domicilio Real*. ...En otros casos, la ley, omisión hecha de que la persona viva o resida habitualmente en un sitio o en otro, estima que, por diferentes razones, se debe considerar sede de la misma (domicilio) cierto lugar. ...a este domicilio establecido por la ley sin tener en cuenta la residencia habitual, se le denomina *legal*.”⁵

Al referirse al domicilio, los autores **Ambroise Colin y Henry Capitant**⁶ establecen (...) que se habla de domicilio al referir la localización de un individuo, el lazo que le une a un cierto punto de la extensión, asiento ordinario de su actividad, lugar en donde, por regla general se le encuentra, constituye, después del estado, un elemento importante y práctico de la situación jurídica de las personas. (...)

Por su parte **Castán Tobeñas** citado por **Alfonso Brañas**⁷ así como **Colin y Capitant**⁸ manifiestan que (...) el domicilio, no es el lugar en el que el hombre reside, sino el lugar o círculo territorial, donde se ejercitan los derechos y se cumplen las obligaciones, y que constituyen el principal establecimiento o sede jurídica y legal de la persona. (...)

Vemos en la definición anterior, que se señala un elemento transcendental en la comprensión del domicilio, siendo este el hecho que el domicilio no está dado únicamente por la residencia del hombre en determinado lugar, sino por el lugar en el que se ejercitan derechos y cumplen obligaciones para esta persona.

⁵ *Loc.cit.*

⁶ Colin Ambroise y Henry Capitant. *Derecho civil. Introducción, personas, estado civil, incapaces. Volumen 1*. México. Editorial Jurídica Universitaria. 2,002. Página 280.

⁷ Brañas, Alfonso. *Manual de derecho civil, libros I, II, III*. Guatemala. Editorial Estudiantil Fénix. 2,007. Cuarta Edición. Página 79.

⁸ Colin Ambroise y Henry Capitant. *Op. cit.* Pág.282.

Respecto al domicilio, establece **Busso** citado por **Manuel Ossorio** “*el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona, para la producción de efectos jurídicos*”⁹

Para el tratadista **Ossorio** “*Se distingue entre el concepto de residencia, el lugar de la morada efectiva y el de domicilio, que exige, además del hecho material de la residencia, el ánimo de permanencia en ese lugar donde la persona se encuentra viviendo por cierto tiempo determinado, también llamado domicilio accidental.*”¹⁰

Para **Guillermo Cabanellas** “*Domicilio es el lugar (casa, en el sentido estricto; y población o radio de la misma, en sentido más amplio), en que se halla establecida una persona para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos. Constituye pues, una relación de persona y lugar, con ánimo de nexo duradero en los aspectos familiar, patrimonial, laboral y vecinal.*”¹¹

Es importante establecer que como indican **Planiol y Ripert** “*Una vez establecido en domicilio en un lugar, implica necesariamente cierta fijeza, lo que es una de sus grandes ventajas prácticas. Es cierto que puede desplazarse bajo condiciones determinadas; pero también permanece a pesar de una ausencia prolongada; algunas personas han salido de su domicilio con la intención de volver a él, sin hacerlo durante toda su vida. Por tanto, el domicilio no se desplaza siempre que la persona haga una estancia en un lugar distinto de su morada habitual. Cuando la persona regresa a ella, se dice que ha vuelto a su domicilio; por tanto no lo había perdido. –Esta fijeza del domicilio, que subsiste en el lugar donde se ha establecido, a pesar de la ausencia temporal de la persona, conduce a distinguir el domicilio propiamente dicho, de la residencia.*”¹²

Continúan señalando **Planiol y Ripert**¹³ que (...) la residencia es el lugar donde una persona fija temporalmente su habitación. Todo lugar donde la persona se encuentra de una manera un poco prolongada, se convierte para ella en residencia,

⁹ Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*. Buenos Aires Argentina. Editorial Heliasta 2,006. 33ª edición. Página 342.

¹⁰ *Loc.cit.*

¹¹ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II. Buenos Aires Argentina, Editorial Heliasta S.R.L.. 1,979. 12ª Edición. Página 780.

¹² Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 252.

¹³ *Ibid.* Pág. 270.

aunque su domicilio permanezca fijo en otro lugar. (...) Según **Guillermo Cabanellas** al referirse al domicilio del ausente establece *“Mientras no se obtengan noticias, como viviente o como muerto, del que ha desaparecido de su domicilio, y como continuidad jurídica, la ley mantiene por localización el último domicilio conocido. En la realidad, esto se atenúa bastante; ya que, a penas se nombre representante del ausente por medida judicial, o surge un gestor de negocios espontáneo, son los domicilios de uno u otro los que se utilizan para las relaciones profesionales, familiares o patrimoniales del ausente.”*¹⁴

Por su parte **Coviello**, citado por **Brañas**: *“Mientras el domicilio, la residencia la permanencia accidental, constituyen una relación positiva de la persona con un lugar, la ausencia constituye la relación negativa. Ausencia, en sentido material solo quiere decir falta de presencia en el domicilio o en la residencia; más, en sentido técnico y jurídico, denota la condición de la persona cuya existencia se ignora, porque no ha comparecido más en el lugar de su último domicilio o residencia, y no ha dado de sí noticia alguna. En este significado, el estudio de la ausencia es importante.”*¹⁵

Indudablemente, la institución jurídica de la ausencia, está íntimamente relacionada con la institución del domicilio, aunque tal y como ya se mencionó, en la presente monografía únicamente será tratada la institución del domicilio, desde un punto de vista general, pues este no es el tema central de la misma.

Como ha quedado establecido, las doctrinas respecto del domicilio, son muy variadas, y existen varias posturas al respecto, considerando las más acertadas, las proferidas por Planiol y Ripert, en el sentido que el domicilio es la relación jurídica existente entre una persona y un lugar; sin embargo, no se puede dejar de un lado la postura de los autores Colin y Capitant, que en concordancia con Castán Tobeñas y Guillermo Cabanellas, indicando que se entiende por domicilio no el lugar en que el hombre reside, sino el lugar al cual le une este conjunto de intereses que constituye el principal establecimiento, para el ejercicio de sus derechos y obligaciones, la casa de habitación del hombre, es en todo caso, su residencia, y no su domicilio. Siendo ésta la

¹⁴ Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.* Pág. 781.

¹⁵ Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 79.

definición la que sirve de fundamento para la comprensión y relación con el capítulo total de la presente monografía, pues como ya se ha dicho, el domicilio, no es más que un presupuesto, para la comprensión de la institución jurídica de la ausencia.

1.2 Concepto y definición de ausencia.

Es importante, dar inicio al estudio de la institución jurídica de la ausencia, de acuerdo con lo establecido por el autor **Brañas** en el sentido que *“Los civilistas españoles coinciden, al iniciar el estudio de esta materia, en afirmar que la expresión ausencia se contraponen a la de presencia, que la ausencia es la no presencia, refiriéndose, por supuesto al concepto corriente de a palabra ausencia”*¹⁶

El tratadista **Serrano** citado por **José Castán Tobeñas** define la ausencia en el derecho español, como *“un estado civil de la persona de quien se duda si vive, bien porque se desconoce su paradero durante cierto tiempo, bien porque desapareció en una circunstancia de peligro para la vida sin haberse vuelto a saber más de ella.”*¹⁷

Define el autor **Guillermo Cabanellas** que la ausencia es *“no presencia en un lugar, alejamiento del mismo. En derecho la ausencia es la situación de quien se encuentra fuera del lugar de su domicilio, sin que se sepa su paradero sin constar además si vive o ha muerto y sin haber dejado representante.”*¹⁸

Para los autores **Colin y Capitant** *“La ausencia es la ruptura del lazo que une al individuo a un lugar determinado, el estado de cosas anormal que impide situar al individuo, aun transitoriamente, hasta el punto de que su misma existencia es problemática”*¹⁹

¹⁶ *Loc.cit.*

¹⁷ Tobeñas, José Castán. *Derecho civil español, común y foral, tomo primero, introducción y parte general*. Madrid, España. Instituto Editorial Reus. Duodécima Edición. 1,978. Página 300 y 301.

¹⁸ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental, edición actualizada, corregida y aumentada*. Editorial Heliasta. Página 42.

¹⁹ Colin Ambroise y Henry Capitant. *Op. cit.* Pág. 280.

Por su parte **Ossorio** indica que ausencia es *“Condición legal de la persona cuyo paradero se ignora.”*²⁰

Así mismo **Capitant** citado por **Ossorio** señala que *“es el estado de la persona cuya desaparición y falta de noticias, durante un tiempo más o menos largo, tornan su existencia incierta. Esa situación exige que se adopten medidas para la custodia y administración de los bienes del ausente, y que pueden ser distintas según que este mismo haya dejado, o no, apoderado.”*²¹

Para los autores **Albaladejo**²², **Colin y Capitant**²³, **Planiol y Ripert**²⁴ así como **Fabio Naranjo Ochoa**²⁵ ausente es (...) la persona que no se encuentra en su domicilio o en su residencia, no se tiene noticias suyas, y no se sabe si continúa con vida o fallecido, siendo el estado de incertidumbre lo que caracteriza la ausencia jurídica, la ausencia supone la ruptura entre un individuo y el medio social al que pertenece (...)

En el mismo sentido señalan los autores **Edgard Baqueiro Rojas y Rosalia Buenrostro Báez** *“Cuando una persona se encuentra prolongadamente fuera de su domicilio, se ignora su paradero y se tiene incertidumbre sobre si vive o ha muerto, nos encontramos en el caso del ausente en el sentido técnico jurídico.”*²⁶

Indica la tratadista **Adriana De los Santos Morales** que *“La ausencia, haciéndose referencia a las disposiciones civiles, no está calificada por el simple hecho de no hallarse una persona en su domicilio, sino que ha esta circunstancia han de unirse las siguientes: que no haya dejado quien le represente, que se ignore su paradero y que la existencia o fallecimiento del ausente sean inciertos.”*²⁷

²⁰ Ossorio, Manuel. *Op. cit.* Pág.107.

²¹ *Loc.cit.*

²² Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág.54.

²³ Colin Ambroise y Henry Capitant. *Op. cit.* Pág.286.

²⁴ Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág.271.

²⁵ Naranjo Ochoa, Fabio. *Derecho civil, personas y familia*. Colombia. Señal Editora. 1,994. Sexta Edición. Página 191.

²⁶ Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalia Buenrostro Báez. *Derecho civil. Introducción y personas*. México. Editorial Oxford University Press. 2,004. Pag. 197.

²⁷ De los Santos Morales, Adriana. *Derecho Civil I*. México, editor Red Tercer Milenio,2012, Página 32 disponible, http://www.aliatuniversidades.com.mx/bibliotecasdigitales/pdf/Derecho_y_ciencias_sociales/Derecho_civil_I.pdf, fecha de consulta 13 de julio 2013.

Concordantemente **Rafael de Pina** citado por **De los Santos Morales** señala que la ausencia es *“Hecho jurídico que consiste en la incertidumbre de existencia y paradero, basada en el transcurso del tiempo y en la falta de noticias y confirmada por una resolución judicial”*²⁸

En cuanto a la persona ausente, el autor **Simón Carrejo** manifiesta que *“En el lenguaje común, ausente es quien no se encuentra en un sitio; jurídicamente lo será quien ha abandonado su domicilio sin dejar representante ni comunicar noticias: no se sabe si vive aún o ha muerto; pero si hay la certidumbre o cuasi certidumbre de que ha muerto sin que el cadáver haya sido encontrado se habla entonces de desaparecido. El ausente no es un no-presente, como quien emprende un largo viaje pero comunica a sus familiares o amigos sus noticias y por ello se sabe que vive. Pero tampoco es un desaparecido como el que muere en una catástrofe, a la vista de testigos, mas su cadáver no se encuentra. Por consiguiente, repetimos, la condición esencial del desaparecimiento es la certidumbre o cuasicertidumbre de que un apersona ha muerto, sin que, no obstante, haya prueba segura de ello. También en la ausencia hay esa incertidumbre, pero en el desaparecimiento existe otro elemento más de juicio en favor de tal duda, y es el conocimiento acerca del peligro a que estuvo sometida la persona, lo que hace más verosímil su fallecimiento.”*²⁹

Señala **César Augusto Abelenda** que *“El vocablo “ausencia” tiene en el lenguaje jurídico un sentido técnico que difiere del ordinario o vulgar. En el sentido corriente o vulgar la palabra “ausencia” designa el hecho o la circunstancia de que alguien no está presente, en un momento dado, en un determinado lugar, donde debiera estar o donde su presencia es requerida. En el sentido técnico que se la da en las ciencias jurídicas designa, en cambio, no ya situaciones de simple no presencia, sino de ausencias calificadas por ciertas circunstancias especiales que configuran supuestos normativos a*

²⁸ *Loc.cit.*

²⁹ Carrejo, Simón. *Derecho civil, tomo I. Introducción al derecho civil. Derecho de las personas.* Colombia. Editorial Temis Bogotá. 1,972. Página 395-396.

los cuales la ley atribuye, en cada caso, ciertas consecuencias jurídicas, aunque difieran entre sí.”³⁰

El autor **Santos Cifuentes** contrariamente a la mayoría de autores, denomina a la ausencia en sentido jurídico, como simple ausencia: *“Puede ser que una persona se ausente de su domicilio para no hacer frente a sus obligaciones, en cuyo supuesto los acreedores podrán iniciarle un juicio y hacerlo declarar rebelde para que se le condene al pago en el proceso concreto de cobro. También que una persona se ausente y deje apoderados que atiendan sus negocios. Pero si desaparece y no los deja, o los mandatarios no tienen poderes suficientes para cuidar de sus negocios, la ley prevé un sistema de protección al ausente, a fin de resguardar en general su patrimonio. Este último es el caso llamado de simple ausencia.”*³¹

Es importante hacer notar, que al referirse a simple ausencia el autor Santos Cifuentes, se refiere a la ausencia en sentido jurídico, pues en su doctrina únicamente se diferencian dos etapas de la ausencia, la “simple ausencia” y la “muerte presunta”, que será analizada más adelante.

En el artículo 42 del **CCG** se encuentra, una definición amplia de la ausencia: *“Es ausente la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio en ella; se considera también ausente, para los efectos legales, la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora.”*³² Es importante establecer que al artículo citado, posee dos supuestos, a los que doctrinariamente se les conoce, al primero de ellos como ausencia simple o vulgar, y al segundo supuesto como ausencia legal.

En cuanto a los dos supuestos, establecidos por el artículo anteriormente citado, el autor **Brañas** manifiesta: *“Dos circunstancias son determinantes en el primer supuesto: que la persona se halle fuera de la república, y que tenga o hubiese tenido su domicilio en ella. Se da por cierto que la persona existe, que vive, y que se encuentra fuera de la*

³⁰ Abelenda, César Augusto. *Derecho civil, parte general, tomo uno*. Buenos Aires Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1,980. Página 371.

³¹ Cifuentes, Santos. *Elementos de derecho civil*. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1,999. Cuarta Edición. Página 247.

³² *Código Civil y sus reformas*. Decreto-Ley 106. *Op. cit.* Pág.

*república (las más de las veces conociéndose su paradero). En el segundo supuesto son circunstancias determinantes: que la persona haya desaparecido de su domicilio y que se ignore su paradero. Dada la reacción del precepto legal, no tienen importancia el hecho de que se dude o no de su existencia, aunque tal actitud mental sí pueda presentarse.”*³³

La tratadista **María Luisa Beltranena Valladares de Padilla**³⁴ en cuanto a los tipos de ausencia manifiesta (...) en lenguaje corriente ausencia significa la no presencia de una persona en el lugar donde debería encontrarse y en cuanto a la ausencia legal, además del requisito anterior, se ignora su paradero y su existencia se considera incierta (...)

A este respecto, vale la pena tener en cuenta lo manifestado por la Cámara de Amparo y Antejuicio de la **Corte Suprema de Justicia**, en la sentencia de fecha 1 de julio de dos mil cinco, dictada dentro del expediente 913-2004 *“Esta Cámara, al realizar el estudio respectivo de los antecedentes y los alegatos de las partes, establece que acción intentada es procedente, por cuanto la autoridad impugnada al emitir su fallo, que constituye el acto reclamado y que confirmó el recurso planteado en cuanto a que no proceden las diligencias voluntarias de declaración de ausente, no tomó en consideración la aplicación de los dos supuestos diferentes invocados en el artículo 42 del Código Civil que indica: “ Es ausente la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio fuera de ella. Se considera también ausente para los efectos legales, la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora”; para el presente caso, se aplica el primer supuesto del artículo indicado, ya que se establece que mediante el mandato otorgado por el presunto ausente en la ciudad de Los Angeles, con fecha veintiocho de mayo del año de mil novecientos noventa y uno, que el mismo se encuentra radicando fuera de la República, por lo que se considera que tal situación encuadra en el primer párrafo de la norma citada que imperativamente establece los supuestos de hallarse fuera de la República y tiene o ha tenido domicilio en ella, ya que en el mismo documento consistente en un poder*

³³ Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 80.

³⁴ Beltranena Valladares de Padilla María Luisa. *Lecciones de derecho civil. Tomo I.* Guatemala. Sepredi, 1,995. Página 79.

especial otorgado por Julio René Elías Blanco, con fecha veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y uno en la ciudad de Los Angeles, Estado de California, Estados Unidos de América, otorgado para administrar una casa y para ejercer la tutoría de dos menores de edad, se indica que el domicilio del presunto ausente se encuentra ubicado en “1257 S. Greenwood Ave. # 24, Montebello, California 90640”. Adicionalmente, presentó como prueba la declaración de testigos y la declaración jurada de la amparista. A criterio de esta Cámara la Sala violó el derecho al debido proceso de la amparista al aplicar el segundo supuesto del artículo 42 del Código Civil, referente a la persona que ha “desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora” y no el supuesto invocado por la amparista y que indica que: “es ausente la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella”. Por otro lado, es correcto el criterio emitido por la autoridad impugnada en cuanto a que la sentencia emitida en primera instancia usó como base un argumento ineficaz, por cuanto el mandato indicado no tenía valor jurídico para poderse ejercitar en un tribunal, ya que se comprobó que no es un mandato judicial, sino un poder especial otorgado para administrar una casa y para ejercer la tutoría de dos menores de edad que no tiene relación con la amparista y cuyo plazo de vigencia ya había vencido. En efecto, el artículo 43 del Código Civil establece: “Toda persona que tenga derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir en la República y se ausenta de ella, deberá dejar mandatario legalmente constituido, con todas las facultades especiales para responder de las obligaciones del mandante; y si no lo hiciere, se le declarará ausente a petición de parte”. Por lo anteriormente considerado, esta Cámara estima que en el presente caso existe violación a los derechos enunciados por la amparista por aplicación de ley, por cuanto se estima que la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, no hizo aplicación correcta de la norma en los supuestos aludidos de la ley de la materia, violando el debido proceso de la amparista al requerirle que cumpla con los requisitos de un supuesto de la ley que no es aplicable en el caso concreto; por lo que se considera que la autoridad impugnada debe emitir resolución tomando como referencia las consideraciones hechas por esta Cámara debiendo resolver lo que en derecho corresponde y efectuarse las demás declaraciones que correspondan.”³⁵

³⁵ Cámara de Amparo y Antejuicio, Corte Suprema de Justicia, República de Guatemala. Sentencia de amparo de

Se aprecia en la referida sentencia, la postura de la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido, que se reconocen dos supuestos para la declaratoria de ausencia, siendo el primero de ellos que se considera ausente la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio fuera de ella y el segundo de ellos que también se considera ausente para los efectos legales, la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora. Siendo supuestos de declaración de ausencia distintos, que requieren para su declaración elementos diferentes; por un lado, cualquier persona que se halle fuera de la república y no tenga un mandatario legalmente constituido, aunque su paradero sea o no desconocido, y por el otro lado, la persona que ha desaparecido y cuyo paradero se desconoce, también puede ser declarada ausente.

Esta postura de la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia, contrasta con las algunos de los elementos que se desarrollan en la presente investigación, en el sentido que para varios doctrinarios, un elemento indispensable para la declaratoria de ausencia, es el hecho de desconocerse el paradero de una persona, pues si se tuviera conocimiento del lugar en el que se encuentra una persona aunque sea afuera de la república, sería muy fácil, contactar con ésta persona de alguna manera u otra, atendiendo principalmente al hecho que en la actualidad, los medios tecnológicos permiten a las personas estar en contacto en distintas partes del mundo.

Por su parte, el doctrinario **Castán Tobeñas** manifiesta que *“Ausencia, en sentido usual, significa falta de presencia. Es ausente el que no está en el lugar donde tiene su domicilio o donde su presencia es necesaria. Pero hay dos clases de ausencia: la del que se halla fuera de su domicilio, sabiéndose con certeza su existencia (Planiol la denomina no presencia), y la del que se halla fuera de su domicilio desconociéndose su paradero y su existencia (ausencia propiamente dicha).”*³⁶

En cuanto a la ausencia propiamente dicha, o en sentido jurídico, **Castán Tobeñas** señala que *“esta tiene, a su vez, dos modalidades (en correspondencia con la*

fecha 01 de julio de 2005. Expediente 913-2004

³⁶ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 298 a 300.

distinción entre ausentes y desaparecidos), a las que la doctrina alemana (Enneccerus) llama ausencia en sentido general y ausencia calificada. La primera es la que se da cuando la desaparición del ausente tuvo lugar en circunstancias normales y ajenas a toda idea de peligro. La segunda, cuando la desaparición ha ocurrido en circunstancias extraordinarias (desaparición en guerra, en el mar o en otro peligro).”³⁷

En ése mismo sentido, manifiesta el autor **Diego Manuel Espín Canovas** que “Se llama ausente, en sentido vulgar, al que está fuera del lugar en que tiene su domicilio o residencia. Ausencia en este sentido equivale a no presencia, pero, en sentido técnico, ausente es el que desapareció, ignorándose su paradero y dudándose de su existencia; la ausencia exige, pues, la incertidumbre absoluta sobre la existencia de un persona. Este concepto de la ausencia tiene a su vez, dos modalidades: ausencia propiamente dicha y desaparición (la doctrina alemana llama a esta última ausencia calificada y a la primera, ausencia simple); la desaparición se caracteriza por la circunstancia del peligro que la acompañó (desaparición en guerra, naufragio, incendio, etc.), circunstancia que falta en la ausencia propiamente dicha”³⁸

Coinciden los autores, **Ricardo Couto**³⁹, **Jorge Mario Magallón Ibarra**⁴⁰, **Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón**⁴¹ y **Colin y Capitant**⁴² en que (...) la ausencia tiene dos significados: uno vulgar, usual o lato, según el cual entiende por ausente aquel individuo que no está en su domicilio o en el lugar que ordinariamente debería encontrarse, pero del que se sabe el lugar en que se encuentra; otro estricto o jurídico por medio del cual se entiende aquel individuo que no se encuentra en su domicilio y cuya existencia se ha hecho incierta, por no tenerse noticias de él e ignorarse, en lo absoluto, no se sabe qué ha sido de este individuo, se ignora si vive o si ha muerto,

³⁷ *Ibid.* Pág. 300.

³⁸ Espín Canovas, Diego Manuel. *Manual de derecho civil español. Volumen I. Parte general.* Editorial Revista de Derecho Privado. Sexta Edición. Madrid, España. 1,974-1,977. Página 306 y 307.

³⁹ Couto, Ricardo. *Derecho civil. Personas.* Volumen 3. Colección Grandes Maestros del Derecho Civil. México. Editorial Jurídica Universitaria. 2,002. Página 506.

⁴⁰ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de derecho civil, tomo II, atributos de la personalidad.* México. Editorial Porrúa. 1,998. 2da Edición. Pag. 75.

⁴¹ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Instituciones de derecho civil. Volumen I/1. Introducción. Parte General. Derecho de la persona.* Madrid, España. Editorial Tecnos, S.A. 1998. Segunda Edición. Página 173.

⁴² Colin Ambrose y Henry Capitant. *Op. cit.* Pág. 286.

Esta duda nace oficialmente cuando media una declaración judicial por la que se declara en situación de ausencia a una persona. (...)

Para los autores **Planiol y Ripert** *“La palabra “ausencia” tiene, en la ciencia del Derecho, un sentido técnico distinto a su sentido ordinario. En el lenguaje corriente, ausente es quien no se encuentra en un momento dado en el lugar en que de debería estar”*⁴³

Continúan indicando **Planiol y Ripert** *“La palabra “ausente” se aproxima al sentido que se le da en Derecho: ausente es ante todo quien no se encuentra ya en su domicilio. Por ello la teoría de la ausencia se relaciona con la del domicilio, justificándose el lugar que se le atribuye. Pero a esta idea primera es preciso unir otra, para constituir la verdadera ausencia, en el sentido legal de la palabra siendo esta segunda idea la incertidumbre sobre la existencia de la persona”*⁴⁴

De las definiciones anteriores, se concluye que evidentemente existe unanimidad doctrinaria, en cuanto a que en la figura jurídica de la ausencia, se diferencian dos tipos, la ausencia, que algunos denominan “vulgar”, “corriente”, “ausencia en sentido material”, “lata”, “común” o “simple ausencia”, entre otros; y la ausencia propiamente dicha, “en sentido jurídico”, “en sentido estricto”, “verdadera ausencia”. Siendo la primera únicamente la no presencia de una persona, en un momento y en un lugar determinado, pero de la cual no se tiene duda o certeza de su existencia, lo cual, es evidentemente, la mayor diferencia entre ambos tipos de ausencia, pues la ausencia en sentido estricto, apareja indiscutiblemente una incertidumbre en cuanto a la existencia de la persona, y consecuentemente apareja consecuencias jurídicas, respecto de sus bienes, de sus derechos, de sus obligaciones.

Es importante, mencionar que la doctrina, unánimemente, ha reconocido que la ausencia propiamente dicha, o estricta, tiene dos variables, una ausencia “en condiciones normales”, y una ausencia, en “condiciones de peligro”, ausencia que doctrinariamente se conoce como “desaparición”.

⁴³ Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 271.

⁴⁴ *Loc.cit.*

1.3 Antecedentes históricos de la ausencia y muerte presunta.

Es importante comprender, que las instituciones jurídicas, tanto de la ausencia como de la muerte presunta, no fueron reguladas como tales en un inicio, sino que fue, en el transcurso del tiempo, que las distintas doctrinas, fueron sistematizando y normando, dichas instituciones, pues en concordancia con lo explicado por el autor **Sánchez Román**, citado por **Brañas**⁴⁵, así como por los autores **Colin y Capitant**⁴⁶, (...) antiguamente, no existió la necesidad de regularlos, pues las familias eran muy arraigadas a sus patrias, no se separaban tan constantemente, como en épocas más modernas, y las comunicaciones no eran tan expeditas como hoy en día. Y aunque se pudiera pensar, -con cierto grado de razón-, que hoy en día las instituciones de la ausencia y la muerte presunta, son casi obsoletas o carentes de utilidad, la verdad es que contrariamente a lo pensado, derivado de la globalización en la que se vive en la actualidad, y tomando como fundamento las doctrinas alemanas, de la “desaparición”, hoy por hoy, son inmensurables los casos de personas que desaparecen un día de su domicilio, y se desconoce su paradero, tal vez, no por el hecho de haberse ido de su domicilio pues con las comunicaciones tan avanzadas, no es muy factible que una persona desaparezca de su domicilio, sin tener comunicación con las personas que le conocen; sino más bien porque han estado en alguna situación que puede haber puesto en peligro su existencia, y que genera una incertidumbre, en cuanto a si vive o si ha fallecido, tales como las constantes guerras, o catástrofes naturales, en las que se vive actualmente. (...)

Según el autor **Magallón Ibarra**⁴⁷, determinar (...) cuando se inicia y cuando termina la personalidad jurídica de las personas, en un primer término, es fácil, basta con observar los hechos físicos naturales: el nacimiento y la muerte, sin embargo, existen casos en los que no es tan fácil determinar la finalización de la personalidad. Tal es el caso del desaparecido, que su personalidad seguirá produciendo consecuencias

⁴⁵ Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 80.

⁴⁶ Colin Ambroise y Henry Capitant. *Op. cit.* Pág. 286.

⁴⁷ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Op. cit.* Pág. 8.

jurídicas, y su patrimonio también sigue constituyendo una unidad, la cual desaparece hasta que en la sucesión se realiza la adjudicación a los herederos quienes deben responder de las obligaciones del finado y ejercitar los derechos patrimoniales que tuviera a su favor, y es hasta entonces, -después de un proceso legal de ausencia y muerte presunta- cuando se puede establecer si no plenamente, al menos convincentemente, que la personalidad de este individuo ha llegado a su fin.(...)

Es ésta realmente, la razón de ser de la institución de la ausencia y de la muerte presunta, así como el origen histórico de las mismas, pues las situaciones que derivan en la ausencia, han existido siempre, y desde épocas muy remotas, se ha hecho indispensable su sistematización y regulación.

Y en tal sentido, expresa el autor **Brañas** que *“La ausencia no fue regulada por los sistemas jurídicos de la antigüedad.”*⁴⁸

Así mismo **Federico Puig Peña**, indica que *“en el Derecho romano no existió una doctrina sistemática sobre la ausencia, sólo aisladamente se encuentran algunas disposiciones como en el ius postliminii y en algún cuerpo legal como, El Digesto. La característica del derecho romano, estriba en que no se presumía muerta a una persona mientras no se probase, y por tanto no se abría sucesión hereditaria, se entregaba los bienes a los herederos sin perjuicio de los derechos del ausente. Mientras duraba la ausencia parece aceptable la hipótesis de creer que se nombraría un curador especial: curator bonorum.”*⁴⁹

Contrariamente a la perspectiva de los autores anteriores, aunque con el mismo trasfondo, **Guillermo Cabanellas** expresa que fue en Roma en donde se encuentran los antecedentes más remotos de las instituciones de la ausencia y muerte presunta, en el sentido siguiente: *“No podía escapar en forma alguna a la perspicacia jurídica de los jurisconsultos de Roma la trascendencia que en lo público y en lo privado, en lo civil y en lo penal, significa la ausencia, que imposibilita la actuación personal y origina toda suerte de dudas acerca de la supervivencia de quien no está presente ni da noticias de*

⁴⁸ Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 80.

⁴⁹ Puig Peña, Federico. *Compendio de derecho civil español. Tomo I. Parte general.* España. Editorial Arranzadi Pamplona 1,972. Segunda Edición. Página 310.

si”⁵⁰, pues como expresa el citado autor la ausencia tenía consecuencias para el derecho público como para el derecho privado. Por lo que aunque no regulada la ausencia como tal, si se encuentra en el derecho romano, los primeros antecedentes y vestigios de la figura de la ausencia y muerte presunta.

El doctrinario **Puig Peña**, citado por **Brañas** manifiesta que *“En el siglo XVI los jurisconsultos italianos hicieron ya una construcción sistemática de la ausencia, que es la que principalmente ha inspirado las legislaciones modernas”*⁵¹

Los autores **Brañas**⁵², **Magallón Ibarra**⁵³ así como **Colin y Capitant**⁵⁴ establecen en el tiempo que (...) la primera disposición formal en materia de ausencia –y muerte presunta-, se encuentra la promulgación del Código Civil de los franceses, -denominado Código de Napoleón-, pues varias circunstancias como las cruzadas, las constantes guerras que duraron desde el año 1,792, etcétera, contribuyeron, durante la Edad Media, a que se dieran constantemente los supuestos de la ausencia, no pudiendo el sistema normativo de esas épocas continuar impasible ante una situación como la expresada, se vio en la obligación de llenar el vacío que generaba la falta de certeza respecto del ausente, de quien no se sabía si estaba vivo o había muerto. (...)

Por tal razón, establece **Magallón Ibarra**⁵⁵, que uno de los primeros antecedentes históricos de la figura de la muerte presunta, se encuentran, (...) en el artículo 25 del Código Napoleón, con evidentes antecedentes y tendencia romana, pues éste reglamentaba la muerte civil que era impuesta como pena, a los franceses que entre otras cosas llegaron a ser condenados a muerte, a trabajos forzados o a deportación. La figura de la muerte civil, posee entre la comunidad jurídica un interés histórico importante, pues además de ser un ejemplo de la excesividad que se puede contemplar en un norma jurídica, de una figura jurídica “ficticia”, tal cual la muerte presunta, pues por medio de esta, se priva de la vida civil a quien continua teniendo una existencia

⁵⁰ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopedico de Derecho Usual, Tomo I. Buenos Aires Argentina, Editorial Heliasta S.R.L.. 1,979. 12ª Edición. Página 414.

⁵¹ Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 81.

⁵² *Loc.cit.*

⁵³ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Op. cit.* Pág. 77.

⁵⁴ Colin Ambroise y Henry Capitant. *Op. cit.* Pág. 286.

⁵⁵ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Op. cit.* Pág. 13.

viviente; es este el antecedente más remoto y similar a la de la ausencia y muerte presunta, pues por medio de esta institución jurídica (ausencia y muerte presunta) se tipifica a una persona ante un supuesto, del cual no se tiene certeza absoluta, una ficción jurídica. (...)

Los autores **Planiol y Ripert**, establecen dentro de la normativa del Código de Napoleón que entre otras consecuencias derivadas de la muerte civil encontramos, “a) *La apertura de la sucesión. Como se consideraba muerto al condenado, se abría la sucesión de éste. Se le despojaba de sus bienes para atribuirlos a sus hijos Por una severidad suplementaria, se anulaba su testamento anterior aunque hubiera hecho durante su capacidad, de suerte que siempre se trataba de una sucesión ab intestato.* b) *Disolución del matrimonio. Como al condenado se le consideraba muerto, se disolvía su matrimonio; su cónyuge llegaba a ser libre; se consideraba viudo y podía contraer nupcias con otra persona. Si continuaba viviendo de hecho con el muerto civil, había concubinato y no matrimonio, y los hijos que naciesen de esta unión eran ilegítimos.* c) *pérdida de los derechos cívicos y políticos. Esta pérdida era total, aunque el artículo 25 no hablase de ella. El muerto civil no podía ser elegido, electo, candidato, funcionario, jurado, testigo, perito, etc.”*⁵⁶

Para el autor **Espín Canovas** “*Las codificaciones del pasado siglo, y entre ellas la nuestra -en relación a la legislación española-, regularon únicamente la ausencia propiamente dicha; pero a raíz de las guerras se dictaban disposiciones sobre los desaparecidos en campaña. Las codificaciones más recientes (como la alemana) ya regulan la desaparición o ausencia calificada, recogiendo la distinción entre ausente y desaparecidos.*”⁵⁷ Es de hacer notar, que el autor, Espín Canovas, hace referencia al “pasado siglo”, en referencia a los años comprendidos de 1,800 a 1,900, pues la obra citada, fue redactada en el año 1,957.

Continúa manifestando el autor **Castán Tobeñas** “*No carece en absoluto de precedentes la reglamentación de la ausencia. Aparte de los que se invocan del derecho romano y del derecho germánico e intermedio, en nuestro derecho histórico –*

⁵⁶ Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 197.

⁵⁷ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 307.

en referencia al derecho español-, se refieren a ella interesantes disposiciones del derecho aragonés, y algunas otras de las leyes de Partida, como la que admite la presunción de muerte del ausente o lejanas tierras, cuyo paradero se ignora, si han transcurrido diez años y existe fama pública de su fallecimiento, y la que ordena que se proveyese de curador al ausente cuando fuese demandado. Pero lo cierto es que una doctrina legal sistemática de la ausencia no la encontramos hasta la época de la codificación moderna.”⁵⁸

Por su parte, expresa el autor mexicano **Couto** que “solo los códigos modernos han hecho de ella – en referencia a la ausencia- una institución sujeta a principios fijos y ciertos; ni la legislación romana, ni la antigua española, se ocuparon de la ausencia en una forma jurídica y ordenada; contiene, sí, disposiciones aisladas, relativas a ciertos aspectos de la ausencia y a muy especiales relaciones jurídicas que produce; pero una exposición científica y completa de los principios que la organizan no fue hecha, sino por los legisladores que formaron el código de Napoleón, cuyas disposiciones en esta materia han pasado, con muy ligeras modificaciones, a la mayoría de los códigos actuales.”⁵⁹

Es importante hacer ver, que además del artículo 25 del código civil francés, el Código de Napoleón, de acuerdo con lo establecido por **Espín Canovas**⁶⁰ y **Castán Tobeñas**⁶¹ (...) contenía un sistema que para establecer y declarar la ausencia, que consistía en que cuanto más dura la ausencia, más aumenta la posibilidad de muerte, sin que se llegue nunca a declarar la muerte presunta, ni se distinguía entre ausencia y desaparición. (...)

A diferencia del los sistemas jurídicos fundamentados en el Código Civil Francés, **Brañas** establece que “En el derecho germánico, por el contrario, presumía de la muerte después del transcurso de un lapso relativamente breve. Parece ser, según afirma un tratadista, que en este derecho no se establecía cautela de bienes, sino que éstos se entregaban en plena potestad a los parientes más cercanos, constituyendo

⁵⁸ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 302.

⁵⁹ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 507.

⁶⁰ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 307.

⁶¹ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 303.

esta entrega un posesión especialísima que luego se consolidaba con el transcurso del tiempo.”⁶²

Continúa exponiendo **Brañas** que *“Las legislaciones modernas tienden a tomar como tipo el sistema alemán o germánico, adecuándolo a las necesidades y circunstancias de cada país, y especialmente normando la presunción de muerte resultante por una calamidad natural o siniestro y cualquier caso de accidente en que se teme fundadamente por la vida de la persona que no aparece y cuyo cadáver no fue encontrado, casos en los cuales los plazos se reducen drásticamente por razón de la evidencia que hace más probable la no existencia de la persona.*”⁶³

A este respecto, es importante hacer ver que aunado a lo establecido por Brañas, el sistema germánico se adecúa más a las situaciones actuales, que el sistema francés, pues este únicamente reguló la ausencia propiamente dicha, no contemplando en ella, las disposiciones relativas a la ausencia calificada, que como ya se indicó anteriormente, constituye la variable de ausencias, que tiene mayor probabilidad y aplicación en la actualidad, no así la simple ausencia.

1.3.1 Doctrinas fundantes de los sistemas legislativos que regulan la ausencia.

Tal y como expresa el jurista **Brañas** *“Dos grandes sistemas legislativos han surgido para regular la ausencia, y en torno a sus concepciones muévanse las legislaciones actuales, con variantes más o menos pronunciadas en relación a los plazos y a la aceptación o no aceptación de la muerte presunta del ausente, ya en los casos de ausencia propiamente dicha, ya en los casos de ausencia calificada.”*⁶⁴ Se debe señalar que la presente monografía trata aspectos puramente de Derecho Civil, sin embargo se tomarán y estudiarán los aspectos generales de derecho Procesal Civil, en especial lo referente a los plazos de declaratoria de una y de otra.

⁶² Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 81.

⁶³ *Ibid.* Pág. 83.

⁶⁴ *Ibid.* Pág. 82.

En adición a lo anteriormente expuesto, manifiesta el autor **Espín Canovas**⁶⁵ (...) En las legislaciones modernas han prevalecido dos sistemas sobre la ausencia; las legislaciones latinas toman como fundamento el código napoleónico, sin embargo en éstos últimos tiempos las más recientes reformas en los países latinos tienen gran influencia del sistema germánico. (...)

En ese mismo sentido, los autores **Espín Canovas**⁶⁶, **Brañas**⁶⁷ y **Castán Tobeñas**⁶⁸ señalan: (...) El sistema francés o sistema latino surgió con el código civil francés o Código de Napoleón, promulgado en 1,804. Este sistema, estableció un mecanismo complicado, consistente en que cuanto más dura la ausencia, más aumentan las posibilidades de muerte, aunque ésta nunca llega a declararse, y tampoco se conoce la distinción entre ausentes y desaparecidos en una circunstancia de riesgo para las personas; El referido sistema define tres períodos consistentes en: presunción de ausencia, que comienza en el momento de la desaparición o de las últimas noticias, y en el cual se limita a tomar medidas de protección a los intereses del ausente; el segundo denominado posesión provisional o ausencia declarada, que empieza a los once o a los cinco años de la desaparición, según si el ausente dejó o no apoderado, en este período organiza el patrimonio del ausente de un modo estable, concediéndose la posesión provisional; y el tercer período se denominaba posesión definitiva, que se iniciaba a los treinta años de la declaración de ausencia o a los cien desde el nacimiento del ausente, en este último período se abría la sucesión para el ausente. (...)

Es importante señalar, tal y como lo afirma **Castán Tobeñas** que *“Lo sustancial de este sistema pasó al código italiano de 1865 y al español de 1889. Las modificaciones introducidas por este último se redujeron a abreviar algo los plazos y a convertir la posesión provisional o temporal en una administración concedida a ciertas personas, y la posesión definitiva en una presunción de muerte.”*⁶⁹

⁶⁵ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 307 y 308.

⁶⁶ *Ibid.* Pág. 307.

⁶⁷ Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 82.

⁶⁸ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 303.

⁶⁹ *Loc.cit.*

Por otro lado, establecen los autores **Puig Peña**, citado por **Brañas**⁷⁰, así como **Castán Tobeñas**⁷¹ que (...) El denominado sistema alemán o germánico se encuentra contenido en el código civil alemán, promulgado en 1900. Contiene un gran avance legislativo, que ha simplificado mucho la institución de la ausencia, en el sentido que distingue dos figuras que son la simple ausencia material que básicamente consiste en la falta de presencia, en la cual se posibilita medidas provisionales mediante el nombramiento de una especie de curador de los bienes. Y por otro lado la desaparición o propiamente ausencia, que distingue la simple desaparición de la desaparición con peligro grave para la vida, que también es llamada ausencia calificada. La primera, es decir la simple desaparición el término para la declaración de muerte presunta es de diez años, la cual no puede hacerse hasta que termine el año en que el desaparecido habría cumplido treinta y un años de edad, plazo que se reduce a cinco cuando se trata de ancianos mayores de setenta años, quienes evidentemente tienen menos posibilidades de vivir, y por el otro lado, en los casos de ausencia calificada, tales como guerras, catástrofes o siniestros, reduce los plazos a tres años ya uno en caso de naufragio.

Aunado a lo anterior, acota **Castán Tobeñas** que en concordancia con el sistema implementado por el código germánico, “el código suizo autoriza la declaración de ausencia – con plenos efectos para la apertura de la sucesión- a los cinco años desde que se tuvieron las últimas noticias, o al año de la desaparición si ésta tuvo lugar en ocasión de peligro de muerte.”⁷²

Por su parte, manifiesta el autor **Espín Canovas** que “En España, el Código Civil, siguiendo la pauta del código francés, distinguió tres períodos: el que llamó la doctrina ausencia provisoria, el de ausencia declarada y el de presunción de muerte. La declaración de ausencia se hacía transcurridos dos a cinco años, según dejase o no administrador de sus bienes, desde la desaparición o últimas noticias; la presunción de muerte se declaraba a los treinta años desde dicha circunstancia o noventa del nacimiento del ausente. No existían normas especiales para los desaparecidos, por lo

⁷⁰ Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 83.

⁷¹ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 303 y 304.

⁷² *Loc. cit.*

que hubo que dictar disposiciones que regulasen las desapariciones e campaña o accidente marítimo.”⁷³

Como ha quedado establecido, en los apuntes anteriores, las legislaciones actuales toman como doctrinas fundantes las originadas por el Código de Napoleón o bien el sistema implementado por el Código Germánico.

Al primero debe reconocerse que en su momento fue un aporte de trascendental importancia, pues normó como nunca antes la institución jurídica de la ausencia, aunque dejó de lado importantes figuras, tales como la muerte presunta o la desaparición o ausencia calificada, que si fueron normadas por el Código Germánico, y que evidentemente son de mayor aplicabilidad, en los sistemas jurídicos actuales.

1.4 Naturaleza jurídica de la ausencia y de la muerte presunta.

Para dar inicio al estudio de la naturaleza jurídica de la institución jurídica de la ausencia y muerte presunta, se considera conveniente atender a la explicación proporcionada por el autor **Simón Carrejo** en cuanto a las mismas, en el sentido siguiente: *“La finalización de la personalidad está señalada por su aniquilamiento corporal y síquico; pero no siempre las circunstancias en que ocurre la muerte son tan notorias como en la generalidad de los casos. Los hay en que el deceso es necesario deducirlo del hecho de la ausencia que se ha tomado en desaparecimiento por su dilatada extensión temporal. Quiere ello decir, que la ley debe establecer una presunción o sea, inferir de hechos conocidos (ausencia de la persona que se convierte en desaparecimiento falta de noticias, vencimiento de cierto plazos, etc.) el hecho desconocido, incierto y dudoso de la muerte de ese individuo.”⁷⁴*

En cuanto a la naturaleza jurídica de la ausencia, tal y como establecen **Federico Puig Peña**⁷⁵ y **Castán Tobeñas**⁷⁶ (...) No existe unanimidad entre los doctrinarios,

⁷³ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. Página 307 y 308.

⁷⁴ Carrejo, Simón. *Op. cit.* Pág. 391.

⁷⁵ Puig Peña, Federico. *Op. cit.* Pág. 310.

⁷⁶ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 301.

respecto a la naturaleza jurídica de la ausencia, pues algunos como **Coviello y Bonnet** la conceptúan como un aspecto de la relación de la persona con un lugar del espacio o lo que es igual, el aspecto negativo de la relación con el domicilio o sede jurídica de la persona; otros como **Ruggiero, Messineo, Stolfi**, y quienes siguen la doctrina alemana la explican como un modo de extinción presuntiva de la personalidad humana; otro grupo encabezado por **Sánchez Román y Ogáyar** la consideran como una incapacidad de hecho o una circunstancia modificativa de la capacidad de obrar, por la imposibilidad en que se encuentra el ausente de ejercer personalmente los actos de la vida civil; y un último grupo encabezado por **Serrano**, quienes consideran la ausencia como un estado civil o situación jurídica especial, pues su incapacidad jurídica existe solamente mientras la incertidumbre de existencia se mantenga, pues al momento de regresar, el ausente inmediatamente continúa con su capacidad de obrar. (...)

Al respecto de la acotación anterior, manifiesta el autor **Castán Tobeñas** *“Nos parece preferible esta última conceptualización de la ausencia como situación jurídica especial. Se presta a algunos reparos su consideración como una causa restrictiva de la capacidad jurídica, pues si bien produce, mientras dura la incertidumbre de la existencia, efectos análogos a las causas limitativas de la capacidad de obrar, incluso la necesidad de establecer instituciones supletorias adecuadas, no cabe duda que el ausente puede ejercitar su capacidad en el momento que se presente. Y también puede ser objeto de objeciones, como hace notar Albaladejo, la conceptualización de la ausencia como un propio estado civil.”*⁷⁷

En el mismo sentido, continua exponiendo **Castán Tobeñas** *“Parece, sin embargo, razonable en términos generales, la apreciación de Puig Peña cuando dice que “propiamente la ausencia no es por sí sola una causa modificativa de la capacidad civil, supuesto que el ausente, donde se encuentre, puede ser plenamente capaz. Ahora, que sí es un hecho con influencia sobre la situación jurídica de la persona, supuesto que ésta no puede ejercitar de momento sus derechos. Por eso la ausencia determina un estado civil especial que provoca a su vez, la necesidad de una institución supletoria, ya que los bienes y asuntos de una persona se encuentran en estado de*

⁷⁷ *Ibid.* Pág. 301 y 302.

*abandono. Esta institución supletoria tiene por misión encargarse del cumplimiento de los deberes y ejercicio de los derechos del ausente”.*⁷⁸

A este mismo respecto, y en total concordancia con lo establecido por Puig Peña manifiesta el escritor **Naranjo Ochoa** que *“El ausente no es un incapaz; sobre él no pesa ninguna interdicción. Los actos de disposición que él llegare a realizar en el lugar de su residencia son perfectamente válidos. Debe entenderse que si él no ejerce sus derechos es porque su ausencia lo impide. De suerte que la sentencia que lo declara ausente no modifica su capacidad”*⁷⁹

Por su parte, establecen **Díez-Picazo y Gullón** *“Algún sector de la doctrina ha considerado la ausencia como una causa modificativa de la capacidad de obrar. Pero si tenemos en cuenta el artículo 188, párrafo 2º. Notaremos que el ausente tiene capacidad de obrar plena, tanto sobre los bienes que adquiriera donde se encuentre como sobre los que dejó. Solo así se explica que un contrato de venta sobre éstos sea plenamente eficaz y haya que entregárselos al comprador. La declaración de ausencia no modifica en nada la capacidad del ausente, sino que origina un régimen especial de administración de su patrimonio abandonado. No es, por ello, un estado civil.”*⁸⁰

Aclara **Alfonso de Cossío** respecto del hecho de aceptar la postura de que la ausencia es una causa modificativa de la capacidad que *“Lo paradójico de la situación consiste en que el ausente es un incapaz en el lugar de su ausencia, pero plenamente capaz en el de su presencia, quedando su patrimonio total escindido en dos partes, de las cuales la abandonada es regida por su representante, y la que llevó y tiene consigo, por él mismo, sin limitación alguna.”*⁸¹

Por su parte el autor **De Cossío** respecto de la naturaleza jurídica de la ausencia indica que *“La desaparición de una persona puede suscitar grave problemas en relación con la situación de los bienes y de las personas sobre los cuales ostentaba cualquier clase de derecho o potestad familiar, ya que por solo hecho de su desaparición no*

⁷⁸ *Loc.cit.*

⁷⁹ Naranjo Ochoa, Fabio. *Op. cit.* Pág. 191.

⁸⁰ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. Página 173 y 174.

⁸¹ De Cossío, Alfonso. *Instituciones de derecho civil, 1. Parte general. Derecho de obligaciones.* Madrid, España. Alianza Editorial, S.A., 1,975. Página 112.

puede presumirse su muerte: no se sabe si está vivo o muerto y tal circunstancia introduce una incertidumbre en todas las relaciones jurídicas de las que era sujeto, lo que obliga al legislador a adoptar determinadas medidas que habrán de mantenerse mientras dure tal situación y hasta que su muerte pueda llegar a ser declarada.”⁸²

A su vez el autor mexicano **Couto** establece *“La organización de la ausencia, responde a una verdadera necesidad social; nada más exacto que esto: cuando un individuo se aleja de su domicilio, sin decir en donde se encuentra y transcurre bastante tiempo, sin tenerse noticias suyas, nace la duda de si vive o ha muerto: no se puede afirmar lo primero, porque no es lógico pensar que si viviera habría dejado pasar tanto tiempo sin atender a sus bienes; pero tampoco se puede afirmar lo segundo, porque no se tiene la certeza de la muerte; dada esta incertidumbre la existencia del ausente, sus relaciones jurídicas no deben regirse, ni por los principios que se aplican a los hombres, cuya vida es un hecho real y positivo, ni por los que reconocen su razón de ser en la muerte comprobada del individuo, pues tales principios están basados en hechos ciertos, y lo que caracteriza a la ausencia es precisamente la incertidumbre: el ausente tiene un estado espacial que no es, ni la vida, ni la muerte; ahora bien, este estado especial debe estar regido por principios también especiales.”⁸³* Situación que como puede apreciarse, es concordante –aunque por distintas causas- con la manifestada por Castán Tobeñas y Puig Peña. Es decir, que la naturaleza de la ausencia es una situación especial, que requiere principios especiales.

Una vez establecido, que la situación de la ausencia, ha tenido considerable número de acepciones en cuanto a su naturaleza jurídica, y que al igual que los autores Castán Tobeñas, Puig Peña, Ricardo Couto y Serrano, se considera que la adecuación más apropiada para la naturaleza jurídica de esta institución jurídica tan especial, es la de un estado civil o situación jurídica especial, pues la incapacidad jurídica del ausente existe solamente mientras la incertidumbre de existencia se mantenga; es importante establecer lo que manifiesta **Couto** en cuanto a la ausencia y en cuanto a que *“Tres géneros de intereses reclaman la atención del legislador en la situación dudosa que*

⁸² *Ibid.* Pág. 110.

⁸³ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 507.

*crea la ausencia: el interés del ausente, cuyo patrimonio es preciso conservar para que, si regresa, disfrute de él; el interés de los terceros, y muy principalmente, de los herederos del ausente, en cuyo favor debe buscarse también la conservación de los bienes, ya que, de resultar comprobada la muerte, o de no volverse a presentar el ausente a su domicilio, ellos vendrán a ser los legítimos propietarios, y el interés de la sociedad, que exige que la riqueza no se pierda por falta de cuidado y que el curso normal de la transmisión de la propiedad no permanezca indefinidamente interrumpido.*⁸⁴

Por otro lado la autora guatemalteca **Beltranena Valladares** considera que “*La importancia de la institución de la ausencia, es fundamentalmente de tipo económico, aunque también tiene repercusiones familiares y sociales. Cuando una persona está en el caso que señala el artículo 42 del Código Civil, infine (que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora), el hecho de que tenga bienes que necesiten o requieran administración determina la facultad de promover la declaración judicial de ausencia.*”⁸⁵

A ese mismo respecto, continúa señalando **Beltranena Valladares**⁸⁶ en análisis del artículo 47 del CCG, que (...) la filosofía de la institución jurídica de la ausencia es: evitar perjuicios al ausente en sus bienes e intereses; amparar derechos de las personas relacionadas con el ausente; y favorecer a la comunidad, dentro de un señalado interés social; pues a esta le interesa que el patrimonio del ausente no sean abandonados, ni a disposición de detentadores ilegítimos, sino bajo la administración de personas idóneas, capacitadas legalmente para su correcta explotación y cuidado. (...)

En conclusión, y tomando en cuenta todos los criterios doctrinarios y legales anteriormente citados se puede afirmar que la institución jurídica de la ausencia tiene una naturaleza jurídica para el ausente, de naturaleza especial, pues no puede ser encuadrado en una situación jurídica *per-se* pues esta genera en el ausente una

⁸⁴ *Loc.cit.*

⁸⁵ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 81.

⁸⁶ *Loc.cit.*

situación caracterizada por la incertidumbre que imposibilita encuadrarlo en una figura jurídica preestablecida, y por el contrario, es importante considerar que por la misma característica de incertidumbre, la ausencia es un estado civil o situación jurídica especial, que requiere un tratamiento, principios y legislación especial.

Del mismo modo, es necesario resaltar que la institución jurídica de la ausencia, desde un concepto muy amplio, busca tres tipos de intereses, que la hacen igualmente especial, siendo estos Interés del ausente, Interés de terceras personas, incluyendo en estos a familiares, acreedores, y especialmente eventuales herederos; y por último interés de la colectividad o del interés común, que busca que todos los bienes del ausente sean administrados por personas capaces y no por detentadores ilegítimos.

1.5 Etapas y elementos de la ausencia.

Al analizar la institución jurídica de la ausencia es importante comprender que sustantivamente esta institución ha sido desarrollada a través de sistemas que buscan como objetivo último la de declarar la muerte presunta de una persona, con el objeto final de abrir la sucesión, sin embargo también es necesario señalar que cada una de las etapas que conforman la ausencia, tienen sus propios efectos y en este sentido es importante la acotación del autor **Magallón Ibarra**, en referencia al derecho mexicano, indicando que las personas ausentes, -que como ya se ha dicho anteriormente se encuentran en una situación especial por no poderse afirmar que estén vivas o que hayan fallecido-, *“a aquellas personas que no puede afirmarse con certeza si han fallecido o si continúan vivas, porque han desaparecido, nuestro sistema positivo – haciendo referencia al derecho mexicano- desarrolla en forma gradual un procedimiento que declara la ausencia y posteriormente la muerte en forma presuntiva”*⁸⁷

De lo anteriormente indicado, se debe establecer que la institución jurídica de la ausencia, tiene algunos presupuestos o condicionantes que deben ser resaltados, con el objeto de que nazca a la vida jurídica y de configurar la figura de la ausencia, pues no cualquier caso encuadra en la referida institución jurídica.

⁸⁷ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Op. cit.* Pág. 12.

1.5.1 Presupuestos de la ausencia.

Según **Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez**⁸⁸, así como **Couto**⁸⁹, (...) para que pueda considerarse a una persona ausente se requiere esencialmente que ésta no se encuentre en su domicilio prolongadamente ni que haya dejado representante legal; que se ignore su paradero; y, especialmente que exista incertidumbre sobre su existencia, es decir, si vive o si ha muerto. (...)

A la explicación previamente señalada, el autor **Castán Tobeñas**⁹⁰ agrega que (...) tal y como establece Puig Peña la falta de noticias no puede entenderse como la mera falta de noticias, sino que debe mediar un lapso prudencial de tiempo sin haber obtenido noticias del ausente; que debe mediar instancia de parte interesada o del Ministerio fiscal; y, que exista una necesidad perentoria, pues únicamente se pueden tomar medias para finalidades concretas y de carácter urgente. (...)

Por su parte el autor **Díez-Picazo y Gullón**, en referencia al derecho español indica que *“El Código civil contempla en el artículo 181 el supuesto de que una persona “desaparezca de su domicilio o del lugar de su última residencia sin haberse tenido en ella más noticias”. Autoriza entonces al juez, a instancia de cualquier persona interesada o del Ministerio Fiscal, para nombrar un defensor”*⁹¹

Para los autores **Planiol y Ripert**⁹² (...) Es conveniente distinguir los verdaderos ausentes (aquellos cuya existencia es incierta) de otras dos categorías de personas.

1. Los ausentes en el sentido vulgar de la palabra, sobre cuya existencia no se tiene ninguna duda, aunque se hallen lejos de su domicilio. Se acostumbra a designar estos últimos con la expresión no presentes...
2. Las personas desaparecidas, cuya muerte es cierta. La ausencia es la incertidumbre de vida o de muerte, debida a la falta de noticias. En ciertas hipótesis, hay

⁸⁸ Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalia Buenrostro Báez. *Op. cit.* Pág. 197.

⁸⁹ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 508.

⁹⁰ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 310 y 311.

⁹¹ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 174 y 175.

⁹² Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 272.

certidumbre sobre la defunción, aunque no se encuentre el cadáver. Fácil es hacer esta distinción examinando las circunstancias que inclinan a creer en la muerte. En la ausencia propiamente dicha, una sola cosa hace suponer la defunción, a falta prolongada de noticias; pero la persona ausente no se ha encontrado expuesta a un peligro de muerte conocido directamente.

3. Por el contrario en el caso de la desaparición, acompañada de la certidumbre de defunción, se conoce el accidente particular que causado la muerte; se ha visto a la persona en ese momento mismo, o por lo menos, se sabe de una manera positiva que se encontraba en el lugar donde acaeció el accidente, (...)

En ese mismo sentido establece **Albaladejo** “dentro de la ausencia, se subdistingue así:

1.º *Persona simplemente desaparecida, con falta de noticias. Caso en el que, sin más requisitos y sin necesidad de que transcurra un tiempo determinado, se puede nombrar un defensor del desaparecido, si hay asunto de éste que no admita demora sin perjuicio grave.*

2.º *Persona cuya ausencia (en sentido estricto, dentro de la ausencia en sentido técnico, pero amplio) puede ser declarada judicialmente, lo que ocurre al transcurrir cierto tiempo de desaparición con falta de noticias (sin necesidad de haber nombrado previamente un defensor al desaparecido).*

3.º *Persona de la que se puede declarar el fallecimiento; cosa posible si la desaparición con falta de noticias se prolonga cierto tiempo y tuvo lugar en circunstancias de peligro para la vida, o si alcanza una duración particularmente larga. No siendo preciso que aquella declaración haya sido precedida de la de ausencia.”⁹³*

Por su parte **Couto** establece “En el primer caso –en referencia a la definición vulgar de ausencia-, la ley no se preocupa del ausente; siendo una persona cierta, a él sólo corresponde cuidar de sus intereses; si no lo hace, y por tal motivo, se pierden, culpa es suya, pues en sus manos ha estado evitar la pérdida... No es lo mismo en el segundo caso –en referencia a la acepción jurídica de ausencia-: del ausente no se

⁹³ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 54.

tienen noticias: tal vez haya muerto; tal vez causas insuperables le impidan atender sus bienes; la intervención de la ley, entonces, está justificada pues no se trata ya de un persona que, por deliberada intención o por negligencia, ha abandonado sus bienes, sino de quien está incapacitado para atenderlos por sí mismo; ahora bien, sabemos que es una función del Estado velar por la persona e intereses de los incapaces.”⁹⁴

Así mismo **Oscar E. Ochoa G.** indica que “*La no presencia es la situación de aquella persona que no se puede encontrar en el lugar normal de su domicilio o residencia, sin que haya incertidumbre acerca de su existencia. Consiste en el hecho de no estar presente allí donde se considera o se supone usualmente se encuentra (su domicilio, su casa de habitación o residencia, su lugar habitual de trabajo, etc.). Este sólo hecho no crea ninguna duda sobre la existencia del no presente, a menos que exista cualquier circunstancia que pueda dar lugar a imaginarse lo peor: así la no presencia se diferencia de la desaparición (que supone la muerte) y de la ausencia (que deja en vilo una duda)”⁹⁵*

1.5.2 Etapas de ausencia.

La mayoría de autores, coinciden en que la ausencia se desenvuelve en el transcurso de tres etapas, las cuales, atendiendo a las distintas legislaciones, pueden recibir distintas denominaciones y cada cual tiene distintos plazos para cada legislación, -las cuales serán analizadas en el apartado específico de la presente tesis-, y en este sentido, manifiestan entre muchos otros, los autores **De Cossío**⁹⁶, **Díez-Picazo y Gullón**⁹⁷, **Rafael de Pina** citado por **De los Santos Morales**⁹⁸, **Baqueiro Rojas** y

⁹⁴ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 506 y 507.

⁹⁵ Ochoa G., Oscar E. *Derecho civil I; personas. Volumen I.* Caracas, Venezuela, Universidad Católica Andres Bello, 2006. Disponible en, http://books.google.com.gt/books?id=VVaY4mTjfwC&printsec=frontcover&dq=oscar+e.+ochoa&hl=es&sa=X&ei=pAv_UeqOFYfk8gTM9YDQAg&ved=0CC4Q6AEwAA#v=onepage&q=oscar%20e.%20ochoa&f=false, fecha de consulta 04 de agosto 2013.

⁹⁶ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 110.

⁹⁷ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 174.

⁹⁸ De los Santos Morales, Adriana. *Op. cit.* Pág. 32 y 33.

Buenrostro Báez⁹⁹, **Couto**¹⁰⁰, y **Colin y Capitant**¹⁰¹ (...) La situación de incertidumbre generada, por el hecho de la ausencia, se desenvuelve en el transcurso del tiempo en tres fases sucesivas, las cuales tienen su fundamento en atención a la duración de la ausencia, así, mientras más dure la ausencia, más remota es la posibilidad de que el ausente continúe con vida, y atendiendo a esa esperanza de vida, se toman medidas de la manera siguiente:

Primera fase: denominada ausencia provisoria, presunción de ausencia o de medidas provisionales, la cual se constituye para evitar daños a su patrimonio, buscando atender los problemas más urgentes que puedan suscitarse. En esta fase no hay duda alguna sobre su vida.

Segunda fase: denominada ausencia declarada, en la cual se constituye un organismo de gestión y representación para el ausente. En esta fase se abre la posibilidad de considerar dudosa la existencia del ausente, pues se equilibran las presunciones, tanto de vida como de muerte.

Tercera fase: declaración de fallecimiento. Determina la entrega de posibles bienes a los herederos. Aunque cabe señalar, que no todas las legislaciones contemplan la fase de la declaración de fallecimiento, sino más bien de posesión definitiva, pues nunca llega a contemplarse a ciencia cierta si el ausente ha fallecido o continúa con vida, aunque el tiempo que ha transcurrido haga presumir lo primero. (...)

Es muy importante hacer notar que tal y como establecen los autores **Díez-Picazo y Gullón**¹⁰² así como **Castán Tobeñas**¹⁰³ (...) estas tres etapas son independientes, y una no son prerequisite una de la otra, es decir, para pedir la declaración de fallecimiento, no es necesario una declaración de ausencia legal. (...)

El autor **Antonio Vodanovic H.** señala que *“El principal objeto de la declaración de muerte presunta es el de determinar la suerte de los bienes del desaparecido. Desde este punto de vista el desaparecimiento se divide en tres períodos: 1° el de la mera*

⁹⁹ Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalia Buenrostro Báez. *Op. cit.* Pág. 198.

¹⁰⁰ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 508.

¹⁰¹ Colin Ambroise y Henry Capitant. *Op. cit.* Pág. 288.

¹⁰² Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 173.

¹⁰³ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 307.

*ausencia, en el cual se expide la declaración de presunción de muerte; 2° el de la posesión provisoria de los bienes del desaparecido, y 3° el de la posesión definitiva de ellos. La posibilidad de muerte del desaparecido se acentúa de un período a otro.”*¹⁰⁴

Por su parte, el autor **Castán Tobeñas**¹⁰⁵, indica que (...) anteriormente el Código Civil español distinguía tres períodos, denominados ausencia provisional o presunta, el cual se regulaba ante el epígrafe de medidas provisionales en caso de ausencia; el período de ausencia declarada; y el de presunción de muerte, pero que derivado de las constantes reformas del derecho civil español, las fases antes indicadas fueron sustituidas por dos únicas fases o situaciones, La declaración de ausencia y la declaración de fallecimiento (ya no presunción de muerte). Las medidas provisionales en caso de desaparición aún subsisten, pero ya no son consideradas una fase o período necesario, limitándose a lo más indispensable. (...)

Cabe señalar que cada país regula los períodos y etapas de la ausencia de manera particular, por lo que en la presente monografía no se analizarán los procedimientos judiciales de cada país, sino al final del presente trabajo, se encontrarán cuadros de cotejo que servirán como guía referencia, respecto de los distintos procesos a seguir en cada país.

Algunas legislaciones, no regulan expresamente las tres fases previamente señaladas, y que serán desarrolladas a continuación, sino que regulan etapas denominadas de posesión provisional y de posesión definitiva, dependiendo en gran parte, a la doctrina fundante de la legislación de cada país.

En conclusión, se puede afirmar, que la mayoría de doctrinarios, y de legislaciones reconoce la existencia de tres fases o períodos que pueden ser llamados de manera distinta, pero que todos fueron regulados, de acuerdo a las posibilidades de vida o de muerte del ausente, y a las necesidades que se tienen sobre los bienes, derechos y obligaciones del ausente.

¹⁰⁴ Vodanovic H. Antonio. *Manual de derecho civil, Partes Preliminar y General*. Chile. Editorial Jurídica Conosur Ltda. 2,001. Segunda edición. Pág. 211.

¹⁰⁵ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 305.

1.5.2.1 Ausencia presunta o de hecho.

Tal y como establece **Espín Canovas** *“Existe la ausencia de hecho –o ausencia presunta- cuando desaparece una persona, ignorándose su paradero y existencia, sin que haya todavía incertidumbre sobre su existencia por el escaso tiempo transcurrido o por otras circunstancias.”*¹⁰⁶ Agregan a la anterior definición los autores **Colin y Capitant**¹⁰⁷ y **Couto**¹⁰⁸ que (...) en este periodo la ley se preocupa únicamente del interés del ausente, cuyos bienes pone, primero, bajo la guarda de un depositario, y después, bajo la de un representante, a quien confiere iguales facultades a los tutores, pues basta con ésta administración de los bienes, en virtud que aún no existe incertidumbre sobre la existencia del ausente, que es *que es lo que caracteriza propiamente a la ausencia.* (...)

Para los autores **Abelenda**¹⁰⁹, **Naranjo Ochoa**¹¹⁰, **Espín Canovas**¹¹¹ y **Couto**¹¹² se produce la simple ausencia, (...) cuando se conjugan los siguientes elementos: Que una persona desaparezca de su domicilio y no se tenga noticias de ella. Que existan bienes que le pertenezcan y que necesiten cuidado; y adicionalmente no haya dejado mandatario o representante, o este no tuviere suficientes facultades, en cuyo caso de acuerdo a una declaración judicial, se procederá al nombramiento de un curador de bienes. (...)

Por su parte **Guillermo A. Borda** señala que *“para declarar el fallecimiento presunto la ley exige el transcurso de cierto término, que varía según los casos. Pero desde el momento que una persona ha desaparecido del centro de sus actividades y aunque no haya transcurrido un tiempo tan prolongado como para hacer lógica la presunción de fallecimiento, existe ya interés en adoptar algunas medidas en protección de sus intereses. En efecto, esa persona puede haber dejado bienes, que es necesario*

¹⁰⁶ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 309.

¹⁰⁷ Colin Ambroise y Henry Capitant. *Op. cit.* Pág. 288.

¹⁰⁸ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 508.

¹⁰⁹ Abelenda, César Augusto. *Op. cit.* Pág. 375.

¹¹⁰ Naranjo Ochoa, Fabio. *Op. cit.* Pág. 191.

¹¹¹ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 309.

¹¹² Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 511.

conservar y que o podrían quedar abandonados sin grave perjuicio personal y aun social.”¹¹³

Es importante señalar, que dependiendo de las legislaciones de cada país, los plazos para declarar el inicio y finalización de esta etapa pueden variar, así para algunos autores, se considera ausencia presunta, desde el momento de su desaparición o desde que se tuvieron las últimas noticias, y otros autores, consideran que es necesario el transcurso de algún lapso de tiempo, para que se pueda considerar a una persona ausente presunta.

Contrariamente, a los autores previamente citados, existe una doctrina encabezada por **Castán Tobeñas**¹¹⁴, quienes afirman que (...) este período de ausencia presunta o de hecho, no es más que una situación provisional, en la que se toman medidas meramente preventivas, y de ninguna manera de un período o fase de la ausencia propiamente dicha y en sentido legal. (...)

En tal sentido, **Cossio**, citado por **Castán Tobeñas** asevera que: *“la ausencia presunta se caracteriza en la reglamentación vigente únicamente por abrir un paréntesis provisional en las relaciones jurídicas, habiendo de resolverse en su día sobre ella de una manera más o menos definitiva, según el ausente reaparezca o no en su sede abandonada. Rige entre tanto una presunción de vida, si bien extraordinariamente limitada. Ignórese si el que abandonó sus bienes y su sede regresará a ella; y en esta duda e incertidumbre, el código autoriza, para evitar las perjudiciales consecuencias de dicho abandono, la adopción de medidas puramente preventivas...”*¹¹⁵

¹¹³ A. Borda, Guillermo. Tratado de derecho civil, parte general, tomo I. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeldo-Perrot. 1999. Página 243. Disponible en. <https://rapidshare.com/desktop/download/924p6/82375135/dHJhdGFkb19kZV9kZXJlY2hvX2NpdmlsXy1fcGFydGVfZ2VuZXJhbF8tX3RvbW9fSV8tX1REQy1QRy1USS5yYXI=/2175/0/0/0/8F9961D337F29704C1469345699C5C32/referer-6B546FD723175287758635D6C9B053E4>, fecha de consulta 24 de noviembre 2013.

¹¹⁴ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 310.

¹¹⁵ *Loc.cit.*

Respecto de los efectos que la ausencia presunta o de hecho acarrea, manifiesta **Espín Canovas** *“Durante el período de ausencia de hecho se provee ya a la defensa del patrimonio del ausente y se producen determinados efectos de orden familiar.”*¹¹⁶

Por su parte, los autores **Planiol y Ripert**¹¹⁷ consideran que (...) la ausencia, sólo produce efectos después de haber sido objeto de una resolución judicial, pues el estado de ausente puede existir por mucho tiempo, pero solo llega a ser un estado de derecho que acarree consecuencias jurídicas hasta el momento que se dicta una sentencia en un juicio de declaración de ausencia. Antes de esta época, la persona de quien no se tienen noticias no se considera ausente, sino únicamente se presume su ausencia.

Sin embargo, hacen la aclaración los autores, **Planiol y Ripert** que *“En principio, los efectos de la ausencia se producen únicamente después de su comprobación oficial por la autoridad judicial. Estando entonces legalmente comprobada la ausencia, se realizan sus efectos y no antes. Sin embargo este principio sufre excepciones. Algunos efectos de la ausencia se producen antes de todos juicio desde la época de la desaparición o de las últimas noticias que se tengan del ausente.”*¹¹⁸

Se puede concluir entonces, que aunque las doctrinas divergen, en cuanto a la denominación y en cuanto a su conceptualización, en el sentido de determinar si la ausencia presunta constituye o no una etapa o período dentro de la declaración de ausencia propiamente dicha, todos coinciden en que ésta etapa tiene como fin último el de la protección de los bienes que el presunto ausente haya dejado, y que requieran cuidado, pues por alguna razón no se tiene noticias del ausente, ni tampoco existe un mandatario con facultades suficientes, para hacerse cargo de éstos bienes, sin embargo, por no haber sido tan prolongado el tiempo de la ausencia, no se puede dudar de la existencia del ausente, es decir, no existe incertidumbre en cuanto a su existencia, siendo este el elemento indispensable en la declaración de ausencia, por tal razón es indispensable que se nombre a un curador de bienes o a un administrador, que se haga cargo exclusivamente del cuidado de éstos bienes, en cuanto se diligencia

¹¹⁶ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 309.

¹¹⁷ Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 273-274.

¹¹⁸ *Ibid.* Pág. 274.

la siguiente fase de la ausencia, denominada ausencia legal. No obstante lo anterior, es importante señalar que todos los doctrinarios, coinciden en que la ausencia presunta si apareja algunos efectos de carácter familiar y patrimonial, tal y como se expondrá a continuación.

1.5.2.1.1 Efectos familiares.

Para los autores **Espín Canovas**¹¹⁹, **Castán Tobeñas**¹²⁰, **Albaladejo**¹²¹ así como para **Planiol y Ripert**¹²² los principales efectos de carácter familiar que se producen en la ausencia presunta o de hecho son: (...) a) El hecho que recae en la mujer la administración de los bienes del ausente; b) si el desaparecido tuviere hijos menores de edad, la patria potestad recaerá preferentemente en el padre presente, a no ser que el juzgador aprecie razones graves para no acceder a dicha solicitud; c) si el desaparecido fuese viudo y tuviese hijos menores se deberá nombrar un tutor provisional, cargo que cesará al declararse la ausencia.

Los autores **Colin y Capitant** agregan a lo expresado anteriormente que *“Si hay hijos menores nacidos del matrimonio, la ausencia de uno de los esposos tampoco abre la tutela.”*¹²³

Por otro lado los autores **Díez-Picazo y Gullón**¹²⁴ así como **Castán Tobeñas**¹²⁵ coinciden en señalar que (...) respecto al funcionamiento de la sociedad de gananciales, el cónyuge presente habrá de solicitar al juzgado licencia para todos aquellos actos que sea precisa la autorización material, tales como administración, gestión y disposición. (...)

Por su parte, los autores **Colin y Capitant** indican, en términos muy generales que *“La ausencia no disuelve el matrimonio; éste subsiste cualquiera que sea el tiempo*

¹¹⁹ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 312.

¹²⁰ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 313.

¹²¹ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 57.

¹²² Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 274.

¹²³ Colin Ambroise y Henry Capitant. *Op. cit.* Pág. 287.

¹²⁴ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 175.

¹²⁵ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 313 y 314.

*transcurrido desde la desaparición del ausente. El cónyuge presente no puede contraer nuevo matrimonio hasta en tanto se pruebe la defunción de su cónyuge.*¹²⁶ Este tema, se desarrolla superficialmente en el presente capítulo, para esclarecer la postura de los referidos autores, pues de acuerdo a la doctrina seguida por ellos, en ninguna fase de la ausencia, es factible que el cónyuge presente contraiga nuevas nupcias, pues indudablemente, ellos comparten el criterio del sistema francés, en el cual nunca llega a declararse el fallecimiento de una persona, pues nunca se comprueba a ciencia cierta su defunción. De tal cuenta para los referidos autores, en cualquier momento podría aparecer el ausente, y en ese caso el cónyuge presente que contrajo nuevo matrimonio, estaría ante una eventual bigamia. Por lo que en conclusión, para estos autores, un efecto de la ausencia, en cualquiera de sus etapas, es que el cónyuge presente no podrá contraer nuevas nupcias, en tanto no se demuestre el fallecimiento del ausente.

1.5.2.1.2 Efectos patrimoniales.

Muchos autores, afirman, que la ausencia presunta o de hecho, no apareja más efectos patrimoniales que la toma de medidas provisionales para la administración de los bienes dejados por el presunto ausente, sin embargo otros muchos, consideran la existencia de efectos patrimoniales ocasionados por la ausencia y que dentro de éstos se encuentran las medidas provisionales que se toman para el resguardo de los bienes indicados.

En tal sentido manifiesta **Castán Tobeñas** que *“La desaparición del ausente no afecta a la titularidad de su patrimonio. El ausente sigue siendo el titular del mismo, no sólo en este período provisional, sino también en el de ausencia declarada. Lo que pasa es que el conjunto de bienes dejados por el ausente, y que constituían el objeto actual de su patrimonio en el momento de la desaparición, queda sujeto a determinadas medidas de administración, y conservación y tutela que la ley establece en beneficio, no sólo del propio ausente –cuya vida se presume hasta el momento en que se le suponga*

¹²⁶ Colin Ambroise y Henry Capitant. *Op. cit.* Pág. 287.

*fallecido por la declaración de fallecimiento-, sino también de sus posibles sucesores.*¹²⁷

Expresan los autores **Albaladejo**¹²⁸ así como **Espín Canovas**¹²⁹ (...) para que pueda el juez pueda proveer defensa provisoria del patrimonio del ausente, se requiere: a) que exista necesidad perentoria por parte del ausente de comparecer en juicio o de interesarle negocios que no admitan demora sin grave perjuicio; y, b) que exista instancia de parte interesada o Ministerio Fiscal. Posteriormente el juez podrá adoptar las medias siguientes: 1. Nombrar un defensor judicial al ausente; 2. Tomar medidas necesaria para la conservación del patrimonio del desaparecido. (...)

Como se puede ver en la definición anterior, y en concordancia con las anteriores definiciones, manifiesta **Castán Tobeñas**¹³⁰ que (...) dos son los efectos patrimoniales señalados; el nombramiento de un defensor judicial y la toma de medidas necesarias para la conservación de patrimonio del desaparecido. (...)

A diferencia de los autores citados, para **Díez-Picazo y Gullón** “*Los efectos de esta situación se sustancian en el nombramiento de un defensor del desaparecido...*”¹³¹ Se aprecia, en la anterior postura, que no se reconoce la toma de medidas provisionales, como un efecto patrimonial propiamente dicho.

En el mismo sentido, que el anterior autor, para los profesores **Planiol y Ripert** agregan que los efectos patrimoniales, producidos por ésta etapa, se sintetizan en: “1) *La imposibilidad de comprender al ausente en la partición de una sucesión de la que sea heredero, pero que se abre después de su desaparición. Para tomar parte en una sucesión se requiere existir en el momento de su apertura. Ahora bien, no puede rendirse esta prueba a nombre del presunto ausente, puesto que por hipótesis, su existencia es incierta; y, 2) La posibilidad de tomar, con relación a sus bienes, medidas*

¹²⁷ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 314.

¹²⁸ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 56.

¹²⁹ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 309.

¹³⁰ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 311 y 312.

¹³¹ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 175.

*provisionales de protección. Esta segunda anticipación de los efectos del juicio se justifica por razones de urgencia. (...)*¹³²

Al analizar puntualmente, cada uno de los efectos patrimoniales recién indicados se debe analizar lo establecido por **Espín Canovas**¹³³ y **Castán Tobeñas**¹³⁴ en el sentido siguiente: (...) El defensor del ausente tiene un carácter limitado, para amparar y representar al desaparecido ya que dicha representación es únicamente para los asuntos judiciales o extrajudiciales que no admitan demora sin perjuicio grave, es decir un asunto o asuntos determinados, y por ningún motivo en forma general, además que esta actuación es siempre sometida a control judicial, tanto para la previa autorización como para la posterior aprobación. (...)

Adicionalmente, el autor **Espín Canovas**¹³⁵ indica que (...) independientemente que se haya nombrado un defensor al ausente, una vez se haya solicitado la declaración de ausencia y en tanto se acuerda la separación de bienes, se transfiere a la mujer la administración de los bienes del matrimonio, aunque ésta necesita autorización judicial para los actos dispositivos de los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles. (...)

Por otro lado señala **Serrano** citado por **Castán Tobeñas** que en cuanto a la adopción de providencias necesarias para la conservación del patrimonio del desaparecido *“No es posible pensar en todas las medidas que el Juez puede adoptar para la conservación del patrimonio del ausente”*¹³⁶ pues como ya se ha indicado, es una actividad discrecional del juez, en la cual atendiendo a su prudente raciocinio deberá decretar las medidas que él considere oportunas.

Se puede sintetizar que los efectos patrimoniales de la ausencia presunta o de hecho, consisten en que el patrimonio del desaparecido no se afecta en este momento, ni en el de la declaración de ausencia, sino más bien únicamente se toman dos posturas con el objeto de proteger los intereses inmediatos y urgentes del ausente, y

¹³² Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 273-274.

¹³³ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 309.

¹³⁴ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 311 y 312.

¹³⁵ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 312.

¹³⁶ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 311 y 312.

éstos son el nombramiento de un defensor judicial o extrajudicial, con un carácter especialísimo, pues se nombra para una actividad o actividades puntuales y previamente determinadas y nada más. Así como la adopción de medidas necesarias para la protección de bienes que aparezcan razones de urgencia.

1.5.2.1.3 Medidas provisionales

Dentro de los efectos patrimoniales de la presunción de ausencia, muchos autores consideran que las medidas provisionales constituyen el efecto más importante dentro de la misma, y es que, las medidas provisionales, constituyen el aspecto total de la presunción de ausencia, pues son éstas la principal razón de ser de la ésta etapa dentro de la declaración de ausencia.

Exponen los autores **Díez-Picazo y Gullón**¹³⁷, **De Cossío**¹³⁸ así como **Planiol y Ripert**¹³⁹ que (...) el objeto de las medidas provisionales tomadas durante el período de la ausencia presunta o de hecho, deberán consistir en el nombramiento de un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en negocios que no admitan demora sin perjuicio grave, así como en adoptar las providencias necesarias para la conservación del patrimonio del presunto ausente. (...)

Respecto de tales medidas, manifiestan **Albaladejo**¹⁴⁰ así como **De Cossío**¹⁴¹ que (...) se trata únicamente de adoptar las medidas más imprescindibles para que el patrimonio del desaparecido no experimente daño por su abandono, medidas que se justifican tanto por su interés como por el de sus presuntos herederos, y que son por tanto innecesarias cuando existe una persona a quien éste haya confiado voluntariamente tal misión antes de ausentarse. (...)

¹³⁷ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 175.

¹³⁸ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 110 y 111.

¹³⁹ Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 275.

¹⁴⁰ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 54.

¹⁴¹ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 111.

Por su parte el autor **Couto** señala que “tres son las medidas que, deben tomarse, al desaparecer la persona: nombramiento de depositario, aseguramiento de sus bienes y publicación de edictos.”¹⁴²

Respecto del nombramiento del depositario, **Couto**¹⁴³ y **De Cossío**¹⁴⁴ aseveran que (...) Cuando recién desaparece un individuo, no existen motivos para pensar que su alejamiento corresponda a causas anormales, y por tal razón se debe procurar que la lesión de los derechos del ausente, en caso que no sea un verdadero ausente, sea la menor posible, por tal razón es que al presunto ausente, no se le nombra un representante legal, pues éste podría contraer obligaciones en nombre del presunto ausente, y por tal razón la mayoría de legislaciones han limitado sus acciones a poner los bienes bajo la guarda de un depositario, con facultades limitadas, especialmente de conservación de bienes, y otros de carácter urgente, y de ninguna manera las facultades que puedan corresponder a un administrador ordinario. En todos los demás actos, el defensor deberá ser considerado un mero gestor de negocios, del cual todos los actos realizados deberán ser ratificados por el desaparecido o sus herederos (...)

Cuando el presunto ausente ha dejado apoderado o mandatario con facultades suficientes, no es lógico pensar en la adopción de medidas provisionales, en el nombramiento de un defensor de bienes y mucho menos en una declaración de ausencia, pues si el desaparecido, ha previsto dejar un mandatario, es porque con hecho pensado, abandonaría su domicilio, temporal o permanentemente, pero que en la mayoría de casos no existe incertidumbre en cuanto a su existencia. Sin embargo, tal y como establecen **De Cossío**¹⁴⁵ así como **Díez-Picazo y Gullón**¹⁴⁶ (...) se debe considerar la hipótesis en que el apoderado ha cesado en sus funciones, ya sea por muerte, por finalización del plazo del mandato, o porque no tenga facultades suficientes, para el juicio o negocio que no admita demora, pues en éstos casos no se podrá impedir la adopción de medidas provisionales, y sí será procedente el nombramiento de un defensor. (...)

¹⁴² Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 513.

¹⁴³ *Loc.cit.*

¹⁴⁴ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 110.

¹⁴⁵ *Ibid.* Pág. 111.

¹⁴⁶ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 175.

A este mismo respecto establece **De Cossío** que *“La designación del defensor habrá de recaer en el cónyuge presente, no separado legalmente y mayor de edad, y, a falta de éste, en el pariente más próximo dentro del cuarto grado, y entendemos que de mayor edad, dentro de cada grado y a falta de todos ellos, en una persona solvente y de buenos antecedentes, elegida por el Juez previa audiencia del Ministerio Fiscal.”*¹⁴⁷

Vale la pena señalar, que tal y como se estudiará en el apartado respectivo, no todas las legislaciones designan cual será el orden de las personas, sobre las que deberá recaer la designación de defensor. Sin embargo, se hace interesante la postura de la legislación española, señalada por De Cossío, pues esta distingue y organiza los supuestos del orden de las personas que han de constituirse en defensores del ausente.

Por otro lado es una cuestión muy debatida en la doctrina, quienes pueden solicitar las medidas provisionales al juez, pues siguiendo a autores como **Díez-Picazo y Gullón**¹⁴⁸, **Planiol y Ripert**¹⁴⁹, **De Cossío**¹⁵⁰, **Abelenda**¹⁵¹ y **Couto**¹⁵² todos coinciden en que (...) pueden solicitar el nombramiento del defensor y de la adopción de medidas provisionales, el Ministerio Público, o Ministerio fiscal, o en Guatemala sería la Procuraduría General de la Nación, así como toda persona que tuviera interés legítimo o eventual al respecto de los bienes del ausente (...)

Las palabras interés legítimo son las que actualmente generan cierta controversia entre los doctrinarios, por lo que los autores **Planiol y Ripert** aclaran *“Esta expresión comprende, en primer lugar, a todas las personas que tienen derechos actuales sobre el patrimonio del ausente o cuyos intereses se hallen confundidos con los de él, por ejemplo su cónyuge, socios, acreedores. Comprende también a los que tienen sobre los bienes del ausente derechos subordinados a la defunción de éste, por ejemplo, sus presuntos herederos, legatarios. Por último, el Ministerio Público, encargado de vigilar*

¹⁴⁷ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 111.

¹⁴⁸ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 175.

¹⁴⁹ Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 276.

¹⁵⁰ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 111.

¹⁵¹ Abelenda, César Augusto. *Op. cit.* Pág. 371.

¹⁵² Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 515.

los intereses de los presuntos ausentes.”¹⁵³ Cabe señalar que ésta postura es la seguida por la mayoría de doctrinarios.

Sin embargo, existe otra postura señalada por **Couto**¹⁵⁴ en el sentido que (...) para algunos doctrinarios el interés legítimo para solicitar la intervención legal, solo la tienen las personas que demuestren un interés nacido y actual para proceder, tales como los acreedores del presunto ausente, y a quienes los bienes de éste garanticen el cumplimiento de una obligación; para ésta doctrina los presuntos herederos del presunto ausente no pueden solicitar aquella intervención, pues no tienen con relación a sus bienes, más que simples esperanzas (...)

En cuanto al aseguramiento de bienes del ausente, continúa manifestando **Couto**¹⁵⁵ (...) En la mayoría de los casos, el juez únicamente decretará la puesta en depósito de los bienes, la cual será suficiente para su conservación, sin embargo, el juez también se encuentra facultado para tomar las medidas que él considere necesarias para su aseguramiento, las cuales pueden hacerse con independencia del nombramiento del depositario. (...)

A este respecto, agrega la autora guatemalteca **Beltranena Valladares**¹⁵⁶ que (...) la administración de los bienes del presunto ausente inicia desde que se le confían en depósito al defensor específico. (...)

Por último, aunque esta es una etapa procedimental, y que consecuentemente puede variar en cada país, resulta interesante el enfoque del autor **Couto**¹⁵⁷ en el sentido que (...) una de las providencias más importantes que debe tomar un juez, es el de la publicación de edictos, por medio de los cuales se citen al ausente, pues dichas publicaciones tienen por objeto hacer más fuerte la presunción de ausencia, y consecuentemente validar las disposiciones posteriores que se tomen, respecto del ausente, pues a diferencia de los autores anteriormente citados, Ricardo Couto considera que la ausencia de hecho o ausencia presunta tiene dos fases, la primera

¹⁵³ Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 276.

¹⁵⁴ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 515.

¹⁵⁵ *Ibid.* Pág. 513.

¹⁵⁶ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 88.

¹⁵⁷ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 513.

que en la que se limita a poner los bienes del desaparecido bajo la guarda de un depositario, y a tomar medidas de mera conservación. Pero después de un período prudencial, y una vez publicados los edictos y hechos los llamamientos, a los que se hicieron referencia anteriormente, si el desaparecido no comparece, se sustituye al depositario por un representante quien pueda tener un ejercicio activo y pasivo de los derechos del ausente, constituyendo ésta una segunda fase dentro de la ausencia presunta. (...)

En este respecto, la autora **Beltranena Valladares**, aclara que *“la verdadera administración se inicia con la entrega de los bienes, en tal carácter, al guardador o a los parientes del ausente, una vez que la ausencia ha sido declarada.”*¹⁵⁸ Es decir que para la legislación guatemalteca, ésta administración no inicia, sino hasta que la ausencia es declarada judicialmente. Difiriendo de la postura de Ricardo Couto, pues ésta no es una etapa dentro de la ausencia presunta.

Para finalizar el tema de la ausencia presunta o de hecho, y el de las medidas provisionales, se hace muy acertado hacerlo con lo establecido por el autor **De Cossío** en el sentido que *“Es obvio que estas medidas provisionales, que a nuestro juicio pueden incluso ser adoptadas en los casos en que, aun conocida la existencia del ausente, éste se encuentre absolutamente impedido de atender al cuidado de sus bienes, serán insuficientes en el caso de que la situación se prolongue, exigiendo la constitución de un órgano dotado de más amplias facultades”*¹⁵⁹ siendo éste órgano la institución de la ausencia legal o declarada, que se estudiará a continuación.

En síntesis, se puede afirmar que las medidas provisionales, son la razón de ser de ésta fase de ausencia presunta o de hecho, tanto así que muchas legislaciones se han apartado del nombre de ausencia presunta, y han adoptado en sus cuerpos normativos, un apartado de medidas provisionales, pues éstas no constituyen una fase como tal, dentro del procedimiento de declaración de ausencia.

¹⁵⁸ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 88.

¹⁵⁹ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 111 y 112.

Por otro lado, es importante señalar que las medidas provisionales, en la mayoría de los casos consistirán en el nombramiento de un depositario de los bienes o un defensor judicial que lo represente en algún juicio puntual. Sin embargo, se debe resaltar, que ésta es una actividad discrecional del juez, y que por lo tanto, será éste quien tenga la potestad para decretar medidas adicionales que considere necesarias. Es importante señalar que el depositario no constituye de manera alguna un representante legal del presunto ausente, pues sus atribuciones son ciertamente limitadas. Las medidas provisionales podrán ser solicitadas al juez competente, por cualquier persona interesada o de Ministerio Fiscal, que en Guatemala, sería la Procuraduría General de la Nación-.

1.5.2.2 Ausencia legal o declarada.

La segunda etapa dentro de la ausencia legal, es denominada ausencia declarada, y es ésta la que realmente genera consecuencias jurídicas, en el estado del ausente. En este período, derivado del tiempo transcurrido desde su desaparición sin tenerse noticias del hasta entonces presunto ausente, se puede afirmar, que existe incertidumbre en cuanto a su existencia, y es por tal razón que a partir de este momento, se deben tomar medidas, en beneficio, ya no solo del ausente, sino de todos aquellos que puedan tener algún interés en la ausencia de aquel.

En tal sentido, expresan **Espín Canovas**¹⁶⁰, **Couto**¹⁶¹ y **Castán Tobeñas**¹⁶² que (...) este período constituye el segundo período de la ausencia legal, y es el que se puede llamar con toda propiedad “ausencia” en sentido técnico-jurídico de la palabra, a diferencia de lo que ocurre con la ausencia presunta o de hecho. La diferencia entre uno y otro período radica en que en la primera fase no existe incertidumbre sobre la existencia del desaparecido, mientras que en este periodo, en virtud del tiempo transcurrido sin tener noticias, se acentúan más las dudas sobre su existencia. Sustituyendo las medidas provisionales decretadas en el primer período por un sistema de administración más completo y mejor definido. (...)

¹⁶⁰ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 312.

¹⁶¹ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 521.

¹⁶² Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 314.

Por su parte los autores **Colin y Capitant** señalan que *“La ausencia pone en peligro numerosos intereses: los del cónyuge del ausente, los de los hijos menores de edad, los de las personas (acreedores, asociados, etc.) que han contratado con él finalmente los del ausente mismo cuyos bienes están expuestos a sufrir pérdidas. El peligro aumenta a medida que el estado de ausencia se prolonga.”*¹⁶³

El profesor **Serrano** citado por **Castán Tobeñas**¹⁶⁴ así como **Espín Canovas**¹⁶⁵ y **Díez-Picazo y Gullón**¹⁶⁶ aclaran que (...) la denominación ausencia declarada, no es necesariamente la más acertada, toda vez que no es necesaria la declaración judicial de ausencia para que una persona pueda ser ausente en sentido legal, pues puede una persona cumplir con todos los requisitos legales para ser considerado ausente legal, sin que haya llegado la declaración judicial, sin embargo será esta declaración judicial necesaria para que se produzcan la totalidad de efectos de este período y quede constituido todo el aparato de administración y representación del ausente y sus bienes. (...)

Señala el autor **Couto** que *“La declaración de ausencia es el resultado de una declaración judicial hecha mediante ciertos requisitos y garantías, sin los cuales no puede hacerse aquella declaración.”*¹⁶⁷

A tal respecto, manifiestan los autores **Espín Canovas**¹⁶⁸, **Planiol y Ripert**¹⁶⁹, **De Cossío**¹⁷⁰, **Albaladejo**¹⁷¹, **Castán Tobeñas**¹⁷² y **Díez-Picazo y Gullón**¹⁷³ coinciden en señalar que (...) Para que exista la ausencia legal es necesario que una persona haya desaparecido de su domicilio o lugar de su última residencia; así como el transcurso de un plazo de tiempo que la ley señala, y que variará teniendo en cuenta la circunstancia que el ausente haya dejado o no apoderado, pues si el ausente tuvo el cuidado de dejar

¹⁶³ Colin Ambroise y Henry Capitant. *Op. cit.* Pág. 287.

¹⁶⁴ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 314.

¹⁶⁵ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 312 y 313.

¹⁶⁶ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 176.

¹⁶⁷ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 521.

¹⁶⁸ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 312 y 313.

¹⁶⁹ Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 275-276.

¹⁷⁰ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 111 y 112.

¹⁷¹ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 58.

¹⁷² Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 315 y 316.

¹⁷³ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 177.

un apoderado, era precisamente porque su intención era permanecer fuera por largo tiempo, lo que hace racional retardar la declaración de ausencia legal, mientras que si no lo hizo se puede inducir que su desaparición ha sido involuntaria e imprevista. Por tal razón la ley deberá atender al hecho que si el ausente no ha dejado apoderado, deberá ser menor el tiempo para poder decretar la ausencia legal, y si lo dejó, aunque el mandato esté caduco, o el mandatario haya fallecido, el tiempo deberá ser mayor, pues, evidentemente el ausente previó que estaría fuera y esto hace presumir que no está ausente, además que puede esperarse sin graves inconvenientes puesto que dejó a alguien en su lugar. (...)

Indica el autor **Couto**¹⁷⁴ que (...) de los requisitos, observados por el juez que declare la ausencia, el más importante quizás es el transcurso de cierto tiempo desde la fecha de la desaparición del ausente. Este tiempo varía en las diversas legislaciones. (...)

Muy acertada la explicación brindada por los autores **Planiol y Ripert**¹⁷⁵ en el sentido que (...) el mandato, cuyo efecto es retardar la declaración de ausencia debe ser general y conferir al mandatario las facultades necesarias para resolver toda clase de negocios, pues si el ausente confirió un mandato especial para un negocio determinado, quizás se deba a que debía ejecutarse lejos de su domicilio o a que exigía molestias que quería evitarse; por ello, no se podría concluir lógicamente que él mismo había previsto su ausencia, y que su facultades limitadas no basta para salvaguardar todos sus intereses, puesto que fuera de los términos precisos de su mandatos, el mandatario no tiene facultades. (...)

A los requisitos anteriores agrega **Castán Tobeñas**¹⁷⁶ que (...) tal declaración debe ser pedida por alguna de las personas que tienen obligación o simple facultad de hacerlo. (...)

Respecto de quienes tienen obligación o facultad de solicitar la declaración de ausencia, manifiestan **Espín Canovas**¹⁷⁷, **Castán Tobeñas**¹⁷⁸ y **Díez-Picazo y**

¹⁷⁴ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 521.

¹⁷⁵ Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 277.

¹⁷⁶ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 315 y 316.

Gullón¹⁷⁹ que (...) los obligados a solicitar la declaración judicial son, sin orden de preferencia: a) el cónyuge del ausente no separado legalmente; b) los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y el Ministerio Fiscal. Mientras que tienen facultad de solicitarlo, los interesados que racionalmente crean tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo, o dependiente de su muerte. (...)

Difiere de los anteriores autores, el profesor **Couto** en el sentido siguiente *“Pueden pedir la declaración de ausencia: a) Los presuntos herederos legítimos del ausente; b) Los herederos instituidos en testamento abierto; c) Los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente; y, d) El Ministerio público.”*¹⁸⁰

Para los autores **Planiol y Ripert**¹⁸¹ además de las personas señaladas por Ricardo Couto (...) pueden solicitar la declaración de ausencia, todas las personas que tengan derechos subordinados a la defunción del ausente, tales como: Los legatarios y donatarios de bienes futuros; su cónyuge, que puede tener interés en pedir la partición de la comunidad conyugal; Los nudos propietarios de los bienes que ausente estaba usufructuando vitaliciamente, pues el usufructo se extingue a la muerte del usufructuario, recobrando el propietario, el goce de su bien; entre otros. (...)

Una vez establecidos quienes están obligados y facultados para solicitar la declaratoria de ausencia, es necesario establecer los efectos que ésta declaratoria acarrea, pues tal y como establece **Couto** *“La declaración de ausencia produce efectos, no solamente respecto de los presuntos herederos del ausente, sus legatarios, donatarios y demás personas que tienen derechos subordinados a su muerte, sino también respecto de aquellas que tienen obligaciones con él, que deben cesar por la misma causa.”*¹⁸²

¹⁷⁷ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 313.

¹⁷⁸ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 315 y 316.

¹⁷⁹ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 177.

¹⁸⁰ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 525.

¹⁸¹ Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 277.

¹⁸² Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 534.

A ése respecto, manifiestan los autores **Planiol y Ripert** “*La ausencia no es una materia jurídica homogénea: es un hecho que produce efectos sobre materias muy diversas. Como la muerte, la ausencia abre la sucesión, disuelve el matrimonio, y la comunidad, pone fin al usufructo, a la patria potestad; abre la tutela de los hijos del difunto, etc.*”¹⁸³

Para **Espín Canovas**¹⁸⁴ (...) la declaración de ausencia produce efectos de índole patrimonial y familiar, al igual que en el primer período. (...)

La autora **Beltranena Valladares**¹⁸⁵ coincide con los aspectos antes señalados, y agrega (...) efectos de orden social (...)

En concepto muy de la mano del sistema francés, los autores **Planiol y Ripert**¹⁸⁶ indican que (...) El período de ausencia declarada, se subdivide según la importancia que sus efectos producen en una entrega provisional de los bienes del ausente, seguido por una segunda fase de entrega definitiva de la posesión de los bienes (...) Es de hacer ver, que los autores Planiol y Ripert, siguen la teoría del código napoleónico, razón por la cual desconocen el período de declaración de fallecimiento o muerte presunta, que se analizará más adelante.

Como se puede observar para la doctrina, la declaración de ausencia, es realmente la que con toda propiedad puede denominarse ausencia legal, pues es realmente, hasta este momento, cuando se configura completamente el andamiaje jurídico que otorga la administración de los bienes dejados por el ausente, así como la protección y defensa de los intereses de éste.

Para que se configure la ausencia legal, es necesario que se cumplan con algunos presupuestos legales, que como es evidente varían en cada legislación, pero son indispensables básicamente dos, el hecho que una persona se encuentre fuera del lugar de su domicilio, por un plazo establecido en cada legislación, así como que éste no haya dejado apoderado con facultades suficientes, y el segundo requisito, es que

¹⁸³ Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 273.

¹⁸⁴ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 313.

¹⁸⁵ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 82.

¹⁸⁶ Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 273-274.

haya una persona, que tenga interés en tal declaratoria, y que incluso puede ser el ministerio encargado en cada país de velar por los intereses de las personas -que en Guatemala sería la Procuraduría General de la Nación, que si bien es cierto no es un ministerio como tal, si cumple las funciones de velar por los intereses de las personas-. Una vez cumplidos estos requisitos, se puede afirmar que existe ausencia legal, aunque para que se desarrollen todos los efectos que esta apareja, es necesario que un juez declare la misma.

Respecto a los efectos que la misma acarrea, al igual que en la muerte presunta, éstos son de dos órdenes, familiares y patrimoniales, y para algunos autores de orden social, pero como se estudiará en los capítulos subsiguientes, los efectos sociales se encuentran desarrollados en los efectos familiares y patrimoniales.

1.5.2.2.1 Efectos familiares.

Los efectos familiares, producidos por la declaración de ausencia, son muy variados, especialmente atendiendo a lo que cada legislación regule al respecto. Adicionalmente, la clasificación de efectos puede variar para cada autor, pues algunos clasifican determinados efectos como de orden familiar y otros de orden patrimonial, por tal razón se analizarán ambos efectos para establecer la universalidad de los mismos.

De tal cuenta para autores como **Espín Canovas**¹⁸⁷, **Castán Tobeñas**¹⁸⁸, **Díez-Picazo y Gullón**¹⁸⁹, **Couto**¹⁹⁰ y **Albaladejo**¹⁹¹ (...) la declaración de ausencia apareja el efecto de disolver o interrumpir la sociedad matrimonial, atendiendo al régimen económico-matrimonial, por lo que, una vez declarada la ausencia legal, se puede solicitar la separación de bienes, y la administración de los gananciales; es decir atendiendo a las capitulaciones matrimoniales, se podrá pedir que los bienes de los esposos se dividan entregándose al cónyuge presente y a los presuntos herederos. (...)

¹⁸⁷ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 316.

¹⁸⁸ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 318.

¹⁸⁹ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 180.

¹⁹⁰ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 543 y 544.

¹⁹¹ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 59.

Otro efecto de la declaración de ausencia legal, tal y como establecen **Espín Canovas**¹⁹², **Castán Tobeñas**¹⁹³, **Díez-Picazo y Gullón**¹⁹⁴, **Beltranena Valladares**¹⁹⁵ y **Albaladejo**¹⁹⁶ (...) Suspender la patria potestad que el ausente tenga sobre los hijos, recayendo la misma exclusivamente en el cónyuge presente, o en su defecto se deberá proveer de tutor a los niños. (...)

Los autores **Espín Canovas**¹⁹⁷, **Castán Tobeñas**¹⁹⁸ y **De Cossío**¹⁹⁹ puntualizan que (...) la declaratoria de ausencia, apareja que el cónyuge presente deberá administrar los bienes del matrimonio. (...)

Sin embargo, aclaran los autores **Castán Tobeñas**²⁰⁰ y **Díez-Picazo y Gullón**²⁰¹ que (...) el cónyuge presente podrá solicitar al juzgado que le otorgue con carácter general licencia para todos los actos, que necesite autorización del cónyuge ausente, especialmente de administración y disposición de los bienes gananciales. Y si el juez no la otorgara de manera general, el cónyuge presente podrá solicitar licencia para cuantos casos le sea necesario. (...)

Por otro lado, se discute en la doctrina el efecto de la declaratoria de ausencia en la presunción de paternidad, por lo que autores como **Espín Canovas**²⁰² señalan que (...) mientras que no se impugnen en forma legal, los hijos concebidos por la mujer durante la ausencia de aquel, se presumen legítimos. Contrariamente a la postura de **Albaladejo**²⁰³ quien considera que (...) en virtud que la declaración judicial constata la separación conyugal, cesan de presumirse engendrados por el marido los hijos que la mujer conciba. (...)

¹⁹² Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 316.

¹⁹³ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 318.

¹⁹⁴ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 180.

¹⁹⁵ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 83.

¹⁹⁶ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 59.

¹⁹⁷ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 316.

¹⁹⁸ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 318.

¹⁹⁹ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 110.

²⁰⁰ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 318.

²⁰¹ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 180.

²⁰² Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 316.

²⁰³ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 59.

Por último, también se discute entre la doctrina, si la declaratoria de ausencia, disuelve el vínculo conyugal, y a este respecto, manifiesta el autor **Díez-Picazo y Gullón** *“Como la ausencia implica un cese efectivo de convivencia conyugal, es causa de divorcio al transcurrir dos años desde la declaración. También es causa de separación legal.”*²⁰⁴ Por el contrario **Couto**²⁰⁵ señala que (...) La declaración de ausencia no disuelve el vínculo matrimonial, y la razón se encuentra en la naturaleza misma de la unión conyugal, en el sentido que solo la muerte podrá separar, por lo que la ausencia solo prueba que hay incertidumbre sobre la existencia del ausente, y no que haya fallecido, por lo que mientras que mientras su muerte no sea probada, habrá de subsistir el matrimonio. (...)

Señala adicionalmente, el autor **Couto** que *“Los efectos de la declaración de ausencia se retrotraen a la época de la desaparición del ausente o de sus últimas noticias; pero este principio no rige para la interrupción de la sociedad conyugal, la que no tiene lugar, sino al hacerse la declaración de ausencia.”*²⁰⁶

Se puede afirmar entonces que son muchos los efectos de orden familiar que apareja la declaratoria de ausencia legal, y que varían principalmente atendiendo a las distintas legislaciones.

Más adelante, se expondrá puntualmente las legislaciones de cada país, siendo entonces el momento idóneo, para tratar los efectos que en cada legislación se observa.

1.5.2.2 Efectos patrimoniales.

Para comprender de una manera más adecuada los efectos patrimoniales generados por la declaratoria de ausencia legal, es necesario en primer lugar, comprender, tal y como establecen los autores **Díez-Picazo y Gullón** que *“La declaración de ausencia legal no tiene como misión abrir la sucesión mortis causa del*

²⁰⁴ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 180.

²⁰⁵ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 541.

²⁰⁶ *Ibid.* Pág. 544.

ausente, sino básicamente la protección y defensa de su patrimonio."²⁰⁷ Con esto lo que se quiere decir, es que el principal efecto de ésta declaración, es establecer –tal y como se mencionó anteriormente-, un andamiaje completo para la administración y defensa de los derechos del ausente.

De tal cuenta, los autores **Díez-Picazo y Gullón**²⁰⁸, **Espín Canovas**²⁰⁹, **Beltranena Valladares**²¹⁰, **Castán Tobeñas**²¹¹ consideran que (...) el principal efecto o medida a adoptar deberá ser el nombramiento de un representante, que se encargará de la conservación y administración del patrimonio del ausente. (...)

Por otro lado, indican los autores **Colin y Capitant**²¹² así como **Couto**²¹³ que (...) se debe distinguir dos categorías de derechos, los que componían el patrimonio del ausente al momento de su desaparición o de sus últimas noticias, y los derechos de sucesión testamentaria o *ab intestatio*, o más ampliamente los derechos que adquiere posteriormente a su desaparición. (...) A los primeros son a los que se hará referencia en el presente capítulo, mientras que a los segundos, se hará referencia, al tratar los derechos eventuales del ausente.

Una vez establecido lo anterior, manifiesta por su parte **Couto**²¹⁴ que (...) El principal efecto producido por la declaración de ausencia es el de poner a los presuntos herederos del ausente en posesión provisional de sus bienes, aunque no de todos los bienes, sino solo respecto de aquellos que era propietario al momento de su desaparición, así como de los frutos que de éstos deriven, Por tanto los bienes adquiridos posteriormente no son objeto de posesión provisional. (...) Se observa aquí una diferencia sustancial entre ésta postura y la que indicaba que ésta fase tiene como propósito la del nombramiento de un representante del ausente.

²⁰⁷ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 177.

²⁰⁸ *Loc.cit.*

²⁰⁹ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 313.

²¹⁰ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 82.

²¹¹ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 316.

²¹² Colin Ambroise y Henry Capitant. *Op. cit.* Pág. 288.

²¹³ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 530.

²¹⁴ *Ibid.* Pág. 530, 533 y 534

Respaldan tal postura, los autores **Planiol y Ripert**, quienes manifiestan que *“Declarada judicialmente la ausencia nada se opone ya a que produzca sus efectos, siendo esto lo que acontece en principio. Las personas que tenían sobre los bienes del ausente derechos subordinados a su defunción están autorizadas para ejercitarlos provisionalmente; obtienen lo que se llama entrega provisional de la posesión, que les confiere la administración y el goce de los bienes del ausente, salvo restitución parcial de los frutos en caso de que el ausente regresara más tarde. La cantidad de los frutos que deben restituir varía según el tiempo que haya transcurrido desde su desaparición.”*²¹⁵

A este respecto manifiesta **Couto** que *“tratándose de herederos testamentarios, el testamento determinará quienes tienen derecho a la posesión provisional de los bienes del ausente; tratándose de herederos legítimos, entrarán a obtener dicha posesión los parientes que, según el orden establecido para la sucesión ab intestato, tienen derecho a la herencia.”*²¹⁶

Por su parte el autor **Magallón Ibarra**²¹⁷ unifica y aclara los efectos de la declaración de ausencia, en la manera siguiente (...) los efectos aparejados por la declaración de ausencia consisten en: a) apertura de testamento público u ológrafo; b) los herederos testamentarios o en su defecto legítimos, si al tiempo de la desaparición del ausente, o al tiempo en que se hayan recibido las últimas noticias, tienen capacidad legal para administrar, serán puestos en la posesión provisional de los bienes, otorgando fianza que asegure las resultas de la administración. (...)

Por otro lado, es importante establecer a quienes corresponde la representación legal del ausente, y consecuentemente a quienes corresponden todas las obligaciones que de ésta representación derivan, y en tal sentido establecen los autores **De Cossío**²¹⁸ y **Castán Tobeñas**²¹⁹ (...) que la representación del declarado ausente, así como las demás obligaciones derivadas de aquella representación corresponden a: a)

²¹⁵ Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 278.

²¹⁶ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 532.

²¹⁷ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Op. cit.* Pág. 84.

²¹⁸ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 112 y 113.

²¹⁹ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 316.

Al cónyuge presente mayor de edad y no separado legalmente; b) al hijo legítimo mayor de edad, prefiriéndose, si hubiese varios, los varones a las hembras, y el mayor al menor; c) al ascendiente más próximo de menos edad de una u otra línea, con preferencia del varón a la hembra; d) a los hermanos de doble vínculo, varones, mayores de edad, por orden de preferencia, de mayor sobre el menor, y, en su defecto, a las hermanas de doble vínculo, también mayores, y en igualdad de preferencia, en razón a la edad; y e) en defecto de las personas expresadas, a la persona solvente y de buenos antecedentes que el Juez, oído el Ministerio fiscal, designe a su prudente arbitrio. (...)

Por su parte, la autora **Beltranena Valladares**²²⁰, en análisis de la legislación de Guatemala, señala que para la administración o representación (...) son llamados en primer lugar su cónyuge e hijos, en su defecto a los parientes consanguíneos en el orden sucesorio legal, los cuales tendrán la representación legal del ausente y harán suyos los frutos de los bienes. (...)

Como ya se ha indicado, los autores **Planiol y Ripert**²²¹ siguiendo los lineamientos del derecho francés, consideran que dentro de la fase de ausencia legal, existe un segundo período denominado de entrega definitiva de la posesión, la que realmente hoy por hoy en la mayoría de legislaciones ha sido sustituida por el período de declaración de muerte presunta, que se analizará en el apartado respectivo. No obstante, se señala que para los citados autores (...) el referido período es solamente una segunda fase del periodo de ausencia declarada, que comienza cuando ha transcurrido un tiempo considerablemente extenso. Y se caracteriza por un doble efecto: a) pone fin a la continuación de la comunidad; y, b) concede a quien se entrega la posesión derechos más extensos, no estando sujetos principalmente, a ninguna restitución de frutos en caso el ausente regrese, adquiriendo el derecho de enajenar los bienes de aquel. (...)

Sin embargo, es necesario aclarar que se trata este tema en el presente capítulo, únicamente para dar una mayor comprensión a las distintas doctrinas que han regulado

²²⁰ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 82.

²²¹ Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 278.

la ausencia, pero que evidentemente carecen de fundamento en las legislaciones más modernas, que han sustituido esta figura por la de la declaración de muerte, que aparea efectos más complejos.

Es importante señalar, que en tanto se tramita la declaración de ausencia, se deberán tomar medidas, en caso no se hayan realizado previamente durante la etapa de ausencia presunta, y a tal respecto establece **Díez-Picazo y Gullón** que *“Durante el transcurso de aquel procedimiento subsistirá la figura del defensor, si se ha acudido previamente a su nombramiento, y las medidas que se hayan tomado durante la situación de desaparición de la persona, a no ser que se considere conveniente modificarlas. Caso contrario, podrá el juez acordarlo con carácter provisional mientras se tramita el expediente.”*²²²

Otro aspecto importante, que se debe tocar, al tratar los efectos patrimoniales, del ausente, es el tema de los representantes, y de las atribuciones de éstos, pero para ello es indispensable comprender que la mayoría de legislaciones hacen una distinción entre los denominados representantes legítimos y representantes dativos, los cuales se estudiarán en un capítulo posterior, sin embargo en este momento la investigación le limitará a señalar que son representantes legítimos del ausente el cónyuge, y los parientes en los grados que señala la ley, mientras que representante dativo es aquel que es nombrado por el juez en ausencia de algún familiar dentro de los grados de ley, y que consecuentemente tiene obligaciones distintas de los representantes legítimos.

Una vez establecido lo anterior, se puede analizar lo indicado por **De Cossío**²²³ en el sentido que (...) la figura de posesión temporal de los bienes se atribuye únicamente a los representantes legítimos del ausente, -a quienes se acaba de hacer referencia-, otorga a éstos la facultad de hacer suyos los productos líquidos en la cuantía que el juez señale. Haciendo la salvedad, que en derecho español, cuando la representación legal haya caído en algún hermano del ausente, éste únicamente podrá retener hasta dos tercios del producto líquido, reservándose el tercio restante para el ausente, o en todo caso para sus herederos. (...)

²²² Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 176.

²²³ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 113.

Por su parte, respecto a la designación del representante, manifiesta **Couto** que *“La preferencia para la representación del ausente la tiene su cónyuge, lo cual está plenamente justificado, pues en la sociedad que forma la unión conyugal, en la que hay unidad de patrimonios, de miras y de aspiraciones nada más lógico que sea un cónyuge el que represente al otro lo que, por otra parte, va de acuerdo con los fines del matrimonio, que son de darse ambos esposos mutua ayuda y protección; en consecuencia nadie habrá con más títulos que el esposo presente para representar al ausente.”*²²⁴

Respecto de la forma de ejercer la posesión provisional sobre los bienes del ausente, manifiesta **Couto**²²⁵ que (...) cuando hay un solo presunto heredero, él recibirá la posesión de todos los bienes; pero cuando hay varios, todos son propietarios eventuales de los bienes, por lo que todos tienen derecho a la posesión provisional, por lo que pueden suceder dos cosas, que los bienes acepten cómoda división, en cuyo caso cada heredero podrá administrar por separado, sin embargo cuando no sea posible la cómoda división, se deberá nombrar un administrador general por todos los herederos o por el juez. En caso de administración individual de los bienes previamente divididos, el heredero que administra deberá prestar garantía respecto del bien que le corresponde, mientras que en la administración es por un único administrador quién deberá otorgar garantía por todos los bienes administrados. (...)

Contrariamente, al autor Ricardo Couto, manifiesta **De Cossío**²²⁶ (...) Los representantes legítimos, gozan de la posesión temporal del patrimonio del ausente, y todos están exentos de la obligación de prestar fianza, excepto los hermanos, quienes si la deberán prestar. (...)

Cabe señalar que tal diferencia, indudablemente atiende a la legislación de cada país, pues el primero de los autores hace referencia a derecho de México, mientras el segundo de ellos refiere a derecho español.

²²⁴ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 516 y 517.

²²⁵ *Ibid.* Pág. 536-537.

²²⁶ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 112 y 113.

Por último es importante señalar, tal y como establecen los autores **Beltranena Valladares**²²⁷ y **De Cossío**²²⁸ (...) para la enajenación o gravamen de los bienes del ausente, se deberán regir de acuerdo con las regulaciones establecidas para el gravamen y enajenación de bienes de menores e incapacitados, lo que implica que solo podrán ser vendidos o pignorados en caso de necesidad o utilidad evidente, declarada por juez competente, quien deberá establecer el empleo que con los frutos obtenidos se hará. (...)

Respecto de la adquisición por cualquier título, manifiesta **Beltranena Valladares**²²⁹ que (...) el ausente se reputa vivo, mientras no se decrete la posesión definitiva de sus bienes. (...)

Se puede concluir entonces que si bien es cierto la declaración de ausencia, o ausencia legal, no tiene como principal objetivo el de la apertura de la sucesión, también es cierto que en muchas legislaciones, atendiendo principalmente a la doctrina que ésta siga (sistema francés o sistema alemán) puede ser que con la declaración de ausencia si se aperture la sucesión, sin embargo, es importante señalar, que si se apertura la sucesión en ésta etapa, es precisamente porque tal legislación carece de una etapa denominada “declaratoria de muerte presunta”, pues en éste último caso, será hasta ésta declaratoria que se apresurará la sucesión.

De cualquier manera, todas las doctrinas coinciden en que es un efecto propio de la etapa de declaratoria de ausencia, el hecho que se nombre un representante legal, o administrador del patrimonio del ausente, con facultades mucho más amplias que las de un simple guardador o defensor, que era lo que sucedía en la etapa anterior. Cabe señalar que las facultades de éstos administradores o representantes legales será estudiada en el capítulo siguiente, pero que por efectos de concatenación de ideas, es importante establecer que tales representantes pueden ser legítimos o dativos, siendo los primeros, el cónyuge presente y los parientes en los grados que señala la ley, y representantes dativos lo que se nombren en defecto de los primeros.

²²⁷ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 82.

²²⁸ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 114.

²²⁹ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 82.

Por otro lado es importante concluir que en ésta etapa únicamente interesa el patrimonio que el ausente tenía al momento de su desaparición o al momento que se tuvo las últimas noticias del mismo, pues los bienes que el adquiriera posteriormente, son derechos eventuales del ausente, y serán estudiados en un capítulo independiente.

Se debe establecer que respecto de los bienes que el ausente tenía al momento de su desaparición, serán administrados por sus presuntos herederos, en los grados que señala la ley, y sobre estos bienes, ejercerán lo que se conoce como posesión provisional de los bienes, en tanto se llega al siguiente estadio de la ausencia, que puede ser posesión definitiva o declaración de muerte. Cabe la pena señalar que en las legislaciones que diferencian los representantes legítimos de los dativos, únicamente reciben en posesión provisional los primeros y no los segundos, quienes únicamente administrarán el patrimonio a ellos confiado.

Muy importante es hacer ver que los representantes legales independientemente si son legítimos o dativos, solo podrán enajenar o gravar los bienes del ausente, en casos de evidente necesidad y utilidad, declarada judicialmente.

1.5.2.2.3 Atribuciones de los representantes legales o administradores.

Una vez establecidos los efectos producidos por la declaratoria de ausencia, o ausencia legal, es importante conocer las principales obligaciones de los representantes legales o administradores del patrimonio del ausente. Y para tal efecto, es necesario comprender que los doctrinarios hacen una diferencia entre los denominados representantes legítimos y los denominados dativos, es importante comprender que son representantes legítimos del ausente el cónyuge, y los parientes en los grados que señala la ley, mientras que representante dativo es aquella persona que es nombrada por el juez en ausencia de algún familiar dentro de los grados de ley.

Es procedente ahora ahondar en las atribuciones que cada tipo de representante tiene, sin embargo, es también importante hacer ver que muchas legislaciones no hacen tal diferencia, y de tal cuenta únicamente regulan ésta institución como

“representante legal” o “administrador”, no haciendo diferencia entre legítimos y dativos, que es más una diferenciación doctrinaria.

De tal cuenta, autores como **Espín Canovas**²³⁰, **Díez-Picazo y Gullón**²³¹ señalan que (...) son atribuciones del representante legal: a) la representación del declarado ausente; b) la pesquisa de la persona; c) la protección y administración de sus bienes, obteniendo los rendimientos normales que de éstos se deriven; y d) El cumplimiento de las obligaciones del ausente. (...)

Agrega el autor **Espín Canovas**²³², que también (...) es una obligación común a toda clase de representante el tener que inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles que administre. (...)

Además de las anteriores atribuciones, indican los autores **Albaladejo**²³³ y **Castán Tobeñas**²³⁴ que son obligaciones del representante en caso de no ser cónyuge, hijos o ascendientes, el de prestar la garantía que fije el Juez prudencialmente. (...)

Agrega el autor **Couto**²³⁵ que (...) las principales obligaciones del representante son además de las de los tutores, la de la pesquisa del ausente. (...)

A este mismo respecto señala **Espín Canovas** que la representación legal del ausente “*Se trata de una representación legal, que presenta algunas analogías con la tutela.*”²³⁶

El autor **Espín Canovas**²³⁷ indica que las anteriormente señaladas son atribuciones comunes a toda clase de representante, (...) pero que dentro de los mismos representantes que doctrinariamente se conocen como legítimos, existe una diferencia en su atribuciones, pues éstas son diferentes atendiendo a si él representante es ascendiente, descendiente o cónyuge, a que si el representante es

²³⁰ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 313.

²³¹ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. Página 177.

²³² Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 314.

²³³ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 59.

²³⁴ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 316 y 317.

²³⁵ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 516.

²³⁶ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 313.

²³⁷ *Ibid.* Pág. 314.

hermano, pues se verá a continuación las facultades y atribuciones de unos y de otro: A los primeros tienen las más amplias facultades de administración de los bienes, sin necesidad de rendir cuentas, y sólo necesitan autorización para venta o gravamen de los mismos; así mismo estos disfrutan de la posesión temporal de patrimonio del ausente, haciendo suyos los frutos de dichos bienes; mientras que si él representante es un hermano, le corresponde prestar una garantía, y realizar los actos de administración que el juez le haya autorizado, presentando cuentas al juzgado; Tendrá la posesión temporal, pero solo podrá hacer suyos hasta dos terceras partes del patrimonio del ausente, reservando él tercio restante para el ausente o para sus herederos; solo podrá disponer de los bienes en casos de evidente necesidad o utilidad. (...)

Otro aspecto importante a tratar, cuando se hace referencia a las atribuciones de los representantes legales, es el establecido por **Couto**²³⁸ en el sentido que (...) los poseedores provisionales, en sus relaciones con terceras personas son propietarios condicionales de los bienes que poseen, lo que significa que ejercen la propiedad sobre tales bienes, pero este derecho de propiedad es resoluble por el aparecimiento del ausente, lo que evidentemente genera otras consecuencias como lo son algunas de ellas: a) que las deudas del ausente se dividen entre los poseedores provisionales, como si se tratara de una sucesión; b) Las reclamaciones que los terceros tengan frente al ausente, deberá dirigirlas en contra de los poseedores provisionales en nombre propio, y no como representantes del ausente; y, c) El poseedor podrá enajenar o ceder sus derechos, con la única limitante que el adquiriente quedará obligado en los mismos términos que aquel. (...)

Para aclarar el tema de las distintas facultades que corresponden a unos y a otros tipos de administradores o representantes es necesario comprender de una mejor manera las diferencias y similitudes entre representantes legítimos y dativos, y a tal respecto, existen algunas posturas que varían levemente, en los sentidos siguientes.

²³⁸ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 538.

Para el autor **De Cossío**²³⁹ (...) la única diferencia que existe entre éstos es que a los primeros corresponde la representación y el disfrute, mientras que a los segundos les incumbe únicamente la administración. Sus facultades son prácticamente las mismas: a) Inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de su representado; b) Otorgar la garantía que fije el juez, excepto el cónyuge, los hijos y los ascendientes; c) Conservar y defender el patrimonio del ausente, obteniendo los rendimientos normales.(...)

Contrariamente, los autores **Díez-Picazo y Gullón**²⁴⁰ así como **Castán Tobeñas**²⁴¹ consideran que la distinción entre ambas clases de representantes es importante, especialmente por los derechos y obligaciones que a cada uno apareja, y de tal cuenta, el citado autor señala que (...) los derechos y obligaciones de los representantes legítimos son a) tener las más amplias facultades de administración, sin necesidad de rendición de cuentas, quedando exentos de la obligación de prestar fianza; b) Tienen la posesión temporal de los bienes del ausente; c) tienen derecho a los productos líquidos del patrimonio, en la cuantía que fije el juez; y d) podrán realizar negocios dispositivos sobre los bienes del ausente, acreditando la necesidad o utilidad evidente al juez. Mientras que los derechos y obligaciones de los representantes dativos son: a) prestar la fianza que fije el juez; b) estar sometido a control de autoridad judicial, es decir deberá rendir cuentas semestralmente; y c) son aplicables en su ejercicio las reglas de la tutela, y por consiguiente se ha de entender que carecen de la posesión temporal y del derecho de los frutos. (...)

Es de concluir entonces que, para algunos autores en la etapa de ausencia declarada, únicamente se nombra un representante legal, no haciendo distinción o clasificación de tales representantes, mientras que para otros doctrinarios, en ésta etapa se puede encontrar, ya sea representantes legítimos y representantes dativos, siendo los primeros el cónyuge y los parientes en los grados establecidos en la ley, quienes tienen a su cargo principalmente la representación legal del ausente y el disfrute del patrimonio de aquel, mientras que los dativos son aquellas personas de

²³⁹ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 114.

²⁴⁰ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 178 y 179.

²⁴¹ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 317 y 318.

reconocida honorabilidad, que no tienen un parentesco en primer grado, sino que son personas nombradas por un juez, para hacerse cargo de la administración del patrimonio del ausente. Una vez establecido aquello es importante señalar que en términos generales corresponde a los representantes legales: a) la representación legal del ausente; b) la pesquisa del desaparecido; c) la protección y administración de los bienes del ausente, obteniendo los frutos naturales y jurídicos que de éstos se deriven; d) el cumplimiento de las obligaciones del ausente; e) en algunos casos el inventario de los bienes; f) prestar garantía sobre el patrimonio administrado, estando exentos de tal extremo el cónyuge presente, los hijos y los ascendientes del ausente, g) para muchos autores las atribuciones del representante legal del ausente son análogas a las de la tutela.

Por último es importante señalar que los poseedores provisionales, deberán conducirse frente a terceros, como propietarios de los bienes poseídos, y solo en caso de reaparición del ausente se podrá revocar tal derecho de propiedad, mientras que si no regresa, los poseedores actuarán sobre los bienes poseídos como verdaderos propietarios.

1.5.3 Derechos eventuales del declarado ausente.

Tal y como se ha establecido anteriormente, la declaratoria de ausencia, específicamente en la fase denominada como tal, tiende a poner en posesión provisional y en administración del patrimonio que el ausente tenía al momento de su desaparición, o bien desde que se tuvieron las últimas noticias de éste, lo que hacía que consecuentemente, todos aquellos bienes que el ausente pudiera adquirir posteriormente a aquella época no debían ser administrados por sus representantes, ni tampoco deberían estos de tomar en posesión tales bienes. Lo anterior, derivado que el ausente no estaba presente al momento que éstos bienes pudieron pasar a formar parte de su patrimonio, pues tal y como establecen los autores **Espín Canovas**²⁴²,

²⁴² Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 316 y 317.

Castán Tobeñas²⁴³, **Albaladejo**²⁴⁴ y **Díez-Picazo y Gullón**²⁴⁵ (...) para poder reclamar un derecho en nombre de la persona constituida en ausencia, es preciso probar que ésta persona existía en el momento que era necesaria su existencia para adquirirlo. (...)

De tal cuenta, que al referirse a los derechos eventuales del ausente, se está haciendo referencia a los bienes que el ausente ya poseía o que iba a poseer (certeramente) al momento de su desaparición, sino más bien se refiere a aquellos derechos eventuales, que pudieran o no suceder, pero que de los cuales al momento de su desaparición, el ausente tenía pleno desconocimiento, como en el caso de una sucesión que se pudiera abrir a su nombre, y es por ello que el autor **Castán Tobeñas**²⁴⁶ señala que (...) en cuanto a tales derechos sucesorios, si un ausente estuviere llamado a la sucesión, los demás coherederos acrecerán en la parte de éste, pues no hay personas con derecho propio a reclamarla, sin embargo tal derecho de acrecer el limitado y condicionado al hecho que si el ausente regresa, tal derecho de acrecer quedará insubsistente. (...)

Agregan a la anterior definición los autores **Díez-Picazo y Gullón**²⁴⁷ que (...) la persona que acrece, deberá mantener tales bienes en hasta que se declare el fallecimiento del ausente, pues será hasta entonces que su derecho será pleno. (...)

Es de concluir entonces que los derechos eventuales, son todos aquellos que un ausente pudiera o no llegar a tener, pero que en el momento de su desaparición existía una falta de certeza absoluta respecto de los mismos, y en cuyo caso, por desconocerse si el ausente vive o ha fallecido, es imposible que tales derechos u obligaciones procedentes por ejemplo de una ausencia le sean incorporados a su patrimonio, siendo lo correspondiente que los coherederos de aquella sucesión tengan derecho de acrecer en la parte que correspondía al ausente, teniendo una “posesión provisional” sobre tales bienes, en tanto se declara el fallecimiento del ausente.

²⁴³ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 318 y 319.

²⁴⁴ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 59.

²⁴⁵ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 179 y 178.

²⁴⁶ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 318 y 319.

²⁴⁷ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 179 y 178.

1.5.4 Condición jurídica de los ausentes según sean los diversos periodos de la ausencia

Aspecto importante de analizar, es la situación que el ausente tiene en las distintas fases de la ausencia, pues atendiendo a que período de la ausencia se esté haciendo referencia, se podrá apreciar que las distintas legislaciones dan distintas presunciones al ausente, que normalmente atiende a que mientras más tiempo transcurra más probable es el fallecimiento del ausente, y a menor tiempo, se tienen menos causales para dudar de la existencia de la persona.

A tal respecto, existen algunas posturas encabezadas por **Proudhon**, citado por **Couto**²⁴⁸ quien afirma que (...) las disposiciones sobre la ausencia se basan en la presunción de muerte del ausente, pues si bien es cierto en el período de presunción de ausencia (ausencia presunta) la vida y la muerte son inciertas por igual, desde el momento que el ausente no responde a los llamamientos que la ley señala y desde que no se tienen noticias por un tiempo prudencial deberá ser provisionalmente presumido muerto.(...)

Sin embargo, a tal postura se opone el autor **Bigot Preameneu**, igualmente citado por **Couto**²⁴⁹ en el sentido que (...) aunque el tiempo que haya transcurrido mucho tiempo desde que el individuo no puede ser considerado muerto, sino debe ser considerado como vivo, aunque el tiempo transcurra y las situaciones familiares y sociales hagan inevitablemente pensar en la muerte, no se puede desvanecer la presunción de vida sobre el ausente, sino hasta que exista una declaración de muerte, que lo declare como tal. (...)

Y por último el autor **Couto**²⁵⁰ señala que existe una tercera teoría encabezada por **Baudry Lacantinerie** (...) según la cual ni la presunción de vida ni de muerte forman parte de la declaratoria de ausencia, sino que lo que caracteriza la ausencia es incertidumbre sobre la existencia del ausente. (...)

²⁴⁸ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 508 y 509.

²⁴⁹ *Ibid.* Pág. 509.

²⁵⁰ *Ibid.* Pág. 507.

Una vez establecido aquello, es necesario comprender que de acuerdo al período de la ausencia que se esté estudiando, la ley tendrá preferencia por la protección de determinados interés y a tal respecto establece **Couto**²⁵¹ (...) en el período de presunción de ausencia, la ley se preocupa únicamente del interés del ausente, cuyos bienes pone primero bajo la guarda de un depositario; en el período de declaración de ausencia, sin dejarse de preocupar de los intereses del ausente, toma en consideración los intereses de los terceros, a quienes confiere la facultad de ejercer provisionalmente los derechos subordinados a la muerte de aquel, tales como que los herederos del ausente además de obtener la posesión provisional del ausente también se les deja administrarlos; y por último en el período de declaración de fallecimiento, la ley da más importancia a los intereses de los terceros, pues se les otorga la posesión definitiva de los bienes, y en lugar de ser administradores adquieren el derecho de propiedad sobre los bienes frente a terceros. (...)

Agregan a las anteriores observaciones los autores **Colin y Capitant** que la ley “*presume que cuanto más dura la ausencia, más probable es la muerte, pero jamás tiene al ausente como fallecido*”.²⁵² Esto lógicamente por que para los citados autores la declaratoria de ausencia concluye con la posesión definitiva y no reconoce la declaración de muerte, sin embargo se puede rescatar de tal acotación que evidentemente el procedimiento de declaración de ausencia es un proceso progresivo, que atiende al hecho que mientras más dura la ausencia, más probable es el hecho que éste haya fallecido.

Y en tal sentido concluye el autor **Couto**²⁵³ que (...) dos intereses son protegidos por el legislador: los del ausente, de quien se duda de su existencia, pero ante tal incertidumbre es necesario conservar su patrimonio, en el caso que vuelva; y los de los herederos presuntos, pues ante el supuesto que aquel haya muerto, ellos serán los propietarios.(...)

²⁵¹ *Ibid.* Pág. 508.

²⁵² Colin Ambroise y Henry Capitant. *Op. cit.* Pág. 288.

²⁵³ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 528.

Se puede afirmar entonces que existen varias posturas en cuanto a la posición jurídica del ausente en los distintos períodos de la misma, sin embargo, es importante concluir que la situación del ausente en cualquiera de los períodos de ausencia no es de vida ni de muerte, sino de incertidumbre, y es que ésta incertidumbre es la que caracteriza ésta institución, pues en caso de presumirse una o la otra, la presente institución jurídica no tendría razón de ser.

De cualquier manera, si es cierto que las medidas que las legislaciones toman atienden mayormente al hecho que mientras más dure la incertidumbre del ausente, las medidas varían, tanto así que en un primer término la ley se preocupa mayormente de los intereses del ausente, en el segundo período se preocupa en igual manera de los intereses del ausente como de los terceros, y en el último período se interesa principalmente por los intereses de los presuntos herederos de aquel.

1.5.5 Fin de la situación de ausencia legal

El presente tema, tiene una trascendencia muy relevante, para el desarrollo de la ausencia, pues es necesario determinar, que ocurre en el supuesto que por alguna razón la ausencia finalice, que sucede en ese entonces con los bienes del ausente, y en qué casos es procedente que se dé por terminada la situación de ausencia, y a tal respecto, manifiesta el autor **Couto**²⁵⁴ que (...) la declaración de ausencia reconoce su razón de ser en la incertidumbre generada respecto de la existencia del ausente; por lo que cesando tal incertidumbre debe cesar el estado creado sobre los bienes, y en consecuencia deben volver los bienes al poder del ausente. (...)

En ése mismo sentido, manifiestan los autores **Espín Canovas**²⁵⁵ así como **Díez-Picazo y Gullón**²⁵⁶ que: (...) La situación de ausencia legal termina, y por tanto cesan los efectos de la misma: a) cuando se conoce el paradero del ausente, ya sea por haberse presentado el mismo ausente, o por haberse tenido noticias de su paradero; b)

²⁵⁴ *Ibid.* Pág. 541.

²⁵⁵ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 318.

²⁵⁶ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 180.

cuando se conoce el fallecimiento del ausente; y, c) cuando se declare el fallecimiento del ausente. (...)

A los anteriores supuestos, agregan los autores **Castán Tobeñas**²⁵⁷ y **De Cossío**²⁵⁸ que (...) en el caso que se presente un tercero acreditando por documentos fehacientes haber adquirido por algún título bienes del ausente, cesará la administración y la representación del ausente sobre tales bienes, los cuales quedarán a disposición de su legítimo propietario. (...)

A su vez el autor **Couto**²⁵⁹ agrega a las anteriores, (...) el hecho que se presente apoderado con facultades suficientes de representación, también es causal de finalización de la ausencia legal. (...)

En cuanto a las consecuencias de tal cesación de la declaratoria de ausencia, coinciden los autores **Espín Canovas**²⁶⁰, **Castán Tobeñas**²⁶¹, **De Cossío**²⁶², **Díez-Picazo y Gullón**²⁶³, en que (...) si termina la ausencia legal por conocerse la vida del ausente, corresponden a éste los siguientes derechos: a) que cese la representación del ausente y en consecuencia, se le restituya su patrimonio, pero no los productos percibidos, salvo mala fe interviniente; y b) pedir la rendición de cuentas al representante, excepto cuando se trate de representante legítimo que no tenga obligación de reservar parte alguna de frutos; Sin embargo si finaliza la ausencia declarada por fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en beneficio de los que al momento del fallecimiento fuesen sus sucesores voluntarios, debiendo el poseedor temporal entregar el patrimonio del difunto a su sucesores. (...)

El autor **Díez-Picazo y Gullón** a su vez señala que *“En cualquier caso de terminación de la situación de ausencia legal, el representante ha de rendir cuentas de*

²⁵⁷ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 320.

²⁵⁸ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 115 y 116.

²⁵⁹ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 520.

²⁶⁰ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 318.

²⁶¹ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 320.

²⁶² De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 115 y 116.

²⁶³ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.* Pág. 180.

su gestión al frente del patrimonio precisamente por esa cualidad de gestor de intereses ajenos."²⁶⁴

Por su parte, los autores **Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez**²⁶⁵, señalan que independientemente del momento en que se encuentre la situación jurídica y la tramitación de la declaración de ausente, o muerte presunta según corresponda, (...) éste deberá recobrar sus bienes, atendiendo al momento en que regrese, pues a mayor tiempo desde su desaparición, menor será la posibilidad que recobre todos sus bienes. (...)

A este respecto, coinciden los autores **Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez**²⁶⁶, **Santos Cifuentes**²⁶⁷ así como **Magallón Ibarra**²⁶⁸ que (...) para conocer los efectos que el regreso del ausente tiene sobre su patrimonio, es necesario distinguir el momento de su regreso, de modo que si el ausente se presenta antes de la sentencia de declaración de ausencia, podrá solicitar cuentas íntegras a su depositario o representante, estando el ausente obligado al pago de la retribución que corresponde a aquellos; Si el regreso es durante el período de declaración de ausencia, el guardador o representante conserva los frutos de su trabajo y la mitad de los frutos civiles, recobrando el ausente la totalidad de sus bienes; pero si la aparición del ausente es posterior a la declaración de muerte, éste recobrará sus bienes, pero todo fruto pertenecerá al poseedor definitivo, y en el caso que los bienes hayan sido enajenados, el ausente tendrá derecho al precio de la aquellos bienes. (...)

En este mismo sentido, la autora **Beltranena Valladares**²⁶⁹ señala que (...) mientras el ausente viva, conservará la posesión civil de sus bienes, es decir los bienes entregados en administración, custodia o incluso en posesión definitiva, mientras el está ausente lo que implica que el derecho del ausente sobre su patrimonio no se extingue, es imprescriptible; y que cuando el ausente, por si mismo o por medio de apoderado

²⁶⁴ *Ibid.* Pág. 181.

²⁶⁵ Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalia Buenrostro Báez. *Op. cit.* Pág. 201.

²⁶⁶ *Loc.cit.*

²⁶⁷ Cifuentes, Santos. *Op. cit.* Pág. 251.

²⁶⁸ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Op. cit.* Pág. 84.

²⁶⁹ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 84.

con facultades suficientes, reclame sus bienes, éstos le deben ser entregados en el estado en que se hallaren; y si fueron enajenados el precio por tal enajenación. (...)

Es importante observar que con el análisis anterior, no se establecerá que sucederá con los bienes que fueron donados o cedidos a título gratuito, pues evidentemente de estos no quedó un fruto de su traslación, y quien lo recibió lo recibió de buena fe, por lo cual tampoco podrá ser despojado de su propiedad.

Por su parte el autor **Naranjo Ochoa**²⁷⁰ señala que (...) si el ausente aparece antes de ejecutoriarse la sentencia de muerte por desaparecimiento, los representantes deberán reintegrar los bienes, salvo que el dueño de tales bienes prorrogue su administración, pero en tal caso actuarán como administradores ni guardadores, sino como mandatarios de quien se presumía ausente. (...)

Otro aspecto importante a analizar, en el supuesto de la finalización de la ausencia legal es, que sucede en la legislaciones, en las que sí se acepta el divorcio o la separación legal a partir de la declaración de ausencia, y a tal respecto manifiestan autores como **Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez**²⁷¹ que (...) tomando en cuenta que para la legislación mexicana, a pesar que la declaración de ausencia si es causa de divorcio, ni la declaración de ausencia ni la presunción de muerte son suficientes, por sí solas para destruir el vínculo conyugal, por lo tanto el ausente que regresa, continúa casado. (...)

Contrariamente el autor **Santos Cifuentes**²⁷², considera que para el derecho argentino, (...) ni siquiera la declaración de fallecimiento presunto disuelve el vínculo matrimonial, lo que implica que si el ausente reaparece, se mantiene la unión conyugal y se retoman todos los derechos y obligaciones del matrimonio. Sin embargo, ésta unión conyugal si se disuelve al momento que el cónyuge presente contrae matrimonio nuevamente, en ausencia de aquel. Y el matrimonio con el ausente queda disuelto. (...)

²⁷⁰ Naranjo Ochoa, Fabio. *Op. cit.* Pág. 196.

²⁷¹ Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalia Buenrostro Báez. *Op. cit.* Pág. 201.

²⁷² Cifuentes, Santos. *Op. cit.* Pág. 251.

Vale la pena señalar que para la legislación guatemalteca, de acuerdo con el artículo 75 del **CCG** “*Si el ausente o presunto muerto aparece o se prueba su existencia, aun después de la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que éstos se encuentren, el precio de los vendidos y los que provengan del empleo que se haya hecho de ese precio* Presupuestos para la presunción de ausencia”²⁷³ aunado a ello, el artículo 77 del **CCG** señala que “*Si el cónyuge de la persona declarada muerta contrae nuevo matrimonio, éste será válido aunque el ausente viva...*”²⁷⁴

Se puede apreciar en las anteriores acotaciones entonces que básicamente la ausencia legal finaliza para la mayoría de doctrinarios, frente a tres supuestos, el hecho de conocerse el paradero del ausente; la muerte comprobada; y la declaración de fallecimiento de aquel, y que ante la finalización de la ausencia legal, se adoptan algunas consecuencias, que varían para los distintos doctrinarios, pero se considera la más apropiada, la doctrina que considera que dependiendo en el momento que aparezca el ausente, así serán los efectos que se generarán, principalmente sobre su patrimonio, y que son los principales efectos, el cese de los efectos de la ausencia, tales como el representante legal o el guardador, en el caso que se tengan noticias del ausente, y que lógicamente esto implique que continúa con vida, el ausente podrá reclamar su patrimonio, y el representante podrá hacer suyos los frutos, excepto que haya existido mala fe intervinientes. Si las noticias que se obtienen del ausente, son las de su fallecimiento, en este caso el efecto inmediato es el de hacer entrega del patrimonio de aquel a sus sucesores. En cuanto al matrimonio, se puede afirmar que tal aspecto varía entre una legislación y otra, el principio más apropiado es el adoptado por la legislación de Guatemala, en el sentido que en caso de declaración de fallecimiento, si el cónyuge presente contrae nuevo matrimonio, y posteriormente el cónyuge ausente regresa, el segundo matrimonio será válido, aunque el ausente no haya fallecido, sin embargo si el cónyuge ausente regresa y el cónyuge presente no ha contraído nuevas nupcias, el matrimonio subsistirá.

²⁷³ Código Civil y sus reformas. Decreto-Ley 106. *Op. cit.*

²⁷⁴ *Loc. cit.*

1.6 Ausencia regulada en la legislación guatemalteca.

1.6.1 Código Civil de 1877 y de 1933.

En los códigos civiles de 1877 y de 1933 se encuentran los primeros antecedentes de las instituciones jurídicas de la ausencia y muerte presunta, en el código de 1877, tal y como establece **Brañas**, se sistematizó por vez primera la ausencia, pues este código consideraba ausente *“al individuo cuyo paradero se ignoraba o que se hallara fuera de la república. Al ausente de la república, que no hubiese dejado apoderado, cónyuges, hijos mayores ni guardadores, se le nombraría defensor para responder demandas y hacer valer algo en juicio.”*²⁷⁵

Continúa señalando **Brañas** que *“La posesión provisional de bienes era concedida después de cinco años de no tener noticia alguna el ausente, a sus herederos testamentarios o legales. Si se comprobaba la muerte o transcurría el tiempo suficiente para que cumpliera la edad de setenta ellos (sic), sus herederos podían pedir la posesión definitiva de la herencia, tipificándose la presunción de muerte. La posesión provisional o definitiva eran revocables si se recibían noticias de que vivía el ausente.”*²⁷⁶

Tanto la institución de la ausencia como de muerte presunta pasaron sin mayores modificaciones del Código Civil de 1,877 al código civil de 1,933, pues tal y como establece **Brañas** *“El código civil de 1933 reguló la materia en el libro 1, título III capítulo 1; bajo el título: ausencia y muerte presunta. Ausente, dice ese código, es la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio en ella, y también la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora.”*²⁷⁷

Es decir, se puede ver ya en este código de 1,933 que si bien siguió con la tendencia del sistema francés, el mismo era poco a poco absorbido por el sistema alemán, pues en este código se regula la ausencia calificada, es decir lo relativo a los desaparecidos en circunstancias de peligro.

²⁷⁵ Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 83.

²⁷⁶ *Ibid.* Pág. 84.

²⁷⁷ *Ibid.* Pág. 81.

En tal sentido manifiesta **Brañas** que *“En similar precepto al contenido en el – código- de 1877, al declararlo ausente se le nombrará defensor judicial para responder a una demanda o hacer valer algo en juicio. Previo las siguientes fases respecto a la protección de los bienes del ausente: guardaduría (guarda), o cargo del guardador de bienes, coyas funciones en lo aplicable y no previsto por la ley, se regían por las disposiciones concernientes a la tutela; posesión provisional de bienes, si transcurridos tres años no se tenían noticias del ausente; y posesión definitiva, transcurridos siete años desde que se decretó la posesión provisional o diez desde que se tuvo la última noticia del ausente, declarándose la muerte presunta, figura ésta que también se contempló para los casos de personas desaparecidos por razón de guerra, naufragio accidente de aviación, explosión; incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro.”*²⁷⁸

1.6.2 Decreto Ley 106. Código Civil

No obstante que a la fecha la doctrina nacional sustantiva, referente a la ausencia, es bastante escasa, existen algunos autores que han dedicado inmensurables esfuerzos para comprender y estudiar de una mejor manera las instituciones de la ausencia y la muerte presunta, y a tal respecto, es necesario resaltar a los autores **Brañas**²⁷⁹ y **Beltranena Valladares**²⁸⁰ quienes han estudiado tales instituciones jurídicas y han coincidido en que (...) el Código Civil ha organizado las instituciones de la ausencia y muerte presunta, por medio de un sistema en que se desarrollan las siguientes fases: a) concepto de ausencia; b) declaración de ausencia para la representación en juicio, nombrando un defensor específico del presunto ausente, con el cargo exclusivo de representación judicial del mismo, nombrando así también las medidas necesarias para el aseguramiento de sus bienes, siendo la principal medidas el nombramiento de un depositario de los referidos bienes, cargo que también podrá ser desempeñado por el mismo defensor específico; c) declaración de ausencia para la

²⁷⁸ *Loc.cit.*

²⁷⁹ Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 84.

²⁸⁰ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 81 y 82.

guarda y administración de los bienes del ausente; d) administración de los bienes por parientes; y, e) declaración de muerte presunta y posesión definitiva de los bienes del ausente. (...)

Tanto la ausencia como la muerte presunta, son desarrolladas por el Código Civil de Guatemala (CCG), Decreto-Ley 106 de 1,963, dentro del capítulo IV, título I, del libro I, a partir del artículo 42 hasta el artículo 77. En dichos artículos se ven reflejados los aspectos mencionados por los doctrinarios antes señalados, y que serán expresados a continuación.

Al desarrollar cada una de las fases anteriores, resulta necesario apoyarse en la doctrina, para comprender de una mejor manera aquellas instituciones reguladas esencialmente en la ley. De tal cuenta, el autor **Brañas**²⁸¹ señala que (...) atendiendo a la probabilidad que el ausente viva, se desarrolla el concepto de ausencia es decir, en primer término la ley considera ausente a la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio en ella. Se observa en tal concepto que no existe duda respecto de su existencia. Este concepto es importante para la declaración de ausencia para la representación en juicio, que se estudiará más adelante. En un segundo lugar la ley considera ausente a la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora, siendo este concepto el que encuadra perfectamente en la denominada ausencia legal, en la cual en virtud del ignorado paradero, se puede dudar de la existencia del ausente, y que de prolongarse hace mayor la probabilidad de que el ausente pudo haber fallecido, y por último la ley, también reconoce la ausencia calificada, en casos de guerra, naufragio, explosión, etcétera, circunstancias que hacen presumir su muerte, aunque no se pueda tener certeza absoluta al respecto. (...) Tales preceptos, se ven reflejados en los artículos 42, 64 del CCG.

La segunda fase en que el CCG desarrolla la ausencia es, la declaración de ausencia para la representación en juicio, nombrando un defensor específico del presunto ausente, con el cargo exclusivo de representación judicial del mismo, decretando así también las medidas necesarias para el aseguramiento de sus bienes,

²⁸¹ Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 84 y 85.

siendo la principal medida el nombramiento de un depositario de los referidos bienes, cargo que también podrá ser desempeñado por el mismo defensor específico. Tal aspecto se encuentra regulado en el artículo 43 del **CCG** en el cual se señala que *“toda persona con derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir en la república y que se ausenta de ella, deberá dejar mandatario legalmente constituido, con todas las facultades especiales para responder de las obligaciones del mandante; y si no lo hiciere, se le declarará ausente a petición de parte.”*²⁸²

A tal respecto manifiesta **Brañas**²⁸³ que (...) El principio general debería ser que toda persona ejercite sus derechos y cumpla sus obligaciones, ya sea en forma personal o por medio de apoderado, sin embargo si no ocurre tal cosa, y éste se ausente de la república, sus derechos y obligaciones no pueden quedar en una situación de incertidumbre, razón por la cual la ley prevé la facultad que cualquier persona tiene de solicitar que aquella persona sea declarada ausente, para que sigan el ejercicio de sus derechos y obligaciones, lo más normal posible. (...)

Una vez establecido ello, es necesario resaltar, tal y como señalan los artículos 44 y 45 del **CCG**²⁸⁴ que tal declaración de ausencia (...) tendrá como único objeto nombrar un defensor judicial al ausente, para los casos que deba responder una demanda o hacer valer algún derecho en juicio, y que tal nombramiento recaerá preferentemente en un apoderado que no tenga facultades suficientes, que el ausente hubiera previamente dejado, y solo en su defecto en una persona de notoria honradez, arraigo y competencia.(...)

En el artículo 46 del CCG se encuentran reguladas las causas de terminación del defensor judicial, y que consecuentemente constituyen las limitantes a las funciones del defensor judicial, es decir funciones que están circunscritas al litigio en que se le nombró, desde que se provea de guardador de los bienes, -lo que ocurrirá en la siguiente fase de la ausencia-; o bien desde que el ausente se apersona.

²⁸² Código Civil y sus reformas. Decreto-Ley 106. *Op. cit.*

²⁸³ Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 85.

²⁸⁴ Código Civil y sus reformas. Decreto-Ley 106. *Op. cit.*

Importante, es la acotación de **Brañas**²⁸⁵ en el sentido, que (...) la ley es poco acertada al señalar que el cargo de defensor judicial finaliza al terminar el litigio en que se le nombró, pues a él se le nombró en las diligencias de ausencia, y esto será previo al litigio para el que se quería defender o demandar. (...)

Una tercera fase, en que la ley divide la ausencia, es realmente una segunda etapa dentro de tal declaratoria, aunque importante es señalar que no es prerrequisito que se haya declarado la ausencia para la representación en juicio, para que ésta sea procedente, y está constituida por la declaración de ausencia para la guarda y administración de los bienes del ausente, regulada en los artículos 47 al 53 del CCG y que consiste en que cuando una persona tenga bienes que deban ser administrados, cualquier persona capaz o la Procuraduría General de la Nación, pueden denunciar la ausencia, y solicitar el nombramiento de un guardador de sus bienes, quien recibirá los bienes y asumirá la representación legal del ausente, cesando en su cargo el defensor específico y el depositario provisional, según corresponda.

Nótese, que un aspecto muy importante, es el hecho que en ésta declaratoria de ausencia para la administración de bienes, el guardador de los bienes, también ostenta la representación legal del ausente, lo que implica que también lo podrá defender judicialmente, o promover litigios en favor de aquel, muy importante ésta diferencia con la declaración de ausencia para la representación judicial, pues ésta última se circunscribe a un litigio “especialísimo”, y no para los demás litigios, mientras que la primera –ausencia para la guarda y administración de bienes, además de administrar y guardar el patrimonio del ausente, el guardador se convierte en un representante legal, con amplias facultades, excepto las limitaciones que aplican para los tutores.

Aunado a lo anterior, es necesario señalar que el guardador tendrá derecho a una retribución fijada por Juez competente, sin embargo, en caso de que el guardador sea removido por su culpa, no tendrá derecho a retribución alguna.

Por último es importante señalar que el cargo del guardador de los bienes del ausente finaliza cuando: a) el ausente se apersona; b) cuando se extinguen los bienes

²⁸⁵ Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 85.

o dejan de pertenecer al ausente; c) cuando por alguna de las causas establecidas en la ley, el guardador sea sustituido; y, d) cuando se otorgue la administración a los parientes. –Siendo este último caso el que constituye la siguiente fase de la ausencia–.

La cuarta fase en que la ley divide la ausencia en Guatemala, es la Administración de los bienes por los parientes del ausente, y se encuentra regulada en los artículos del 55 al 62 del CCG y que ésta es muy similar a la declaración de ausencia para la guarda y administración de bienes del ausente, con algunas diferencias propias de su naturaleza, y es que en ésta administración por parientes, serán los parientes consanguíneos en orden de sucesión que establece la ley, los que administrarán los bienes del ausente, previa práctica del inventario y tasación de bienes, así como previa liquidación o partición de los bienes que pertenecen al matrimonio. Los parientes que administren el patrimonio del ausente asumirán la representación legal del ausente, cesando la representación del guardador, y la diferencia principal con la anterior etapa, estriba en el hecho que éstos harán suyos los frutos naturales y civiles de los bienes administrados.

Así mismo señala el Código Civil que el pariente administrador no podrá enajenar ni gravar los bienes del ausente sin llenar las formalidades establecidas respecto de los bienes de menores o incapaces, y que versan básicamente, en que tales enajenaciones o gravámenes se podrán hacer únicamente ante necesidad o utilidad evidente para el ausente.

Es importante señalar que para que los parientes puedan obtener la administración de los bienes del ausente, es necesario que constituyan hipoteca o presten fianza que cubra el valor de los bienes a administrar, y mientras tal garantía no se presente, no cesará la administración del guardador nombrado previamente. Así mismo, es interesante, la postura expresada por el código, que coincide con varios doctrinarios, en el sentido que el ausente se reputa vivo, para el efecto de adquirir por cualquier título, mientras no se haya decretado la posesión definitiva de sus bienes, esto es fase siguiente dentro del esquema de ausencia desarrollado por el CCG.

Resulta interesante la observación del autor **Brañas**²⁸⁶ en el sentido que, *“En el supuesto de que éste no tenga cónyuge, hijos o parientes consanguíneos en el orden de sucesión, el guardador seguirá ejerciendo la administración de los bienes hasta que se declare la muerte presunta del ausente y se resuelva lo relativo a la posesión de la herencia.”*

La quinta y última fase en que la ley divide la ausencia en Guatemala, es el de muerte presunta y posesión de los herederos, siendo esta fase el efecto último de la ausencia, pues con ésta etapa se consuman todas las esperanzas que se tengan sobre el patrimonio del ausente, en tanto éste no aparezca, y actúe por su propia cuenta. Y en tal sentido se encuentra regulada ésta etapa en los artículos del 63 al 77 del CCG siendo los aspectos más importantes a considerar, el hecho que para poder solicitar la declaración de muerte presunta, es necesario el transcurso de un plazo que la ley establece en cinco años, desde que se decretó la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticias del ausente, y en tal caso podrán los herederos legales o testamentarios del ausente, pedir la posesión de la herencia.

Véase aquí, que la declaratoria de ausencia puede ser solicitada, a partir de dos escenarios, siendo el primero de ellos cuando transcurran cinco años desde que se decretó la administración de los parientes, y el segundo desde que se tuvo la última noticia del ausente, siendo a criterio del autor, innecesaria tal normativa, pues evidentemente quien esté interesado en la declaratoria de muerte presunta del ausente, optará por la segunda alternativa, pues para ello no será necesario que previamente se tramiten diligencias de declaratoria de ausencia ni de posesión por parientes, sino una vez transcurridos cinco años desde que se dejaron de tener noticias del ausente se podrá solicitar su muerte presunta, y consecuentemente la posesión definitiva.

Como ya se mencionó anteriormente, podrá también solicitarse la declaratoria de muerte presunta, que doctrinariamente se conoce como calificada, y que consiste en el hecho que de la persona que se solicite tal declaratoria, ha estado expuesta a un peligro inminente, y que pudo estar expuesto a fallecimiento, siendo en tales supuestos abreviados los tiempos, de la manera siguiente: a) si la persona desaparece durante

²⁸⁶ *Ibid.* Pág. 87 y 88.

una guerra en que haya tomado parte o se hubiere encontrado en la zona de operaciones, cuando haya transcurrido un año del desaparecimiento; b) Si la persona se hubiera encontrado a bordo de un buque que naufraga, o accidente aéreo, igualmente un año a partir de su desaparición; y, c) cuando una persona hubiere desaparecido por causa de una explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro, y cuyo cadáver no haya sido encontrado. Sin embargo cuando no conste la fecha del siniestro en que falleció una persona, el juez fijará el día y la hora que se reputen como los de la muerte.

Los aspectos de la muerte presunta, así como los de la muerte presunta calificada, serán estudiados con mayor detenimiento en el siguiente capítulo, dedicado específicamente a aquellas instituciones, haciendo en este momento, únicamente referencia a los principales postulados contemplados en el CCG.

Para el CCG, una vez declarada la muerte presunta, se otorgará la posesión a quienes resulten herederos del ausente en la fecha señalada como día de la muerte presunta, y en cualquier momento en que se señale la fecha exacta, será ésta última fecha la que se deberá tomar en cuenta para considerar abierta la sucesión.

A este último aspecto también es necesario señalar que la ley prevé normas referentes al derecho de sucesiones en el sentido que en cualquier momento que aparezca revocado el testamento que motivó la posesión definitiva, o si se presenta otro testamento posterior, se conferirá la herencia a los que resulten herederos de acuerdo con los últimos documentos aparecidos.

Establece el CCG, que la resolución que declare la muerte presunta, deberá ser inscrita en el Registro Civil, actualmente del Registro Nacional de las Personas, y en el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda, esto con el objeto de dar publicidad a tal declaratoria.

Sin importar el momento en que ocurra, la posesión definitiva cesará cuando haya noticia que el ausente continúa con vida, y desde tal momento el ausente quedará como guardador de los bienes del ausente.

Al igual que en la declaratoria de ausencia, el ausente conservará la posesión de sus bienes en cualquier momento que regrese, por lo que cualquier persona que administre o custodie los bienes de aquel, no podrán retenerlos por causa alguna; y en caso de haber sido vendidos recobrará el precio de tales ventas.

Dentro de los efectos de la declaratoria de muerte presunta contemplados en el CCG es necesario señalar que: a) los poseedores de bienes deben proveer de alimentos a quienes tengan derecho a recibirlos; y b) si el cónyuge presente contrae matrimonio, éste será válido aunque el ausente viva, a no ser mala fe de los cónyuges, en cuanto a conocer la circunstancia que el ausente vivía, en cuyo caso se podrá promover la nulidad del nuevo matrimonio, dentro de los plazos establecidos en la ley.

Se puede concluir entonces, que el CCG regula la ausencia a lo largo de cinco fases o segmentos, siendo el primero un segmento de conceptualización de la ausencia y de la muerte presunta, y los otros cuatro, serán etapas dentro de la declaratoria de ausencia, las cuales si bien es cierto, una puede ir concatenada con la siguiente, también es cierto, que existe cierta independencia entre cada una de ellas, en el sentido que no es requisito indispensable que para llegar a la declaratoria de muerte presunta, se hayan diligenciado las otras tres etapas, pero que en fin todas las etapas, tienden a proteger los intereses primordialmente del ausente, y mientras más prolongada la ausencia, tienden a proteger también los intereses de terceras personas, pero principalmente de los presuntos herederos.

Se observa así también reflejado en el articulado del CCG, varias doctrinas referentes tanto a la ausencia como a la muerte presunta, tales como el hecho que el código si bien es cierto en un principio sigue la sistemática del código francés, también es cierto que dicho sistema fue absorbido por el sistema alemán, en el sentido que el CCG reconoce la muerte presunta calificada, reduciendo considerablemente los plazos para tal declaración.

En síntesis, se encuentran en las disposiciones del CCG. una etapa denominada declaración de ausencia para la representación en juicio, en la que básicamente se busca que se le nombre un representante legal al ausente, para que lo represente en

un juicio; así mismo se encuentra una segunda etapa, denominada ausencia para la guarda y administración de bienes, que busca que se tomen medidas de protección del patrimonio del ausente, principalmente nombrándole un guardador, que hará las veces de representante legal; una tercera etapa consiste en la administración del patrimonio del ausente por parte de sus parientes, quienes a diferencia del guardador de la etapa anterior, podrán hacer suyos los frutos del patrimonio del ausente, y la última etapa consiste en la declaración de muerte presunta, en la cual se les otorga la posesión definitiva del patrimonio del ausente a los herederos testamentarios o legales de aquel.

Capítulo 2: Muerte presunta

En el presente capítulo se analizará la última etapa dentro de la ausencia, y es que para muchos autores y para muchas legislaciones, la institución de la declaración muerte presunta, o declaración de fallecimiento como es llamada para algunos autores, apareja efectos tan propios que necesita ser estudiada por aparte de la ausencia, aunque se insiste en que ésta no es más que una etapa dentro de la declaratoria de ausencia, y que constituye, por su efectos, la etapa más importante de la declaratoria de ausencia.

Así mismo, es necesario señalar que algunas legislaciones, no regulan propiamente la etapa de muerte presunta, sino únicamente etapa de posesión definitiva, que realmente es uno de los efectos propios de la declaración de muerte presunta. Sin embargo, todas las legislaciones, expresa o tácitamente reconocen la muerte presunta, como efecto último de la declaratoria de ausencia, pues como es lógico, al transcurrir largo tiempo desde que se dejan de tener noticias de una persona, es necesario declarar su fallecimiento, para que se generen los efectos que derivarían de una muerte física; tales como la apertura de la sucesión.

2.1 Concepto y definición.

En primer lugar, es necesario señalar que atendiendo a cada legislación, para algunos autores tales como **Ossorio**²⁸⁷, **Couto**²⁸⁸, **Brañas**²⁸⁹ y **Santos Cifuentes**²⁹⁰ ésta etapa es denominada como (...) declaración de muerte presunta, o presunción de muerte (...), que para efectos prácticos, atienden a lo mismo.

Mientras que autores como **Espín Canovas**²⁹¹, **Castán Tobeñas**²⁹², **Albaladejo**²⁹³ y **De Cossío**²⁹⁴ la conceptualizan como (...) declaración de fallecimiento. (...)

Una vez aclarados las distintas denominaciones o conceptos que recibe ésta institución jurídica es procedente estudiar las definiciones que los distintos doctrinarios, tienen respecto de la misma.

En tal sentido, señala el autor **Ossorio**²⁹⁵ que (...) la muerte presunta, es la muerte supuesta, aunque no se haya encontrado el cadáver, y que se declara tras una ausencia prolongada, sin noticias del ausente. (...)

Vemos en la definición anterior, un elemento importante en el concepto de muerte presunta, en el sentido que se tiene por muerte presunta la muerte que se supone o que se infiere, aun y cuando no se haya encontrado el cadáver, sin embargo a criterio del autor de la presente investigación, este concepto es errado en su segundo apartado, en el sentido que la ausencia únicamente se declara tras una ausencia prolongada, sin noticias del ausente, lo cual no siempre es cierto, pues tal y como se estudiará más adelante, existen supuestos ante los que doctrinariamente se denominan como ausencia calificada, y en la cual, se procede a declarar la muerte presunta, sin necesidad de haber transcurrido un tiempo prolongado de ausencia.

²⁸⁷ Ossorio, Manuel. *Op. cit.* Pág. 602.

²⁸⁸ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 546.

²⁸⁹ Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 86 Y 87.

²⁹⁰ Cifuentes, Santos. *Op. cit.* Pág. 248.

²⁹¹ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 319.

²⁹² Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 321.

²⁹³ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 60.

²⁹⁴ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 116.

²⁹⁵ Ossorio, Manuel. *Op. cit.* Pág. 602.

Continúa manifestando el autor **Ossorio** que presunción de fallecimiento es: *“la suposición de haber muerto quien ha desaparecido en un siniestro que no deja vestigios de él o por ignorarse su paradero transcurrido el lapso legal fijado. Conduce a la apertura de la sucesión y demás consecuencias de la muerte efectiva comprobada...”*²⁹⁶

El autor **Albaladejo** *“Se llama declaración de fallecimiento el auto judicial que reputa muerto a un desaparecido.”*²⁹⁷

Para los autores **Espín Canovas**²⁹⁸, **Castán Tobeñas**²⁹⁹ y **De Cossío**³⁰⁰ (...) la declaración de fallecimiento, constituye el tercer y último período del régimen de ausencia, y que consiste en una presunción de muerte del ausente, que admite prueba en contrario, y posee las siguientes características: a) es una situación jurídica independiente, pues aunque implica el cese de la situación de ausencia, no refiere de la declaración de ausencia legal; y b) da preponderancia a la probabilidad de muerte, frente a la vida, contrariamente a lo que sucedía en la presunción de ausencia y en la ausencia declarada. (...)

Para el autor **Couto**³⁰¹ (...) La presunción de muerte presunta, constituye el tercer periodo de la ausencia, y en éste la idea fundamental que domina es el hecho que el ausente ha muerto, y en tal virtud la legislación traga de arreglar todo, como si el ausente efectivamente hubiera fallecido. (...)

²⁹⁶ *Ibid.* Pág. 760.

²⁹⁷ Albaladejo, Manuel. *Compendio de derecho civil*. Barcelona, España. Librería Bosch – Ronda Universidad 11, 1,976. Tercera Edición, página 60

²⁹⁸ Espín Canovas, Diego Manuel. *Manual de derecho civil español. Volumen I. Parte general*. Editorial Revista de Derecho Privado. Sexta Edición. Madrid, España. 1,974-1,977. Páginas 307 y 319

²⁹⁹ Tobeñas, José Castán. *Derecho civil español, común y foral, tomo primero, introducción y parte general*. Madrid, España. Instituto Editorial Reus. Duodécima Edición. 1,978. Página 321 y 322

³⁰⁰ De Cossío, Alfonso. *Instituciones de derecho civil, 1. Parte general. Derecho de obligaciones*. Madrid, España. Alianza Editorial, S.A., 1,975. Página 116

³⁰¹ Couto, Ricardo. *Derecho civil. Personas*. Volumen 3. Colección Grandes Maestros del Derecho Civil. México. Editorial Jurídica Universitaria. 2,002. Página 546

Observa **De Castro** citado por **Castán Tobeñas**³⁰² que (...) En esta etapa pierde primacía la protección del desaparecido y pasa a primer término los intereses de los presuntos herederos. (...)

A este mismo respecto manifiesta **Santos Cifuentes**³⁰³ que (...) con la presunción de fallecimiento ya no se pretende la protección del patrimonio del ausente, sino la declaración de su muerte presunta para efectos sucesorios. (...)

El autor **Couto**³⁰⁴ (...) señala que en la legislación mexicana, este tercer periodo comienza cuando han transcurrido treinta años desde la declaración de ausente, sin que se tengan noticias del ausente. (...) Se deba señalar que en cada legislación los plazos para declarar la muerte presunta varían, atendiendo principalmente a la legislación de cada país, sin embargo, es oportuno indicar que en épocas modernas se hace anticuado e innecesario tener un período tan largo para la declaración de muerte presunta, pues con las grandes facilidades de comunicaciones de hoy en día, es muy difícil dejar de tener noticias de alguna persona, por un período corto de tiempo, y por tal razón no se debería de requerir el transcurso de treinta años para tal declaración.

Por su parte **De Cossío**³⁰⁵ y **Espín Canovas**³⁰⁶, señalan que (...) en España, procede la declaración de fallecimiento, transcurridos diez años desde las últimas noticias del ausente, o cinco años, si al momento de tenerse las últimas noticias, el ausente ya hubiera cumplido setenta y cinco años desde su nacimiento. (...)

A tal respecto, por ejemplo manifiesta **Brañas**³⁰⁷ que en Guatemala (...) La muerte presunta podrá declararse después de transcurridos cinco años desde que se decretó la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente, y en tal caso podrán sus herederos testamentarios o legales pedir la posesión de la herencia (...) Se ven aquí reflejadas dos circunstancias; primero el hecho que para declarar la muerte presunta no se necesita que preexista una declaración de ausencia,

³⁰² Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 321 y 322.

³⁰³ Cifuentes, Santos. *Op. cit.* Pág. 248.

³⁰⁴ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 546.

³⁰⁵ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 116.

³⁰⁶ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 320 y 321.

³⁰⁷ Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 86 y 87.

es decir es una etapa independiente; y segundo que la declaratoria de muerte presunta, se podrá hacer transcurridos cinco años a partir de la última fecha en que se tuvo noticias del ausente, cumpliendo entonces con lo establecido anteriormente.

Se puede concluir entonces que para la doctrina, declaración de muerte presunta, presunción de muerte presunta, y declaración de fallecimiento tienen la misma definición, y es una etapa que constituye la tercera fase dentro de la declaración de ausencia, en la que no solo se busca la protección del patrimonio del ausente, sino también se busca proteger los intereses de los presuntos herederos.

Tal declaración llegará después de haberse cumplido los requisitos establecidos en la ley, y que principalmente variarán respecto de los plazos para dicha declaratoria.

Es necesario indicar, que algunas legislaciones no regulan propiamente la institución de la muerte presunta, mientras que otras por el contrario regulan únicamente la institución de la muerte presunta y no así la de la ausencia. Así mismo algunas otras legislaciones, establecen una fase denominada de posesión definitiva de los bienes del ausente, que constituye la última fase de la declaratoria de ausencia, en éstos países, y que realmente es una fase similar a la declaración de muerte presunta, pues en ésta fase se hace entrega definitiva de los bienes a quienes resulten herederos del ausente, y se elimina cualquier restricción sobre tales bienes.

Se estudiará en el presente capítulo, los requisitos, efectos, su estructura como institución jurídica, así como sus similitudes con instituciones como la muerte civil, en algunas legislaciones, y por último se estudiarán los casos de muerte presunta extraordinaria, que se dan en circunstancias de riesgo y peligro inminente para el ausente, de quien se pretende declarar la muerte presunta.

2.2 Nacimiento y fin de la persona.

Natural es que la vida se inicie con el nacimiento e incluso antes, desde su concepción y finalice con la muerte; sin embargo, tal y como se verá a continuación, existe una situación en la que se puede estar tratando a un muerto como si estuviera

vivo, y viceversa, a una persona viva como si hubiese fallecido, pues se desconoce con certeza la existencia de esta persona, y ante tal incertidumbre es que la ley crea un sistema para dar el tratamiento más adecuado no solo con el ausente –de quien no se tiene certeza de su existencia-, sino de su patrimonio, y de los derechos subordinados a su vida o a su muerte.

En tal sentido, establece el autor **Simón Carrejo** *“De la misma manera que el nacimiento marca el momento de la iniciación de la personalidad en derecho, hay también un instante cronológico en que ella desaparece jurídicamente: es el de la muerte, más allá del cual se tiene esa personalidad como extinguida. Dicho momento cronológico corresponde a la suspensión definitiva de las funciones vitales, sean síquicas o físicas, y la consecutiva paralización de la totalidad de las funciones orgánicas.”*³⁰⁸

En ese mismo sentido, **Beltranena Valladares** señala que *“La existencia o vida de las personas individuales termina con su muerte natural. Se entiende como es obvio, por muerte natural la cesación de la vida por cualquier causa o medio.”*³⁰⁹

Por su parte, el artículo 1 del **CCG** establece *“La personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.”*³¹⁰

Los anteriores aspectos, como es evidente, son los supuestos generales de cómo debe de iniciar y finalizar la personalidad jurídica de las personas, sin embargo, no en todas las situaciones es tan fácil determinar cuándo termina la personalidad jurídica de una persona, y es por ello que las legislaciones han creado instituciones como la declaración de ausencia y muerte presunta para que mediante un sistema progresivo, se determine el momento en que se tendrá por fallecida a una persona, para que de esa cuenta se establezca a partir de qué momento se podrán ejercitar los efectos y obligaciones que de la muerte del ausente derivan.

³⁰⁸ Carrejo, Simón. *Op. cit.* Pág. 391.

³⁰⁹ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 18.

³¹⁰ Código Civil y sus reformas. Decreto-Ley 106. *Op. cit.*

2.3 La muerte.

En un primer lugar, previo a entrar de lleno al desarrollo de la presunción de muerte o fallecimiento, es necesario, aclarar qué es la muerte y cuáles son sus efectos, y en tal sentido, es necesario señalar, tal y como establece **Ossorio** que fallecimiento es: *“El fin de la existencia de la persona física, muerte. Interesa al Derecho por cuanto produce una serie de consecuencias jurídicas, de las cuales es la fundamental la sucesión de los derechos y obligaciones del fallecido.”*³¹¹

A este mismo respecto, manifiesta **Simón Carrejo**³¹² que (...) muerte significa, la anulación de la personalidad. (...)

En este apartado, es necesario hacer una diferenciación entre la muerte natural y la muerte civil, pues la primera es a la que se acaba de hacer referencia, mientras que la segunda, tal y como establece **Ossorio** es la *“Situación jurídica de antiguos ordenamientos que preceptuaban, en vida de una persona, el despojo o privación de todos sus derechos civiles y políticos. ...; La institución fue incorporada al Código de Napoleón, pero hoy está abolida por todas partes, excluidas ciertas formas de persecución de tiranías. Tan solo un eco es la moderna interdicción civil, limitada a ciertos derechos.”*³¹³

Ante tal distinción establece **De Cossío**³¹⁴ que (...) la personalidad civil de las personas se extingue por su muerte -natural-, ya que en el derecho moderno se rechazan los supuestos de muerte civil, admitidos por el derecho histórico, y que podía ser determina por la pérdida de la libertad, la pena o la profesión religiosa. (...)

La muerte civil consistió en la pérdida de la libertad, por determinadas penas, o determinadas religiones, en las cuales las personas, eran consideradas muertas, para el ejercicio de cualquier derecho, a sabiendas que aquellas personas se encontraban

³¹¹ Ossorio, Manuel. *Op. cit.* Pág. 402.

³¹² Carrejo, Simón. *Op. cit.* Pág. 391.

³¹³ Ossorio, Manuel. *Op. cit.* Pág. 601.

³¹⁴ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 109.

con vida. Sin embargo esta institución que fue contemplada por vez primera en el Código de Napoleón, si bien es cierto ya no se encuentra vigente como tal en casi todas las legislaciones modernas, se debe señalar que constituyó el antecedente más cercano a las ficciones jurídicas de la ausencia y muerte presunta.

A tal respecto, señala **Borda** que *“Las legislaciones antiguas conocían una institución repugnante al sentimiento jurídico moderno y que perduró en algunos países hasta mediados del siglo pasado: la muerte civil. Los delincuentes condenados por ciertos delitos graves a deportación eran reputados, a manera de condena adicional, como civilmente muertos.”*³¹⁵

Sin embargo se debe indicar que tal muerte –civil- no tiene nada que ver con la muerte natural, a la que se hace referencia en el presente apartado, pues ésta última lógicamente se encuentra vigente en la actualidad, y apareja consecuencias innegables, mientras que aquella, a pesar de no estar vigente, no es motivo de estudio en la presente monografía, por no tener una relación directa con la muerte presunta.

2.3.1 Efectos jurídicos de la muerte –natural-.

Es necesario, hablar de los efectos jurídicos que apareja la muerte natural, para comprender los efectos de la presunción de muerte. Pues si bien es cierto los efectos son muy similares, existen ciertas limitantes, que hacen que no se pueda hablar de los mismos efectos, y en tal sentido señala el autor **Simón Carrejo** *“El acaecimiento de la muerte tiene pues, como primer efecto, la aniquilación de la personalidad que ante el derecho tuvo el fallecido.”*³¹⁶

Para **Beltranena Valladares**³¹⁷ (...) la muerte natural es un hecho generador de efectos jurídicos que pueden ser positivos o adquisitivos, tales como en materia sucesoria, que los sucesores o herederos adquieren del causante; y negativos o extintivos, como por ejemplo en el caso del matrimonio que provoca la disolución. (...)

³¹⁵ A. Borda, Guillermo. *Op. cit.* Pág. 239.

³¹⁶ Carrejo, Simón. *Op. cit.* Pág. 391.

³¹⁷ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 18.

Nótese que se está hablando de la muerte natural, y no de la presunción de muerte o fallecimiento, cuyos efectos son distintos.

En síntesis, se puede afirmar que los efectos jurídicos de la muerte natural, son variados, pero que principalmente consisten en la extinción de la personalidad jurídica del fallecido, la posibilidad de aperturar la sucesión del fallecido, y la de disolver el vínculo conyugal. Efectos que en un principio, parecerían aplicables a la presunción de muerte o fallecimiento, pero que como se verá más adelante, no todos estos efectos aplican para la presunción de fallecimiento, pues por la razón de la falta de certeza respecto del fallecimiento del ausente, se verá que tales efectos se encuentran limitados o condicionados.

2.4 La muerte presunta como institución jurídica.

Se han establecido las generalidades de instituciones relacionadas con la muerte presunta, tales como la muerte natural y la muerte civil. Haciéndose necesario en este momento iniciar propiamente el estudio de la muerte presunta como institución jurídica, y para tal efecto, es necesario, observar en primer lugar los requisitos para que esta sea procedente.

En tal sentido, establecen los autores **Castán Tobeñas**³¹⁸, **Albaladejo**³¹⁹ y **Simón Carrejo**³²⁰ que (...) la declaración de fallecimiento necesita: a) que se den los supuestos que la ley determina, dependiendo si se trata de ausencia simple o calificada (peligro inminente), sin que sea necesaria previa declaración de ausencia legal; b) que exista instancia de parte. (...)

Difiere de los autores citados, **Couto**, quien señala que en la legislación mexicana *“Para que la presunción de muerte pueda declararse, es indispensable que haya sido pronunciada la declaración de ausencia, pues la fecha de esta declaración es el punto de partida para contar los treinta años que, deben correr para declarar la presunción de*

³¹⁸ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 323.

³¹⁹ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 60.

³²⁰ Carrejo, Simón. *Op. cit.* Pág. 401.

muerte; así pues, aunque hayan transcurrido cuarenta o más años, desde la desaparición del ausente, o de sus últimas noticias, no podrá decretarse la presunción de su muerte, si no ha sido declarado antes, en estado de ausencia."³²¹

Como ya ha quedado aclarado anteriormente, los plazos y requisitos de cada legislación serán estudiados en el capítulo siguiente de la presente monografía, así como en los cuadros de cotejo al final de la misma.

Se observa, que los requisitos para que exista la declaración de muerte presunta o de fallecimiento, pueden variar dependiendo de las legislaciones, sin embargo, es requisito uniforme, expuesto por los doctrinarios, que para que se declare la muerte presunta, se debe cumplir los plazos establecidos en la ley de cada país, que dependiendo la doctrina que sigan podrán ser largos o cortos, y con la variable aún más interesante, que en algunas legislaciones, es requisito *sine qua non* para la declaratoria de fallecimiento, que previamente se haya declarado la ausencia legal, pues es a partir de aquel momento, en que se inicia a contar el plazo para la declaratoria de muerte presunta.

2.5 Efectos de la muerte presunta o declaración de fallecimiento.

Indudablemente el aspecto más relevante de la declaratoria de muerte presunta, lo constituyen los efectos que ésta genera, pues innegablemente son muy variados y de gran importancia, aunque la mayoría de autores considera que son de dos órdenes, patrimoniales y familiares, no se hace necesaria tal distinción para su comprensión, pues a criterio del autor, los efectos son únicos, y no deben ser clasificados.

De tal cuenta, se puede señalar que algunos de los efectos generados por la declaratoria de muerte presunta son:

Como es lógico, y que además ya quedó expresado en el capítulo anterior, es efecto propio de la declaratoria de fallecimiento, tal y como establecen **Albaladejo**³²²,

³²¹ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 547 y 548.

³²² Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 60.

Castán Tobeñas³²³ y **De Cossío**³²⁴ (...) en los casos en los que se haya declarado la ausencia legal –que no es indispensable-, ésta cesará por la declaración de fallecimiento, y consecuentemente terminara la función del representante del ausente. (...)

Según los autores **Naranjo Ochoa**³²⁵, **Castán Tobeñas**³²⁶, **Couto**³²⁷, **De Cossío**³²⁸, **Albaladejo**³²⁹, **Santos Cifuentes**³³⁰, **Espín Canovas**³³¹ y **Ossorio**³³² (...) indudablemente el efecto más importante que apareja la declaración de muerte presunta es la apertura de la sucesión del ausente; concediendo vía libre a los herederos para pedir la posesión de un modo casi definitivo de los bienes. (...)

Según el autor **Naranjo Ochoa**³³³ (...) se produce la emancipación de los hijos menores de edad. (...) Sin embargo, a tal respecto establece la autora **Beltranena Valladares**³³⁴ que (...) en caso de declaración de muerte presunta la patria potestad sobre los hijos menores queda a cargo del cónyuge presente (...)

El otro efecto, que sin lugar a dudas ocupa gran importancia en cuanto a los efectos de la declaratoria de ausencia, es lo relativo al matrimonio. Y a tal respecto existen dos posturas que responden principalmente a cada legislación. Y de esa cuenta, autores como **Naranjo Ochoa**³³⁵, **Beltranena Valladares**³³⁶ y **Santos Cifuentes**³³⁷ consideran que (...) Por la declaración de muerte presunta, se disuelve el matrimonio, de manera que el cónyuge sobreviviente puede contraer nuevas nupcias. (...)

³²³ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 324.

³²⁴ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 117.

³²⁵ Naranjo Ochoa, Fabio. *Op. cit.* Pág. 194 y 195.

³²⁶ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 324.

³²⁷ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 548.

³²⁸ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 117.

³²⁹ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 60.

³³⁰ Cifuentes, Santos. *Op. cit.* Pág. 250.

³³¹ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 307.

³³² Ossorio, Manuel. *Op. cit.* Pág. 602.

³³³ Naranjo Ochoa, Fabio. *Op. cit.* Pág. 194 y 195.

³³⁴ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 84.

³³⁵ Naranjo Ochoa, Fabio. *Op. cit.* Pág. 194 y 195.

³³⁶ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 83 y 84.

³³⁷ Cifuentes, Santos. *Op. cit.* Pág. 250.

Agrega la autora **Beltranena Valladares**³³⁸ que (...) el nuevo matrimonio será válido, aunque el ausente viva, a no ser mala fe de alguno de los nuevos cónyuges. (...)

Contrarían la postura anterior, los autores **Castán Tobeñas**³³⁹, **Albaladejo**³⁴⁰, **Espín Canovas**³⁴¹ y **De Cossío**³⁴², quienes apoyados en la legislación española afirman que (...) la declaración de fallecimiento no basta por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer nuevas nupcias, y el vínculo matrimonial no se disuelve, sino por la muerte efectiva, que conste expresamente. Sin embargo la frase “por sí sola”, hace suponer, la existencia de algún tipo de complemento a la declaración de muerte presunta, que permita al cónyuge presente contraer nuevas nupcias, y este complemento no podrá ser otro, que la disolución del vínculo matrimonial por parte de la Iglesia Católica, situación ante la cual si sería procedente tal declaratoria. (...)

Otro efecto de la declaración de muerte presunta, es en cuanto a la presunción de paternidad de los hijos nacidos después de la declaratoria de fallecimiento del marido ausente, y a tal respecto establecen los autores **Espín Canovas**³⁴³ y **Naranjo Ochoa**³⁴⁴ que (...) independientemente que se reconozca la disolución del vínculo conyugal o no, se deberán equiparar los efectos de la muerte presunta a los de la disolución del matrimonio, para los efectos de computar el plazo para la presunción de legitimidad de los hijos, y por tanto, los hijos habidos por la mujer después de este plazo legal serán ilegítimos y extramatrimoniales. (...)

La autora **Beltranena Valladares**³⁴⁵ establece otro efecto de la declaratoria de muerte presunta, en el sentido que (...) los poseedores de los bienes del ausente, deberán prestar las pensiones alimenticias a quienes tengan derecho a ello. (...)

Por su parte el autor **Couto**³⁴⁶ también considera que (...) la declaración de presunción de muerte genera que los herederos que sean puestos en posesión de los

³³⁸ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 83 y 84.

³³⁹ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 324 y 325.

³⁴⁰ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 61.

³⁴¹ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 323 y 324.

³⁴² De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 117 y 118.

³⁴³ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 325.

³⁴⁴ Naranjo Ochoa, Fabio. *Op. cit.* Pág. 194 y 195.

³⁴⁵ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 83.

bienes, no deban dar garantía de ningún tipo, y si ya la hubieren otorgado anteriormente, -en alguna etapa previa-, ésta deberá quedar cancelada. (...)

Por último, se debe dejar claro que tal y como establecen **Naranjo Ochoa**³⁴⁷, **De Cossío**³⁴⁸ y **Albaladejo**³⁴⁹ (...) las relaciones jurídicas, los derechos y obligaciones, que han de extinguirse o constituirse sobre el presupuesto de la muerte del desaparecido, quedan extinguidos o constituidos en la fecha señalada como día de la muerte presunta, y antes de aquel momento, se debe presumir vivo al ausente. (...)

En cuanto a los derechos eventuales del declarado muerto presunto, se debe aclarar, tal y como establece **Couto**³⁵⁰ que (...) los derechos que puedan corresponde al ausente después de su desaparecimiento, como por ejemplo una sucesión abierta en su favor, después de su desaparición –derechos eventuales- están subordinados a la condición de que el ausente viva, al momento que le fueron otorgados. Por lo que, para que los representantes legales del ausente puedan reclamar tales derechos, es indispensable que prueben que el ausente vivía, en la época en que nacieron a favor suyo, lo cual será evidentemente imposible, pues tanto la ausencia como la muerte presunta se basan en la incertidumbre que el ausente existe, por lo que se hace imposible probar tal extremo, y consecuentemente hace imposible reclamar aquellos derechos eventuales del ausente o muerto presunto.

Se puede concluir, que los efectos de la declaración de muerte presunta, son muy variados en cada legislación, pero que indudablemente, todas las legislaciones y todos los doctrinarios, coinciden en que los efectos propios y más relevantes de ésta son: a) el hecho de dar por terminada la etapa de ausencia legal; b) la lectura del testamento así como la apertura de la sucesión; y c) la libertad de estado para el cónyuge supérstite.

³⁴⁶ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 548.

³⁴⁷ Naranjo Ochoa, Fabio. *Op. cit.* Pág. 194 y 195.

³⁴⁸ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 117.

³⁴⁹ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 60.

³⁵⁰ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 557.

2.5.1 Limitaciones a los efectos de los poseedores.

Una vez aclarados, los principales efectos aparejados por la muerte presunta, es necesario, señalar que muchos doctrinarios, coinciden en el hecho que los efectos causados por la declaración de muerte presunta, no son definitivos ni plenos para los herederos, sino que poseen algunas limitaciones, tal y como se verá a continuación.

Respecto de las limitaciones de los derechos de los herederos sobre los bienes del ausente, manifiestan los autores **Castán Tobeñas**³⁵¹, **Santos Cifuentes**³⁵², **Albaladejo**³⁵³, **De Castro** citado por **Castán Tobeñas**³⁵⁴ y **De Cossío**³⁵⁵ señalan que (...) Los herederos no pueden disponer a título gratuito sino hasta cinco años después de la fecha que se señale como la de muerte, en el auto declaratorio. Limitación que se hace atendiendo a que aún existe una leve posibilidad que el ausente regrese. Este período es conocido como período de prenotación o de dominio restringido. (...)

Otra limitación que contemplan algunas legislaciones, tal y como establecen los autores **Castán Tobeñas**³⁵⁶, **De Cossío**³⁵⁷ y **Espín Canovas**³⁵⁸ es que (...) el periodo de prenotación también debe aplicar para la entrega de los legados, a los legatarios. (...)

Cabe la pena señalar que para los citados autores, así como para **Santos Cifuentes**³⁵⁹ y **De Castro** citado por **Castán Tobeñas**³⁶⁰ (...) durante el período de prenotación no se podrán inscribir en los registros los bienes heredados, sino hasta transcurrido aquel plazo; pero mientras tanto, deberá hacerse una especie de anotación en el registro respectivo, haciendo notar, la indisponibilidad de aquellos bienes. (...)

³⁵¹ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 324.

³⁵² Cifuentes, Santos. *Op. cit.* Pág. 250.

³⁵³ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 60.

³⁵⁴ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 322.

³⁵⁵ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 117.

³⁵⁶ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 324.

³⁵⁷ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 117.

³⁵⁸ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 307.

³⁵⁹ Cifuentes, Santos. *Op. cit.* Pág. 250.

³⁶⁰ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 322.

En este periodo de prenotación, establecen los autores **Santos Cifuentes**³⁶¹ así como **Castán Tobeñas**³⁶² (...) los herederos deberán inventariar los bienes muebles que reciban. (...)

Por otro lado, el autores **Couto**³⁶³ y **Beltranena Valladares**³⁶⁴ consideran que (...) los herederos en sus relaciones con terceros, derivado de la declaración de fallecimiento y de la posesión definitiva de los bienes tienen carácter de propietarios, siendo su derecho de propiedad no revocable, sino definitivo, y de aquí que éstos puedan enajenar o gravar los bienes a cualquier título, sin limitación alguna. (...)

A este respecto, el autor **Couto** aclara que *“hay que tener presente que tanto en el sistema francés, como en el mexicano, los coherederos y las personas que, a falta del ausente, suceden en la herencia, son considerados como propietarios de los bienes que reciben, siendo revocable su derecho en el caso en que el ausente se presente en su domicilio o en el que de que se pruebe que existía en la época en que se abrió la sucesión.”*³⁶⁵

Es necesario señalar, tal y como establece **Santos Cifuentes**³⁶⁶ (...) en referencia al día presuntivo del fallecimiento -lo cual apareja grandes consecuencias jurídicas, por cuanto que en ese día se considera que murió el ausente y se transmiten sus derechos a los herederos-, que en algunas legislaciones, la ley no se deja al albedrío del juez tal determinación, sino que señalan parámetros para que dicha fecha sea declarada, pues en caso contrario, el juez estaría resolviendo sobre la fecha en que conviene a los herederos que haya fallecido el ausente, lo cual a criterio de algunos autores no es procedente. (...)

De lo anterior, se puede concluir, que las limitaciones que los herederos del declarado fallecido presuntamente, estarán determinadas por la legislación de cada país, incluso, dependiendo del tratamiento que se le dé a los herederos, puede que no

³⁶¹ Cifuentes, Santos. *Op. cit.* Pág. 250.

³⁶² Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 324.

³⁶³ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 550.

³⁶⁴ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 83.

³⁶⁵ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 559.

³⁶⁶ Cifuentes, Santos. *Op. cit.* Pág. 249.

exista limitación alguna para aquellos, más que la posibilidad permanente que el declarado muerto regrese.

2.6 Muerte presunta extraordinaria.

La muerte presunta, puede ser declarada en virtud del transcurso de un plazo que las distintas legislaciones establezcan, sin embargo, las legislaciones contemplan casos extraordinarios para tal declaración de muerte presunta, y esto es cuando por alguna circunstancia o razón el ausente estuvo presente en alguna situación de riesgo evidente para su vida, circunstancias en las cuales las legislaciones reducen considerablemente el tiempo para la declaratoria de muerte presunta, incluso, dependiendo de las circunstancias algunas legislaciones contemplan la posibilidad de declarar la muerte presunta, sin necesidad de transcurso del tiempo alguno.

En tal sentido, autores como **Espín Canovas**³⁶⁷, **Castán Tobeñas**³⁶⁸ y **De Cossío**³⁶⁹ señalan que (...) procede también la declaración de fallecimiento después de dos años en los siguientes casos de ausencia calificada: a) riesgo inminente de muerte por causa de siniestro o de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado, sin haberse tenido, con posterioridad al siniestro o la violencia, noticias suyas; b) desaparición en una expedición militar que haya tomado parte en operaciones de campaña, plazo que se iniciará a contar a partir del tratado o acuerdo de paz, o cese de la guerra; c) desaparición derivado de un siniestro marítimo; y d) Desaparición derivado de un siniestro aéreo. (...)

Los autores **Castán Tobeñas**³⁷⁰ y **De Cossío**³⁷¹ señalan que (...) en los casos de siniestro marítimo o aéreo se deben diferenciar, siniestro comprobado, o siniestro presuntivo, pues en este último caso aplicará el plazo de dos años, al que se acaba de hacer referencia, sin embargo, en el caso de siniestro comprobado, tales como en los

³⁶⁷ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 321.

³⁶⁸ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 325.

³⁶⁹ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 116.

³⁷⁰ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 325.

³⁷¹ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 117.

que se demuestre que una persona se encontraba en determinado momento, en una nave o aeronave que sufrió un grave accidente, y del cual no resultaron sobrevivientes, aunque no se encuentre el cuerpo de ésta persona, el juez podrá llegar al convencimiento moral pleno de ha muerto, en tal supuesto, no se hablaría de una presunción de fallecimiento sino de una prueba directa de muerte, no siendo necesario, para que tal declaración produzca plenitud de efectos, el transcurso de plazo de tiempo alguno. (...)

Por su parte, el autor **Simón Carrejo**³⁷² señala que (...) ante dos supuestos, se podrá declarar la posesión definitiva del patrimonio del ausente de manera extraordinaria, y esto es: a) en los casos de heridas durante guerra, naufragio, accidente aéreo, o cualquier otro peligro similar, luego de transcurridos cuatro años, el juez podrá fijar como día presuntivo de muerte aquel en que ocurrió el hecho que con toda probabilidad ha causado el fallecimiento de la persona, otorgando inmediatamente la posesión definitiva de sus bienes; y b) cuando pasados dos años de la declaración de muerte presunta, se compruebe que el desaparecido tenía más de 70 años de edad, en cuyo caso se deberá otorgar la posesión definitiva a los herederos.(...) Nótese, que el presente autor, se refiere a derecho de Colombia, en el cual, la declaratoria de muerte presunta, se hace previamente a la entrega de la posesión definitiva.

Para el autor **Santos Cifuentes**³⁷³ (...) se deben distinguir tres escenarios para la declaración de muerte presunta, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, siendo éstos: a) ordinario, que se podrá declarar pasados 3 años, desde que se tuvieron las últimas noticias del ausente; b) un extraordinario genérico, el cual se puede declarar, cuando hayan transcurrido dos años desde que ocurre un desastre, incendio, terremoto, guerra o empresa riesgosa y no se tengan noticias de la persona que probablemente participó en ellos; y, c) el extraordinario específico, que se puede declarar luego de seis meses, en caso de naufragio de nave o aeronave, en donde certeramente se encontraba la persona. (...)

³⁷² Carrejo, Simón. *Op. cit.* Pág. 401-402.

³⁷³ Cifuentes, Santos. *Op. cit.* Pág. 249.

En el caso de Guatemala, los autores **Brañas**³⁷⁴ y **Beltranena Valladares**³⁷⁵, señalan que (...) extraordinariamente, la ley ofrece taxativamente tres supuestos en los que puede declararse la muerte presunta extraordinaria, siendo éstos: a) de la persona que desapareciere durante una guerra en que haya tomado parte o se hubiere encontrado en la zona de operaciones; b) de la persona que se hubiere encontrado a bordo de un buque náufrago, o al verificarse un accidente de aviación; y, c) de la persona cuyo cadáver no haya sido encontrado y hubiere desaparecido por causa de explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro.(...)

La legislación guatemalteca, contempla un plazo de un año, a partir de la fecha en que haya sucedido el siniestro, para los casos contenidos en los literales a y b antes señalados, sin embargo, no hace referencia a plazo alguno en el tercer supuesto

A tal respecto manifiesta **Beltranena Valladares**³⁷⁶ (...) que respecto del inciso de la ley que hace referencia a la persona cuyo cadáver no sea encontrado y hubiere desaparecido por causa de explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro, en caso se conozca la fecha del siniestro, por analogía y en aplicación del aforismo “donde existe la misma razón, se aplica la misma disposición” se deberá aplicar el plazo de un año contemplado para los incisos a y b de la ley; mientras que si se desconoce la fecha del siniestro, un juez con base en las pruebas que se le presenten deberá fijar el día y hora que se reputen ser los de la muerte. (...)

Por su parte, difiere **Brañas**³⁷⁷ en el sentido que “*Respecto a los casos previstos en el inciso c) (desaparición por causa de explosión, incendio, etc.), no se hace mención de término alguno, por lo cual ha de entenderse que la indicada declaración puede solicitarse sin necesidad de esperar el término de un año. Quizás el legislador razonó en el sentido que no era necesaria espera alguna en esos supuestos, dada la naturaleza de los hechos de que se trata.*”

³⁷⁴ Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 90.

³⁷⁵ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 86.

³⁷⁶ *Ibid.* Pág. 86 y 87.

³⁷⁷ Brañas, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 90 y 91.

Se debe observar, que no solo los doctrinarios, sino que las legislaciones coinciden en la necesidad de regular, lo referente a la muerte presunta extraordinaria o calificada, como es denominada por algunos autores. Y que tal declaración de muerte presunta, se hará atendiendo a las distintas circunstancias de riesgo que el declarado fallecido atraviere.

Tal declaración de fallecimiento, se hará en un período más breve del de la declaración de fallecimiento ordinaria, incluso llegando algunas legislaciones, y algunos doctrinarios a la conclusión, que en determinados supuestos, no es necesario, el transcurso de algún tiempo determinado para tal declaración, sino que inmediatamente comprobado el suceso, y el hecho que la persona indudablemente se encontraba en ese preciso lugar, es razón suficiente para que un juez declare la posesión definitiva por parte de los herederos, respecto del patrimonio del muerto presunto.

Las principales causas, contenidas en la mayoría de legislaciones, para declarar la muerte presunta extraordinaria son, desaparición derivado de algún siniestro aéreo o marítimo; desaparición de la persona que haya tomado parte en alguna guerra o bien que se encontrara en la zona de operaciones durante el desenvolvimiento de la misma; y por último que la persona haya desaparecido a causa de alguna explosión, incendio, terremoto, o algún siniestro parecido.

Vale la pena señalar que cada legislación, regula de manera diferente los plazos para declarar la muerte presunta extraordinaria, atendiendo a las diferentes circunstancias sucedidas.

2.7 Cesación de la muerte presunta.

La declaración de fallecimiento o muerte presunta, finaliza básicamente por las mismas causas que la declaración de ausencia, a excepción lógicamente que aquella no cesa por la declaración de muerte presunta.

En tal sentido, establecen los autores **Albaladejo**³⁷⁸, **Couto**³⁷⁹, **Naranjo Ochoa**³⁸⁰, **Castán Tobeñas**³⁸¹ y **De Cossío**³⁸² que (...) la declaración de fallecimiento queda sin efecto, ya sea por que la persona reaparece, o se tienen noticias comprobables de que aun existe, o bien si se constata su muerte efectiva. (...)

Por su parte, el autor **Couto**³⁸³ señala que (...) otra causal para finalizar la posesión definitiva debe ser la presentación de herederos con mejores derechos, como por ejemplo que estaban instituidos en un testamento posterior, pues evidentemente serán estos quienes ostentarán la posesión definitiva de los bienes del declarado muerto presunto. (...)

A su vez, el autor **Espín Canovas**³⁸⁴ agrega otra causal para la terminación de la declaración de fallecimiento en el sentido siguiente (...) es posible que el fallecimiento del ausente tuviera lugar en un momento distinto al que se le consideró en la declaración de fallecimiento, y en consecuencia esto puede derivar en que sean diferentes los llamados a suceder en la posesión de su patrimonio, por lo que habría que dejar sin efecto aquella declaratoria, y señalar una nueva, con los herederos correctos. (...)

Una vez establecidas las causales por las que puede finalizar la declaración de fallecimiento o muerte presunta, se hace necesario analizar los efectos y consecuencias que tal finalización o revocación apareja.

En tal sentido, establecen **Planiol y Ripert**³⁸⁵ así como **Couto**³⁸⁶ que (...) habiendo cesado la incertidumbre de la existencia del ausente, ya sea por haberse comprobado su fallecimiento o por haberse tenido noticias de su existencia, el Derecho Común recupera su imperio, de tal cuenta que si continúa con vida, corresponderá a

³⁷⁸ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 61.

³⁷⁹ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 556.

³⁸⁰ Naranjo Ochoa, Fabio. *Op. cit.* Pág. 191.

³⁸¹ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 328.

³⁸² De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 118.

³⁸³ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 556.

³⁸⁴ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 326.

³⁸⁵ Planiol Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.* Pág. 278.

³⁸⁶ Couto, Ricardo. *Op. cit.* Pág. 556.

éste decidir sobre la administración de sus bienes, y quienes hayan recibido la posesión deberán devolverlos, haciendo suyos los bienes que les correspondan. Y si falleció sus bienes se reglamentarán como si hubiese estado presente hasta el día de su verdadera muerte. (...)

Agrega la autora **Beltranena Valladares** que *“Desde que se sepa, por noticia comprobada, que el ausente vive, los herederos dejan de ser poseedores de los bienes y se convierten automáticamente en administradores o guardadores de los mismos.”*³⁸⁷

Por su parte los autores **Albaladejo**³⁸⁸ y **Espín Canovas**³⁸⁹ señalan que (...) en cuanto a los efectos familiares aparejados por la finalización de muerte presunta, en caso de reaparición del ausente, éste recuperara las potestades familiares que le corresponden como la patria potestad así como también se reanuda la convivencia conyugal. (...)

Sin embargo, continúa manifestando **Espín Canovas**³⁹⁰, que (...) en caso finalice la declaración de fallecimiento, por comprobarse la muerte del ausente, el cónyuge presente puede libremente contraer nuevas nupcias, con certeza que el nuevo vínculo no será anulado por la reaparición del ausente. (...)

Además, indica **Albaladejo** que *“Si se constata la muerte efectiva cesan las limitaciones puestas a los sucesores que recibieron la herencia a base de la declaración de fallecimiento.”* Siendo principalmente las limitaciones derivadas de la “prenotación”.³⁹¹

En cuanto a los efectos de carácter patrimonial aparejados por la rescisión de la declaración de fallecimiento, manifiestan los autores, **Espín Canovas**³⁹², **Castán Tobeñas**³⁹³ y **De Cossío**³⁹⁴ que (...) en caso de reaparición del ausente, éste recobrará

³⁸⁷ Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. *Op. cit.* Pág. 83.

³⁸⁸ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 60.

³⁸⁹ Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 326.

³⁹⁰ *Loc.cit.*

³⁹¹ Albaladejo, Manuel. *Op. cit.* Pág. 61.

³⁹² Espín Canovas, Diego Manuel. *Op. cit.* Pág. 326.

³⁹³ Tobeñas, José Castán. *Op. cit.* Pág. 328.

³⁹⁴ De Cossío, Alfonso. *Op. cit.* Pág. 118.

sus bienes en el estado en que se encuentren, y tendrá derecho al precio de los que se hubieren vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores, rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de la sucesión, sino desde el día de su presencia. (...)

A tal respecto, vale la pena señalar, tal y como lo hace **Simón Carrejo**³⁹⁵ que (...) si bien es cierto, los bienes deben devolver en el estado en que se encuentren, también es cierto que subsistirán las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente sobre aquellos bienes. (...)

Se debe concluir que la declaración de fallecimiento o muerte presunta, finaliza principalmente ante dos supuestos, a) el reaparecimiento del ausente; y b) la comprobación de muerte natural del declarado muerto presunto. Situaciones ante las cuales, las legislaciones adoptan distintas medidas, que principalmente atienden al hecho que, si el ausente vive, éste recupere su patrimonio, con la salvedad que los frutos que este patrimonio genere serán de quienes ostentaron la posesión definitiva temporalmente, y si el declarado muerto presuntivamente, efectivamente ha fallecido, se debe señalar la fecha real de tal fallecimiento, para que en ese momento sea abierta la sucesión a favor de quienes corresponda, además que en algunas legislaciones, será hasta este momento, hasta cuando se podrá declarar al cónyuge presente en libertad de contraer nuevas nupcias.

Es necesario señalar, también que en la esfera familiar, si el ausente regresa, éste recupera *ipso facto* la patria potestad sobre los hijos menores de edad. Y en la esfera patrimonial, se debe indicar que aunque en caso de regreso del ausente, éste recuperará sus bienes en el estado que se encuentren, también es cierto que si tales bienes fueron vendidos, hipotecados, o se realizó cualquier acto dispositivo sobre tales bienes, éstos actos subsistirán, no importando si el ausente estaba o no de acuerdo.

³⁹⁵ Carrejo, Simón. *Op. cit.* Pág. 404.

Capítulo 3: La Ausencia en el derecho comparado.

En el presente capítulo, se hará un análisis del derecho comparado, respecto de las instituciones jurídicas de la ausencia y muerte presunta, en los países de El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, México, Argentina y España, con el objeto de establecer las características, fases y elementos principales de dichas instituciones, contempladas en las legislaciones de cada país.

3.1 El Salvador

En El Salvador, no se encuentra regulada propiamente la ausencia como tal, sino que en el capítulo III, título II, del libro I, del Código Civil de El Salvador (CCES), se encuentra regulada la presunción de muerte por desaparecimiento, que realmente es lo que doctrinariamente se conoce como declaratoria de ausencia y muerte presunta, solo que en el caso de la legislación relacionada, se establecen en un solo capítulo como una institución única.

Se encuentran reguladas tales instituciones en los artículos setenta y nueve (79) al noventa y tres (93) del CCES.

Para la legislación de El Salvador se presume muerto al individuo que ha desaparecido de su domicilio, y de quien se ignora si vive. Y para que ésta se declare es necesario que se cumpla con los presupuestos del artículo 80 del CCES, principalmente que exista instancia de cualquier parte interesada, quien deberá acreditar ante juez, que se ignora el paradero del desaparecido, que se ha hecho lo posible por averiguarlo, siendo en vano tales esfuerzos, y que han transcurrido cuatro años desde su desaparición.

La declaración de fallecimiento se podrá hacer, cuando hayan transcurrido, cuatro meses, a partir de la última publicación de la citación al ausente, que se hará mediante el diario oficial. Y en tal declaración el juez fijará el día presuntivo de la muerte, el último día del primer bienio (cada dos años), a partir de la fecha de las últimas noticias, otorgando en este momento la posesión provisional de los bienes del desaparecido.

La ley de aquel país, establece en el inciso 7 del artículo 80 del **CCES**³⁹⁶ respecto de lo que en doctrina se conoce como ausencia calificada, que (...) si una persona recibió una herida grave en guerra o fue víctima de un naufragio u otro peligro semejante, y no se han tenido noticias de ella, y han transcurrido cuatro años desde entonces, el juez fijará prudencialmente la fecha del posible siniestro, otorgando inmediatamente la posesión definitiva de los bienes de desaparecido. (...) Nótese que tal efecto, es propio para la mayoría de doctrinarios de la declaración de fallecimiento, o ausencia calificada.

A tal respecto, estipula el artículo 81 del **CCES** que *“El Juez concederá la posesión definitiva, en lugar de la provisoria, si, cumplidos los cuatro años que se refieren en la condición primera del artículo anterior, se probara que han transcurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido. Podrá asimismo concederla, transcurridos que sean veinte años desde la fecha de las últimas noticias, o quince desde la fecha en que se dio la posesión provisoria; cualquiera que fuese, a la expiración de dichos plazos, la edad del desaparecido si viviese.”*³⁹⁷

Se observa en el artículo citado, que la legislación de El Salvador, regula la posesión definitiva de los bienes del ausente, la cual se otorga, ante dos supuestos, el primero que consiste, en el supuesto cuando se solicite la declaración de fallecimiento el desaparecido haya cumplido más de ochenta años, y el segundo que tiene dos modalidades, siendo la primera cuando hayan transcurrido veinte años a partir de la fecha en que se conocieron las últimas noticias, y la segunda cuando hayan transcurrido quince años desde la fecha en que se otorgó la posesión provisoria. Lo cual permite concluir que para la legislación salvadoreña, no es necesario que se otorgue la posesión provisional, previamente a la posesión definitiva.

Aclara la ley, en el **artículo 82 del CCES** que *“Durante el tiempo que corra antes de concederse la posesión provisoria o la definitiva, en los casos en que aquélla no precede a ésta, se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, y cuidarán de los*

³⁹⁶ Presidente de la República de El Salvador. Código Civil y sus reformas. Lugar y fecha de emisión: San Salvador, 23 de agosto de 1859. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_El_Salvador.pdf. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2013.

³⁹⁷ *Loc.cit.*

*intereses del desaparecido los apoderados que haya dejado para su administración, o sus representantes legales.”*³⁹⁸

La legislación de El Salvador, contempla tres fases perfectamente establecidas, siendo una primera, la de la ausencia de “hecho”, sobre la que realmente no se hace una mayor mención en su articulado, una segunda de posesión provisional, la cual se decreta transcurridos cuatro años desde su desaparición, y la tercera de posesión definitiva, la cual se decreta, transcurridos, veinte, quince o cuatro años, dependiendo de las circunstancias particulares.

En cuanto a los efectos, generados en las distintas etapas de la presunción de muerte, se puede señalar que el artículo 83 del **CCES** indica que *“En virtud del decreto de posesión provisoria, quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere con el desaparecido; se procederá a la apertura y publicación del testamento si el desaparecido hubiere dejado alguno; y se dará la posesión provisoria a los herederos presuntivos...”*³⁹⁹

A ése mismo respecto, el artículo 86 del **CCES** establece que *“Los poseedores provisorios representarán a la sucesión en las acciones y defensas contra terceros.”*⁴⁰⁰

En cuanto a las limitaciones de los poseedores provisionales, establece el artículo 87 del **CCES**⁴⁰¹ que (...) los poseedores provisionales podrán vender los bienes muebles, del desaparecido, si el juez lo considera conveniente, y en cuanto a los bienes inmuebles, se podrá disponer de ellos, únicamente frente a necesidad o utilidad evidente. (...).

En ése mismo sentido, el artículo 88 del **CCES**⁴⁰² especifica otra limitación para los poseedores provisionales, en el sentido que (...) todos los poseedores provisionales deberán prestar caución de conservación y restitución, haciendo suyos los respectivos frutos e intereses. (...)

³⁹⁸ *Loc.cit.*

³⁹⁹ *Loc.cit.*

⁴⁰⁰ *Loc.cit.*

⁴⁰¹ *Loc.cit.*

⁴⁰² *Loc.cit.*

Es necesario señalar que las limitaciones antes individualizadas, cesarán una vez que durante el tiempo que dure la posesión definitiva no regrese el ausente, o no se tengan noticias suyas, pues en tal virtud una vez transcurrido el plazo señalado en el artículo 81 del CCES, se decretará la posesión definitiva. Y en tal caso, los propietarios, legatarios, y todos aquellos que tengan derechos subordinados a la muerte del desaparecido podrán hacerlos valer, como en caso de verdadera muerte.

En los artículos 92 y 93 del CCES se encuentra regulado, lo relacionado con las causales y efectos de la rescisión del decreto de posesión definitiva, siendo aquellas, el supuesto que el desaparecido reapareciere, o que se presentare alguien con mejor derecho que los poseedores definitivos, debiendo ante tales situaciones observarse las reglas del artículo 93 del CCES para establecer sus efectos, siendo la principal, el hecho que el declarado fallecido, al momento de regresar, recobrará sus bienes en el estado en que se hallen subsistiendo las enajenaciones y demás derechos reales constituidos sobre aquellos bienes, salvo que tales disposiciones de hayan hecho de mala fe.

3.2 Honduras.

En la República de Honduras, se encuentra regulada la institución de la Muerte por Presunción, en el capítulo II, del Título IV denominado del fin de la existencia de las personas, del Código Civil de Honduras (CCH), específicamente en los artículos del 83 al 89.

La legislación hondureña, únicamente reconoce dos etapas dentro de un proceso de declaración de muerte por presunción, siendo la primera de ausencia y la segunda de presunción de muerte.

A tal respecto, manifiesta el artículo 83 del **CCH** que *“Cuando una persona desaparezca del lugar de su domicilio, ignorándose su paradero, se mirará el*

*desaparecimiento como mera ausencia, y la representarán y cuidarán de sus intereses, sus apoderados o representantes legales.”*⁴⁰³

Es importante, hacer ver, que el artículo recién citado, no menciona nada respecto, al supuesto que el ausente no haya dejado apoderado o representante legal, y menos representantes sin facultades suficientes, encontrando en tal sentido una laguna legal importante.

Adicionalmente señala el artículo 84 del **CCH**⁴⁰⁴ que (...) cuando hayan transcurrido diez años desde la última fecha en que se tuvieron noticias del ausente, o cuando el ausente haya cumplido ochenta años desde su nacimiento, a instancia de parte podrá declararse la presunción de muerte, la cual se tendrá por día presuntivo de muerte el último día del primer bienio, a partir de la fecha de las últimas noticias. (...)

En cuanto a la denominada ausencia calificada, la legislación hondureña, reconoce que cuando una persona haya recibido una herida grave durante una guerra, o haya sufrido un naufragio la embarcación en la que se encontraba, o haya sufrido otro peligro semejante, no sabiéndose de ésta persona noticia alguna, podrá declararse la muerte presunta de la misma, cuando hayan transcurrido cuatro años desde la fecha del siniestro, siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos en la ley, principalmente, la publicación de edictos citando al ausente. En cuyo caso el juez fijará el día presuntivo de su muerte.

Los requisitos para que se pueda declarar la presunción de muerte, son: a) que sea solicitada con intervención del Ministerio Público; b) quien la solicite deberá hacer constar que desconoce el paradero del desaparecido, que se han hecho diligencias para averiguarlo, y que han transcurridos los plazos que la ley estipula; y c) se deberá citar al desaparecido por medio de edictos publicados en el diario oficial, por lo menos por tres veces.

⁴⁰³ Poder Legislativo. *Código civil y sus reformas*. Decreto número 76-1906. Lugar y fecha de promulgación: Honduras, 8 de febrero de 1906.

⁴⁰⁴ *Loc.cit.*

Sin embargo, es necesario señalar que para que la declaratoria de muerte presunta produzca sus efectos, es necesario que después de dictada la sentencia, se publique en el diario oficial, y hasta seis (6) meses después de tal publicación, se podrá abrir la sucesión a favor de quienes resultaren herederos el día del presunto fallecimiento.

Por último, se determina que la legislación hondureña no obvió el supuesto en el que el presunto fallecido se presentará, o probare su existencia, éste recobrará sus bienes en el estado que se hallaren, subsistiendo los actos dispositivos que sobre aquellos bienes se hayan realizados, siempre que tales actos, hayan sido realizados de buena fe, y no a sabiendas que el declarado muerto presuntivamente, se encontraba con vida, lo cual constituiría mala fe.

Si bien, no lo hace dentro del capítulo de muerte por presunción, es necesario señalar que el CCH, en el numeral 2º del artículo 140 indica que es una causal para disolver el matrimonio, la declaración de presunción de muerte declarada en la forma establecida en la ley. Por lo que se puede señalar, que la disolución del vínculo conyugal, es efecto propio de la declaratoria de fallecimiento.

Se puede concluir entonces que la legislación hondureña, sí reconoce la declaración de muerte por presunción, la cual será declarada cuando transcurran diez años desde que la persona haya desaparecido, o bien cuando la persona haya cumplido ochenta años, desde su nacimiento, siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos en la ley.

Así mismo la legislación de Honduras, reconoce la declaración de muerte presunta “calificada”, la cual se podrá declarar cuando hayan transcurrido cuatro años, a partir del momento en que se haya suscitado la situación de riesgo o peligro inminente para la vida de la persona.

En cuanto al período previo a la declaración de muerte por presunción, la ley la denomina como “mera ausencia”, y en ésta etapa, que no constituirá un período como tal en la declaratoria de muerte por presunción, representarán y administraran los bienes del ausente, sus apoderados o representantes legales.

Los efectos principales de la declaratoria de muerte presunta, son la apertura de la sucesión y la disolución del vínculo conyugal.

3.3 Nicaragua.

En la República de Nicaragua, la institución de la ausencia se encuentra regulada, a partir del capítulo VII, del Título I (de las personas en general), del libro I (de las personas y de la familia) del Código Civil de aquel país (CCN), específicamente contenida en los artículos 48 al 75 del CCN.

La legislación de Nicaragua, en principio, solo regula la institución de la ausencia y no la declaratoria de presunción de muerte. Sin embargo sí se encuentran algunos artículos que hacen suponer que el legislador, sí consideró la existencia de la muerte presunta, tal y como se verá más adelante.

Resulta interesante, el contenido del artículo 46 del **CCN**⁴⁰⁵, en el sentido que (...) la existencia de las personas, únicamente finaliza por la muerte natural de ellas, y que la muerte civil, no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas (...), quedando en el citado artículo, reflejado lo referente a la muerte civil, a la que se hizo referencia anteriormente en la presente investigación, y que en síntesis, consiste en que en la mayoría de legislaciones la muerte civil, ha sido abolida, por contrariar el orden moral del sistema. Se aprecia también en el citado artículo que la primera postura de la legislación nicaragüense respecto de tema, es que no reconoce la declaratoria de muerte presunta como causal para la finalización de la existencia de las personas.

El CCN, regula la institución de ausencia, en dos fases, siendo la primera la de guarda provisional, y la segunda la de guarda definitiva.

La guarda provisional, tiene lugar cuando una persona desapareciere del lugar de su domicilio o residencia, sin haber dejado “procurador general”, y sin tenerse noticias

⁴⁰⁵ Poder Ejecutivo. *Código civil de la república de Nicaragua y sus reformas*. Lugar y fecha de emisión: Nicaragua, 1 de febrero de 1904.

de éste, pudiendo ante tal situación nombrar un guardador para que administre los bienes del ausente.

Así mismo, se podrán decretar todas las medidas conservativas que se hagan necesarias para la conservación de patrimonio de del ausente.

Tal y como establece el artículo 49 del **CCN**⁴⁰⁶ (...) la guarda provisional podrá ser solicitada por el Ministerio Público, y por cualquier persona que tenga interés en la conservación de los bienes del ausente. Y para la designación del guardador, se preferirá al cónyuge, a cualquiera de los presuntos herederos y solo a falta de éstos a cualquier persona que tenga interés en la conservación de los bienes. (...)

Como efecto propio de la guarda provisional, tomando en cuenta lo señalando en el artículo citado, se autoriza al cónyuge presente a pedir la liquidación de la sociedad conyugal, quedando facultado para ejercer la patria potestad sobre los hijos comunes.

En ésta fase, el guardador, recibirá los bienes del ausente por inventario, y tiene obligación de prestar fianza que responda por la administración del patrimonio del éste.

Las facultades del guardador, son ciertamente limitadas, circunscribiéndose a tres acciones propias, siendo éstas: a) administrar los bienes del ausente; b) tomar las medidas o acciones, necesarias para la conservación de aquellos bienes; y c) también está facultado para representar al ausente, en las acciones que se deban intentar o que se le intentares, en este tiempo. Es realmente un defensor judicial del ausente.

Por su parte el artículo 52 del **CCN** señala que "*Si se entablare algún juicio contra el ausente, que aún no tenga guardador o quien lo represente legalmente, se le nombrará un guardador especial que lo defienda en el litigio.*"⁴⁰⁷

Lo que refiere el citado artículo, no es sino el nombramiento de un guardador especial, cuya única finalidad, es la de representar judicialmente al ausente en un proceso puntual que se inicie en su contra, en tanto se le nombra un guardador con facultades más amplias, como se vio anteriormente.

⁴⁰⁶ *Loc.cit.*

⁴⁰⁷ *Loc.cit.*

Es importante señalar que la legislación nicaragüense, señala el porcentaje al que tendrá derecho el guardador, por el desempeño de sus funciones, siendo del cinco por ciento sobre las rentas y productos líquidos que realice. No dejando tal determinación al arbitrio del juzgador.

Esta primera fase de guarda provisional, finaliza ante 4 supuestos establecidos por el artículo 55 del **CCN**⁴⁰⁸ (...) 1º por el regreso del ausente, o por la certeza de que aún existe y continúa con vida; 2º por la comparecencia de un “procurador” con poder bastante; 3º por la constitución de guarda definitiva; y, 4º por la certeza de la muerte del ausente. (...)

Cabe la pena señalar que para la declaración de guarda provisional, no debe haber transcurrido un plazo específico de tiempo, pues como es evidente, su naturaleza es atender las necesidades más urgentes de los bienes del ausente, por lo que éstas podrán ser solicitadas, cuando sean necesarias, ya sea para el ausente, o para la persona que tenga algún derecho u obligación subordinada a la ausencia de aquel.

La segunda fase de la declaratoria de ausencia, está constituida por la “guarda definitiva del ausente” la cual podrá ser decretada, cuando hayan transcurrido cuatro años, ya sea desde el día en que desapareció, o desde que se tuvieron sus últimas noticias, sin volverse a tener noticias de su existencia. Sin embargo en el caso, que el ausente hubiere dejado poder bastante, únicamente podrá solicitarse la guarda definitiva de los bienes del ausente, cuando hayan transcurrido seis años desde la desaparición o última noticia del ausente.

Es oportuno señalar que la legislación de Nicaragua, aunque no directamente, sí reconoce la presunción de fallecimiento, pues el artículo 56 del **CCN** señala que *“...Causa también presunción de fallecimiento, la desaparición de cualquiera persona domiciliada o residente en la república que hubiere sido gravemente herida en un conflicto de guerra o que naufragare en un buque perdido o reputado por tal, o que se hallare en el lugar de un incendio, terremoto u otro suceso semejante en que hubieren*

⁴⁰⁸ *Loc.cit.*

*muerto varias personas, sin que de ella se tenga noticias por tres años consecutivos.*⁴⁰⁹

Si se conociere la fecha del suceso, a partir de ésta fecha se deberán computar los tres años, y si no se conociere tal fecha, se deberá empezar a contar desde un término medio entre el principio y el fin de la época del posible suceso.

Éstos supuestos contenidos en el artículo 56 del CCN son los que doctrinariamente se conocen como ausencia calificada, la cual sí es regulada por la legislación nicaragüense.

Por otro lado, es importante señalar que para poder pronunciar una sentencia declarando la guarda definitiva de los bienes del ausente, es necesario que se cumplan con algunos requisitos establecidos en la ley, siendo uno de los principales, el hecho que se cite al ausente, por medio de cuatro publicaciones que deberán realizarse en el periódico oficial.

El efecto más propio de ésta fase de guarda definitiva, es la apertura de la sucesión del ausente, por lo que el juez, antes de dictar su sentencia, mandará a aperturar el testamento cerrado, si el ausente lo hubiera dejado.

Una vez constituida la guarda definitiva, establece el artículo 59 del **CCN** “... *tanto los legatarios como todos aquellos que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido, podrán hacer valer esos derechos como en el caso de verdadera muerte.*”⁴¹⁰

Se observa en el artículo citado, que los guardadores definitivos, ostentan una calidad de propietarios, sobre los bienes del ausente, como en el caso que el ausente verdaderamente hubiera fallecido. Y en virtud de tal propiedad, deberán responder frente a aquellas personas que tengan algún derecho sobre éstos bienes.

Al igual que en la fase de guarda provisional, los guardadores definitivos, incluyendo herederos y demás interesados, solo podrán recibir los bienes mediante

⁴⁰⁹ *Loc.cit.*

⁴¹⁰ *Loc.cit.*

inventario y otorgando fianza suficiente, y en caso no la otorgaren, seguirá rigiendo la administración de los bienes, hasta que sea otorgada la misma.

En cuanto a los derechos de los guardadores definitivos se debe señalar que el artículo 64 del **CCN** establece que *“Los guardadores definitivos pueden exigir la entrega de todos los bienes y ejercitar todos los derechos que pertenecían al ausente hasta el día en que desapareció o se recibieron sus últimas noticias.”*⁴¹¹

Otros derechos que los guardadores definitivos tienen, en virtud de la ley son: a) hacer suyos los productos líquidos de los bienes a partir de la fecha en que los recibieron; b) pueden pedir cuentas al administrador anterior; c) pueden demandar y ser demandados como legítimos herederos del ausente; y d) no están obligados a rendir cuentas, excepto si el ausente reaparece.

En cuanto a sus límites, a los guardadores definitivos solo se les prohíbe: a) enajenar e hipotecar los bienes raíces del ausente, sin previa autorización judicial, la cual se concederá ante casos de necesidad y utilidad; y, b) repudiar cualquier herencia, legado o donación a que el ausente tuviere derecho.

La legislación de Nicaragua, no ha dejado muchos aspectos sin normar, y muestra de ello es que regula los efectos de la ausencia, respecto de los derechos eventuales del ausente, y en tal sentido señala el artículo 69 del **CCN** que *“Los bienes y derechos que eventualmente sobrevengan al ausente desde su desaparición o últimas noticias, y que dependan de la condición o de su existencia, pasarán a los que hubieren sido llamados a sucederle una vez fallecido pero deberán éstos hacer inventario formal de los bienes que reciban.”*⁴¹²

Si bien es cierto, doctrinariamente se ha visto que la mayoría de autores, no reconoce los derechos eventuales del ausente, la legislación de Nicaragua, no solo reconoce tales derechos, sino establece que en caso de que éstos se den a favor del ausente, los mismos pasarán a los que hubieran sido llamados a sucederle.

⁴¹¹ *Loc.cit.*

⁴¹² *Loc.cit.*

Aunado a ello, continúa el citado artículo señalando que los herederos o sucesores, se considerarán como poseedores provisionales o definitivos sobre aquellos bienes, dependiendo principalmente de la época en que se ocasione el “derecho eventual”

En ésta etapa de guarda definitiva, los que hayan entrado en posesión definitiva del patrimonio del ausente, harán suyos los frutos percibidos de buena fe, siempre y cuando el ausente no aparezca.

El periodo de guarda definitiva, termina ante cuatro supuestos: 1º por la reaparición del ausente; 2º por la certeza de su muerte; 3º por el lapso de dieciséis años; y, 4º si el ausente cumple setenta años de edad.

Indica el artículo 73 del **CCN** que *“En cualquiera de los últimos tres casos referidos en el artículo anterior, quedan libres los herederos y demás interesados de la fianza que hubieren prestado, y pueden disponer como suyos de los bienes del ausente.”*⁴¹³

Se aprecia en el citado artículo que si bien la ley de Nicaragua, no reconoce la muerte presunta como tal, si regula una figura similar a aquella, en el sentido que, después de un plazo que la ley nicaragüense establece en dieciséis años, los efectos de la ausencia son plenos, por parte de los poseedores sobre los bienes del ausente, pues éstos actúan como propietarios sobre aquellos bienes, y no están obligados a prestar fianza alguna.

A tal respecto, manifiesta el artículo 74 del **CCN** que *“Si después del lapso de diez y seis (sic) años de ausencia o de haber cumplido el ausente setenta años de edad, reapareciere éste o se presentaren ascendientes o descendientes suyos, percibirán los bienes existentes en el estado en que se hallaren, o aquellos porque se hubieren permutado, o el precio que los herederos y demás interesados hubieren recibido por las enajenaciones hechas después de dicho tiempo.”*⁴¹⁴

⁴¹³ *Loc.cit.*

⁴¹⁴ *Loc.cit.*

Se puede ver que el artículo 74 del CCN establece el supuesto en el que el ausente, -no obstante haber sido declarado ausente y otorgados sus bienes a la guarda definitiva de algún guardador o de algún heredero-, regresa, éste recobrará sus bienes en el estado que se encuentren, o el precio de aquellos que se hubieren permutado. Lo anterior, derivado que la ley no puede dejar al que estuvo ausente, en un estado de indefensión respecto su patrimonio.

Indudablemente la legislación de Nicaragua, es una de las más completas de Centro América, pues han tratado de no dejar vacíos legales. Siguiendo una corriente en la cual, no consideran la muerte presunta como una etapa de la declaratoria de ausencia, y consecuentemente tampoco una causal para dar por finalizada la existencia de las personas.

Ésta legislación divide la ausencia en dos fases establecidas, y una última que aparentemente forma parte de la segunda, siendo éstas fases la de guarda provisional y la de guarda definitiva. La de guarda provisional atiende únicamente los asuntos que no admiten demora, y que necesitan de la administración de un guardador provisional; y la segunda de guarda definitiva, que es decretada transcurridos 3, 4 o 6 años, a partir de la desaparición del ausente, o de la fecha en que estuvo ante un peligro inminente, dependiendo de la situación, y cuyo objeto es aperturar la sucesión. También reconoce una última fase, la cual no tiene denominación propia, pero que surte los efectos de declaración de muerte presunta, pues es a partir de este momento, en que los herederos pueden disponer libremente de los bienes del ausente, como si fueran propios.

3.4 Costa Rica.

En Costa Rica se encuentra regulada la institución de la ausencia en el título IV denominado de la ausencia, del libro I (de las personas) del Código Civil de Costa Rica (CCCR). Específicamente en los artículos 67 al 79 de dicho cuerpo normativo.

El capítulo I, del título señalado, se denomina “medidas provisionales anteriores a la declaratoria de ausencia”, y regula aquellas situaciones en las que sin haberse declarado la ausencia propiamente, se hace necesario que una persona administre o represente a la persona que desaparece de su lugar de domicilio, sin haber dejado apoderado, o si dejándolo el mismo no tuviere facultades suficientes, o si su apoderamiento hubiere caducado, no importando si se encuentra fuera de la república de Costa Rica, o si se ignora su paradero. Nombrándosele entonces un curador, para un negocio determinado o para la administración de todos, si fuere necesario.

Para el nombramiento del curador, la ley de Costa Rica da preferencia en primer lugar al cónyuge presente, luego a los presuntos herederos, y por último a quienes tengan interés en la conservación de los bienes del ausente.

La ley de Costa Rica, da al ausente una calidad de incapaz, pues señala que a los ausentes no declarados se deberán aplicar las normativas relacionadas con la curatela.

Lo cual es inapropiado, considerando que para la mayoría de doctrinarios el ausente, independientemente del lugar en el que se encuentre, si éste continua con vida, es una persona totalmente capaz, y como tal deberá ser tratado.

El capítulo II del título IV, es denominado “de la declaración de ausencia, y sus efectos”, y en éste se establece que cualquier persona puede solicitar la declaración e ausencia cuando hayan transcurrido dos años, a partir del día en que desapareció el ausente.

En el supuesto que el ausente haya dejado apoderado general, la declaración de ausencia solo se podrá solicitar cuando hayan transcurrido diez años desde la fecha de desaparición. Lo cual tiene mucho sentido, pues evidentemente si una persona dejó apoderado general con facultades suficientes, primero es evidencia que la persona tenía previsto ausentarse por largo tiempo, y segundo se hace innecesario tomar más medidas, que las que el mismo apoderado pueda tomar, para resguardar los intereses de su poderdante. Por lo que es congruente que el plazo para declarar la ausencia sea mayor en este caso.

El CCCR señala que los plazos para declarar la ausencia, se reducirán a la mitad, si cuando se tuvieron las últimas noticias del ausente éste se encontraba gravemente enfermo o en peligro de muerte. Reconociendo de ésta manera lo que doctrinariamente se conoce como ausencia calificada, pero de una manera muy amplia y abstracta, no haciendo referencia a algún caso en específico.

De acuerdo con el artículo 72 del **CCCR**⁴¹⁵ (...) cuando se declare la ausencia, quienes resulten los herederos, legatarios, donatarios y todos los que tengan sobre los bienes de él derechos subordinados a la muerte del ausente, al tiempo de sus últimas noticias, serán puestos en posesión provisional, sobre dichos bienes. Debiendo otorgar fianza o garantía suficiente, para asegurar los resultados de su administración. (...)

Entre los efectos propios de la declaración de ausencia, se encuentran el de disolver las sociedades que deben terminar con la muerte del ausente, y de tal cuenta se debe entender que la declaración de ausencia, si disuelve el vínculo conyugal.

Prueba de ello, se evidencia en el artículo 48 del **Código de Familia** que señala *“será motivo para decretar el divorcio... 6) la ausencia del cónyuge, legalmente declarada...”*⁴¹⁶

Por otro lado, resulta interesante la postura del artículo 74 del **CCCR** que señala *“Los herederos y demás personas puestas en posesión provisional son, respecto del ausente, administradores; respecto de terceros serán tenidos como herederos y deberán cumplir con las obligaciones de tales y representar judicial y extrajudicialmente al ausente; respecto de los bienes que tuvieren en posesión. No podrán transigir ni comprometer en árbitros los negocios que a éste interesen y que valgan más de mil colones, sin previa autorización judicial, dada en virtud de haberse justificado la utilidad o conveniencia de la transacción o compromiso.”*⁴¹⁷

⁴¹⁵ Poder Legislativo. *Código Civil y sus reformas*. Ley número 63. Lugar y fecha de promulgación: Costa Rica, 26 de abril de 1886.

⁴¹⁶ Asamblea Legislativa. *Código de Familia y sus reformas*. Decreto 5476. Lugar y fecha de Promulgación: San José Costa Rica, 7 de noviembre de 1973.

⁴¹⁷ Código Civil y sus reformas. Ley número 63. *Op. cit.*

Se puede ver en el anterior artículo varios aspectos de gran importancia dentro de la declaratoria de ausencia, siendo el primero de ellos, que la propia legislación hace una distinción respecto de la forma en la que deben ser considerados las personas que ostenten la posesión provisional del ausente, señalando que éstas personas deberán representar judicial y extrajudicialmente al ausente; y segundo señala que sobre los bienes que tengan posesión provisional, no se podrán comprometer en negocios que puedan resultar lesivos para los intereses del ausente, sin la previa autorización judicial.

Las personas que ostenten la posesión provisional, de acuerdo con el artículo 75 del **CCCR**⁴¹⁸ (...) no están obligadas a devolver sino el quinto de los frutos líquidos percibidos, cuando tal restitución se hiciera en los primeros cinco años de posesión; y el décimo cuando tal restitución se hiciera después de este término, pero antes de los diez años, y después de este plazo solo estarán obligados a restituir los bienes al legítimo propietario. (...)

Los poseedores provisionales, no podrán disponer libremente de los bienes administrados, y necesitaran autorización judicial para poder enajenar o gravar los bienes inmuebles del ausente, y tal autorización judicial solo podrá ser otorgada ante necesidad o utilidad manifiesta, en beneficio del ausente.

Aclara el artículo 77 del **CCCR** que *“Si el ausente reaparece o se prueba su existencia, durante la posesión provisional, cesaran los efectos de la declaración de ausencia, sin perjuicio, si hay lugar, de dictarse las medidas prescritas en el capítulo primero de este título. Si el ausente reaparece o se prueba su existencia después de la posesión definitiva, recobrará los bienes en el estado que se hallen y el precio de los que hubieren sido enajenados.”*⁴¹⁹

Cuando la ley menciona la posesión definitiva, se refiere a la etapa similar a la declaración de muerte presunta, la cual es la siguiente fase dentro de la declaratoria de ausencia, y cuyo efecto es el de la declaración de posesión definitiva de los bienes del ausente.

⁴¹⁸ *Loc.cit.*

⁴¹⁹ *Loc.cit.*

En tal sentido el capítulo III del título IV del CCCR, se denomina presunción de muerte y sus efectos. Y dentro del capítulo señalado, establece el artículo 78 del **CCCR**⁴²⁰ que (...) si la ausencia continúa por veinte años desde la desaparición, o diez desde la declaratoria de ausencia, o bien si han transcurrido ochenta años desde el nacimiento del ausente, se podrá declarar la presunción de muerte, a instancia de parte. (...)

Tal declaración otorgará la posesión definitiva de los bienes a quienes resulten herederos en el momento de la desaparición del ausente, sin necesidad de otorgar fianza alguna, disponiendo libremente de los bienes, sin más restricción que el eventual regreso del ausente.

Se puede concluir entonces, que en el derecho de Costa Rica, si se reconoce la institución de la ausencia, como de la muerte presunta, correspondiendo a la primera la posesión provisional de los bienes del ausente, y la segunda la posesión definitiva de los mismos.

La legislación del referido país contempla medidas provisionales anteriores a la declaratoria de ausencia, por medio de la cual se puede proveer de defensor o administrador a los bienes del ausente, que pudieran sufrir deterioro o pérdidas.

Para la legislación costarricense los ausentes no declarados deberán ser tratados como incapaces, y en tal virtud deberán aplicarse supletoriamente las normas relativas a la curatela.

La declaratoria de ausencia produce la disolución de todas las sociedades que deberían de finalizar con la muerte del ausente, y consecuentemente también cesa y se disuelve el vínculo conyugal.

La ausencia será declarada cuando transcurran 2 o 10 años a partir de la fecha de su desaparecimiento, dependiendo que haya o no dejado mandatario con facultades suficientes. Y estos plazos se reducirán a la mitad en supuestos de ausencia calificada.

⁴²⁰ *Loc.cit.*

3.5 México.

En México la institución de la ausencia se encuentra regulada en el título undécimo (de los ausentes e ignorados) del libro primero, denominado “de las personas” del Código Civil Federal de México (CCFM). Específicamente en los artículos del 648 al 722 del cuerpo legal citado.

Tal legislación regula la ausencia en tres etapas, perfectamente definidas, que son la de “medidas provisionales en caso de ausencia”, “la declaración de ausencia” y “la declaración de muerte presunta”.

La legislación mexicana, posee una regulación sustantiva bastante abundante respecto las instituciones jurídicas de la ausencia y de la muerte presunta. Desarrollando en el primer capítulo del título referido las medidas provisionales en caso de ausencia, las cuales son aplicables en lapso de tiempo entre el que una persona desaparece de su domicilio ignorándose el lugar donde se encuentre, y el momento en que se declara su ausencia legal (segunda fase de la ausencia).

Las medidas provisionales, tienen como objeto, el nombramiento de un depositario, quien cuidará el patrimonio del ausente; así como citar al ausente por medio de la publicación de edictos en los principales periódicos de su domicilio, señalándose un plazo para que se presente, que no podrá ser menor de tres ni mayor de seis meses; y por último tendrá el objeto de que se tomen todas las medidas necesarias para asegurar los bienes del ausente.

Cuando la persona se ausente de su residencia, y tuviere apoderado, se tendrá como presente para todos los efectos civiles, razón por la cual no se podrán solicitar medidas provisionales, respecto del ausente, pues todos sus negocios podrán ser atendidos por el apoderado.

Señala el artículo 651 del **CCFM**⁴²¹ que (...) en el supuesto que el ausente tenga hijos menores que estén bajo su patria potestad, y no existan ascendientes que deban ejercerla, la ley señala que se les deberá nombrar un tutor. (...)

Para el nombramiento del depositario, la ley señala que se deberá nombrar en primer lugar al cónyuge presente; luego a uno de los hijos mayores de edad del ausente; en tercer lugar a ascendiente más próximo al ausente; y solo a falta de los anteriores, el juez deberá nombrar a uno de los presuntos herederos, si es que éstos no se ponen de acuerdo.

El guardador, tiene ciertamente limitadas sus atribuciones, siendo éstas principalmente de mera conservación del patrimonio del ausente, y de tal cuenta que si transcurrido el tiempo del llamamiento hecho por medio de las publicaciones (entre 3 y 6 meses), el ausente no comparece, se podrá proceder con el nombramiento de un representante, quien será nombrado siguiendo el orden establecido para los depositarios.

Tanto el nombramiento del defensor como del representante, podrá ser solicitado por cualquier persona que tenga interés en tratar o litigar con el ausente o defender sus intereses, así como el Ministerio Público.

De acuerdo con el artículo 660 del **CCFM**⁴²² (...) el representante del ausente será el administrador del patrimonio de éste, teniendo los mismos derechos, obligaciones, restricciones y retribuciones que los tutores, y solo entrarán en administración de tales bienes, si previamente otorgan inventario, avalúo y caución sobre los mismos. (...)

El cargo del representante legal, acaba ante cuatro supuestos: a) Que el ausente regrese; b) que se presente un apoderado con facultades suficientes; c) con la muerte del ausente; y d) con la posesión provisional, que precisamente, constituye la siguiente fase dentro de la declaración de ausencia.

⁴²¹ Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. *Código Civil Federal y sus reformas*. Publicado en los Estados Unidos Mexicanos el 26/05/1928; 14/07/1928; 03/08/1928; y 31/08/1928.

⁴²² *Loc.cit.*

Una de las últimas obligaciones del representante del ausente, es que cada año, a partir de su nombramiento como representante de aquel, publique nuevos edictos, llamando al ausente, y en caso de incumplimiento de tal obligación a ley lo hace responsable de los daños y perjuicios que se le ocasionen al ausente.

La segunda fase, dentro de la ausencia, se encuentra regulada en el capítulo II del Título XI del CCFM y es propiamente la declaración de ausencia, que podrá ser declarada cuando hayan transcurrido dos años desde el día del nombramiento del representante, lo cual hace presuponer la existencia de aquel para que se pueda declarar la ausencia legal. Situación que es contraria a la mayoría de legislaciones y doctrinas, pues en la legislación mexicana, si es un presupuesto que se haya agotado la fase de medidas provisionales, para poder declarar la ausencia legal, mientras que en las otras legislaciones y doctrinas, no es necesario la preexistencia de una fase para llegar a la subsiguiente.

El plazo para la declaración de ausencia, será de tres años a partir de la desaparición del ausente, en el supuesto que el ausente haya dejado apoderado general, con facultades suficientes para la administración de sus bienes

Tal y como establece el artículo 673 del **CCFM**⁴²³ (...) pueden solicitar la declaración de ausencia, los presuntos herederos del ausente, ya sean legítimos o testamentarios (instituidos en testamento abierto), así mismo, quienes tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida o muerte del ausente y el Ministerio Público. (...)

Si el juez encuentra fundada la solicitud de declaración de ausencia, la mandará a publicar durante tres meses en el periódico oficial y en otro de los de mayor circulación del último domicilio del ausente. Y pasados cuatro meses, desde la última publicación, si no hubiera noticias del ausente procederá a declarar la ausencia, publicando nuevamente por tres veces en los periódicos mencionados, la resolución en donde se declare la ausencia.

⁴²³ *Loc.cit.*

Entre los efectos de la declaración de ausencia, se debe señalar como principal el de la apertura de la sucesión, con el objeto de otorgar la posesión provisional de los bienes del ausente a los presuntos herederos. Por lo que una vez declarada la ausencia, si hubiere testamento público u ológrafo, la persona en cuyo poder se encuentre lo deberá presentar al juez, quien en presencia del representante del ausente, con citación de los que promovieron la declaración de ausencia, y con las demás solemnidades prescritas para este tipo de testamento, procederá a abrirlo y otorgar la posesión provisional sobre los bienes.

Los herederos testamentarios o legítimos que entren en posesión provisional de los bienes del ausente, deberán otorgar fianza que asegure las resultas de su administración.

Es necesario señalar que si son varios los herederos y los bienes admiten cómoda división, cada uno deberá administrar y prestar fianza sobre la parte que le corresponda, pero si los bienes no admitieren cómoda división, los herederos deberán elegir a un administrador general, y en su defecto lo nombrará el juez.

De acuerdo con el artículo 686 del **CCFM** *“El que entre en la posesión provisional, tendrá, respecto de los bienes, las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores.”*⁴²⁴

Las personas que tengan sobre los bienes del ausente, derechos u obligaciones que dependan de la muerte del ausente podrán ejercitarlos o hacerlos cesar, dando garantía que corresponda.

Establece el artículo 593 del **CCFM**⁴²⁵ que (...) el cónyuge, los descendientes y ascendientes que como herederos entren en la posesión de los bienes del ausente, no están obligados a otorgar garantía alguna, respecto de su administración. (...)

Se puede apreciar en el citado artículo, la diferencia que la legislación mexicana hace respecto de los representantes legítimos y los representantes dativos, pues a los

⁴²⁴ *Loc.cit.*

⁴²⁵ *Loc.cit.*

primeros de ellos la ley no impone el otorgamiento de garantía alguna, mientras que a las personas no mencionadas en el artículo anterior, si deberán otorgar la referida garantía.

En el supuesto que el ausente se presente, o se pruebe su existencia antes que sea declarada la presunción de muerte, éste recobrará sus bienes en el estado que se encuentren, y los poseedores provisionales harán suyos todos los frutos industriales que se hayan producido por los bienes administrados, y la mitad de los frutos naturales y civiles.

Respecto de los bienes del ausente, en relación con su matrimonio, se debe señalar que la declaración de ausencia solo interrumpe la sociedad conyugal, a no ser que en las capitulaciones matrimoniales se haya estipulado lo contrario, y en consecuencia, cuando se declare la ausencia, se deberá citar a los presuntos herederos, para que previo inventario se haga una separación de los bienes que deben corresponder al cónyuge presente, y sobre éstos bienes el cónyuge presente podrá disponer libremente sin restricción alguna; mientras que los bienes que pertenecen al ausente, serán entregados a los herederos en posesión provisional.

Resulta interesante la postura del artículo 703 del **CCFM**, en el sentido que aún *“Si el cónyuge presente no fuere heredero, ni tuviere bienes propios, tendrá derecho a alimentos.”*⁴²⁶

Y en ese mismo sentido, manifiesta el artículo 704 del **CCFM** *“Si el cónyuge ausente regresa o se probare su existencia, quedará restaurada la sociedad conyugal.”*⁴²⁷

En el capítulo V del título XI del CCFM se regula lo relacionado con la fase denominada presunción de muerte del ausente, y que constituye la tercera fase dentro de la declaratoria de ausencia, y a tal respecto expresa que se podrá declarar la presunción de muerte, cuando hayan transcurrido 6 años desde la declaración de ausencia.

⁴²⁶ *Loc.cit.*

⁴²⁷ *Loc.cit.*

La legislación mexicana, si contempla los casos denominados de ausencia calificada, reduciendo los plazos ante dos supuestos:

El primero de ellos se dará cuando una persona desaparezca por haber tomado parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que haya naufragado, o se haya verificado una inundación u otro siniestro semejante, supuesto ante el cual la legislación señala que bastará el transcurso de dos años a partir de su desaparición, para que pueda declararse la muerte presunta, y en éstos casos no será necesario que previamente se declare la ausencia, pero que si se tomen las medidas provisionales, a las que ya se han hecho referencia.

El segundo supuesto, será cuando la persona desaparezca como consecuencia de una explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y exista presunción que el ausente se encontraba en el lugar del siniestro, situación ante la cual, la ley únicamente exige el transcurso de seis meses, contados a partir del acontecimiento, para declarar la presunción de muerte. Debiéndose en tal caso realizarse publicaciones de la solicitud de declaración de presunción de muerte.

Como ya se ha visto con anterioridad, la legislación de México exige el transcurso de las fases previas para decretar la subsiguiente, de tal cuenta que para decretar la muerte presunta se deberá haber previamente decretado la declaración de ausencia, y previamente a ésta se debió haber nombrado un representante del ausente como medida provisional; Sin embargo, se observa que en los casos de ausencia calificada, se podrá declarar la muerte presunta, en caso de guerra, naufragio o siniestro semejante, cuando hayan transcurrido dos años, sin que sea necesario, que previamente haya sido declarada la ausencia legal.

Una vez declarada la presunción de muerte, tal y como establece el artículo 706 del **CCFM**⁴²⁸ que (...) se abrirá el testamento si no se hubiere abierto, en la etapa de declaración de ausencia, y los poseedores provisionales darán cuenta de su administración a los herederos y demás interesados, quienes entrarán en la posesión definitiva del patrimonio del ausente, sin necesidad de otorgar garantía alguna. (...)

⁴²⁸ *Loc.cit.*

En caso se pruebe que el ausente ha muerto, la herencia deberá ser entregada a quienes resulten herederos en la fecha de la muerte efectiva del que estuvo ausente, y los poseedores de los bienes hereditarios, se reservarán los frutos correspondientes a la época de la posesión provisional.

Pero si el ausente se presentará, después de otorgada la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren, y el precio de los enajenados, pero no podrá reclamar fruto ni renta alguna.

Tal y como establece el artículo 710 del **CCFM**⁴²⁹ en cualquiera de éstos dos casos, (...) los poseedores definitivos deberán rendir cuentas, ya sea al ausente en el caso que regrese o a sus herederos en el caso se acredite su efectiva muerte. (...)

Así como los casos anteriormente vistos, la posesión definitiva termina ante el supuesto que el ausente regrese, ante noticia cierta de su existencia, ante la certidumbre de su muerte, y ante la sentencia que cause ejecutoria, en la que se nombren a otros herederos con mejor derecho.

Establece el artículo 712 del **CCFM**⁴³⁰ que (...) en caso de noticia cierta sobre la existencia del ausente, los poseedores definitivos serán considerados como provisionales, desde tal fecha. (...)

La sentencia que declare la muerte presunta, sí pone término a la sociedad conyugal, a diferencia de lo que ocurría en la declaratoria de ausencia, que solo interrumpía tal sociedad, por lo que en este momento, efectivamente cesa la sociedad conyugal, y queda el cónyuge presente en libertad de contraer nuevas nupcias.

Por otro lado, en el capítulo VI del título XI del CCFM, se establecen los efectos de los derechos eventuales del ausente, los cuales son aquellos que están supeditados a la existencia del ausente, y que se generan posteriormente a su desaparecimiento, es decir a partir del momento en que se empezó a dudar de la posible existencia o no de la persona.

⁴²⁹ *Loc.cit.*

⁴³⁰ *Loc.cit.*

A tal respecto establece el artículo 715 del **CCFM** que “*Cualquiera que reclame un derecho referente a una persona cuya existencia no esté reconocida, deberá probar que esta persona vivía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirir aquel derecho.*”⁴³¹

Y en tal sentido, establece el artículo 716 del **CCFM**⁴³² que (...) si se abriere una herencia en favor del individuo declarado ausente o muerto presunto, entrarán en tal sucesión solo las personas llamadas a ser coherederos del ausente, debiendo hacer inventario de los bienes que reciban. (...)

Lo anterior tiene gran importancia, pues en el citado artículo se aprecia que los coherederos tienen la posibilidad de acrecer en su herencia, en caso un ausente sea llamado a la misma, pues como ya se mencionó, para que la persona declarada ausente, pudiera acceder a la sucesión, debió haberse probado que éste continuaba con vida al momento del llamamiento, lo cual evidentemente no será posible, pues en caso contrario no se estaría tramitando la declaratoria de ausencia ni de muerte presunta, y como no se tiene certeza de su existencia, la ley señala que los coherederos podrán acrecer en la parte que correspondía a éste, estando en todo caso obligados a restituir los bienes que hubiera heredado, en el supuesto que éste regresara.

Por último el CCFM regula en el capítulo VII del título XI, disposiciones de carácter general, entre la cuales se encuentra lo establecido por el artículo 720 del **CCFM**⁴³³ en el sentido que los poseedores provisionales y definitivos ostentan la legítima procuración del ausente en juicio y fuera de él. Así como que el Ministerio Público velará por los intereses del ausente, y por lo tal será oído en todos los juicios que tengan relación con el ausente.

Se puede concluir entonces que la legislación mexicana, regula la ausencia a través de tres distintas etapas, -en términos generales- una subsecuente de la otra, siendo la primera de medidas provisionales, en la cual no se tiene duda alguna respecto

⁴³¹ *Loc.cit.*

⁴³² *Loc.cit.*

⁴³³ *Loc.cit.*

de la existencia de la persona, sin embargo por alguna razón no se encuentra en su domicilio, y tiene bienes que necesitan ser administrados, o personas que tienen derechos u obligaciones supeditados a la existencia de aquella persona, por lo que se toman medidas provisionales, que principalmente consisten en las medidas de conservación de los bienes del ausente y el nombramiento de un guardador provisional y de un representante. Para que esta etapa se lleve a cabo no es necesario el transcurso de tiempo alguno, más que el de la publicación de los edictos realizando llamamientos al ausente, requisito sin el cual no podrá nombrarse el guardador ni el representante.

La segunda etapa, que es la denominada propiamente de ausencia, en la que se equilibran un poco más las posibilidades de vida y de muerte del ausente, por lo que se hace lo posible por su localización, y se busca resguardar los intereses de los presuntos herederos, poniéndolos en posesión provisional de los bienes del ausente. En tanto se verifica si éste continúa con vida o no. Esta etapa será declarada cuando transcurran 2 años desde el día en que se haya nombrado un representante, como medidas provisionales.

Y la tercera etapa denominada de muerte presunta, en la que se tiene gran certeza, respecto de la posibilidad que el ausente haya fallecido, por lo que si no se hubiere abierto la sucesión en la etapa de declaración de ausencia, se procederá a la misma, otorgando la posesión definitiva a los herederos, quienes podrán disponer libremente de sus bienes, sin más limitante, que la posible reaparición del ausente. Esta etapa será decretada cuando hayan transcurrido 6 años a partir de la declaración de ausencia, o bien transcurridos dos años o seis meses, dependiendo si la persona desapareció en circunstancias de ausencia calificada.

En cuanto a los efectos, se puede señalar que la declaración de ausencia suspende la sociedad conyugal, mientras que la declaración de muerte presunta pone fin a la misma, siendo hasta este momento cuando el cónyuge presente queda en libertad de contraer nuevas nupcias.

3.6 Argentina.

En la legislación de la república de Argentina, se encuentra regulada la ausencia en el título VIII, de la sección primera (de las personas en general) del libro primero (de las personas) del Código Civil de la república Argentina (CCAR), específicamente en los artículos 110 al 125 del referido cuerpo normativo.

El CCAR, regula tal institución en un único capítulo denominado “de las personas ausentes con presunción de fallecimiento”, y señala que la ausencia de una persona del lugar de su domicilio o residencia, independientemente si haya o no dejado apoderado, cuando hayan transcurrido seis años, desde que se tuvo la última noticia del ausente, causará la presunción de fallecimiento. Es decir que no existe una diferencia entre ausencia y entre presunción de muerte, sino por el contrario, ésta es consecuencia directa de aquella, y por lo tanto declarada la ausencia se declarará la presunción de muerte.

Se aprecia una diferencia sustancial, respecto de la mayoría de legislaciones, pues mientras que todas éstas señalan un plazo distinto para la declaratoria de ausencia, o para la primera fase dentro de tal declaratoria, atendiendo si el ausente haya dejado o no apoderado, la legislación argentina no hace distinción alguna, pues independientemente lo haya dejado o no, el plazo para declara la presunción de fallecimiento será de seis años, los cuales serán contados desde el día del desaparecimiento del ausente, o a partir de la fecha que se tuvo la última noticia de éste.

El CCAR, contempla la presunción de fallecimiento de una persona, cuando ésta se haya encontrado en una situación de peligro para su vida (ausencia calificada), situaciones como que hubiera sido herido durante una guerra, o bien que naufragase en un buque reputado perdido, o si se hallase en el lugar de un incendio, terremoto u otro suceso semejante. Situaciones ante las cuales se podrá declarar la presunción de muerte, cuando hayan transcurrido solo tres años consecutivos, desde el día del suceso, en el caso fuere conocido y en un término medio, en caso se desconozca la fecha exacta en la que sucedió el suceso.

Ante el supuesto que el ausente hubiere desaparecido de su domicilio sin tenerse noticias por el transcurso de seis años, o ante el supuesto de ausencia calificada recién relacionado, podrán solicitar la declaración judicial de presunción de muerte, el cónyuge presente, los presuntos herederos legítimos, o instituidos en testamento abierto, o los legatarios que tuvieren derecho a los bienes poseídos por el ausente, o quienes tuvieren algún derecho subordinado a la condición de muerte, así como el Ministerio Fiscal.

A tal respecto señala el artículo 114 del **CCAR** que *“Los que se presentasen pidiendo esta declaración, deben justificar el tiempo de la ausencia, las diligencias que hubiesen practicado para saber de la existencia del ausente, sin resultado alguno, el derecho a sucederle, y en su caso, el suceso del naufragio, terremoto, acción de guerra, etc., en que el ausente se encontraba.”*⁴³⁴

El referido artículo señala que quienes soliciten la declaración de presunción de ausencia, deben acreditar haber hecho lo posible por encontrar al ausente, así como acreditar la razón de su interés en tal declaratoria.

Continúa refiriendo el artículo 115 del **CCAR**⁴³⁵ que (...) una vez solicitada la declaración de presunción de fallecimiento se deberá nombrar un defensor al ausente, para que lo represente judicial y extrajudicialmente, así como un curador para sus bienes, en caso que el ausente no hubiese dejado administrador de ellos, y por último ordenará la citación al ausente, por medio de publicaciones en los periódicos cada mes durante un período de seis meses. (...)

Cuando transcurran los seis meses de las publicaciones referidas por el artículo 115 del CCAR, una vez cumplidos los requisitos de ley, se podrá declarar la ausencia y el día presuntivo del fallecimiento del mismo, mandando a abrir el testamento cerrado, si el ausente hubiera dejado. Fijando el juez, como día presuntivo del fallecimiento del ausente, el último día de los primeros tres años desde el momento de su desaparecimiento o desde la fecha en que se tuvo la última noticia del ausente, y en

⁴³⁴ El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso. *Código Civil y sus reformas*. Ley 340. Lugar y fecha de Emisión: Buenos Aires 25 de septiembre 1869.

⁴³⁵ *Loc.cit.*

caso de ausencia calificada el día del siniestro si fuere conocido, o el término medio entre el principio y el fin de tal época.

La consecuencia directa de la fijación del día presuntivo del fallecimiento, es que los herederos testamentarios, y a falta de ellos los legítimos, entrarán en posesión provisional de los bienes del ausente, cumpliendo con la obligación de otorgar inventario formal de los mismos así como fianza que aseguren la buena administración de los mismos.

Respecto de quienes hayan obtenido la posesión provisional, señala el artículo 119 del **CCAR** que *“Los derechos y las obligaciones del que hubiese obtenido la posesión provisoria, serán los mismos que los del curador del incapaz de administrar sus bienes.”*⁴³⁶

Los herederos presuntivos o instituidos, después de otorgada la posesión provisional, podrán solicitar la división de la cosa común, sin embargo no podrán enajenarlos, sino con autorización judicial.

Es necesario señalar que tal y como establece el artículo 120 del **CCAR** *“Si dada la posesión provisoria, se presentase el ausente o hubiese noticia cierta de él, quedará sin efecto alguno.”*⁴³⁷

Es decir, que si el ausente apareciere una vez otorgada la posesión provisional, pero previamente a la posesión definitiva, se dejará sin efecto cualquier declaratoria.

Una vez hayan transcurrido quince años, a partir de la fecha de desaparición del ausente, o desde que se tuvo su última noticia, u cuando hayan transcurrido ochenta años desde su nacimiento, a instancia de parte se podrá declarar la posesión definitiva de los bienes del ausente, en favor de los herederos instituidos o presuntivos el día del presunto fallecimiento del ausente.

⁴³⁶ *Loc.cit.*

⁴³⁷ *Loc.cit.*

Así mismo, es otro efecto de la posesión definitiva, que se da por concluida la sociedad conyugal, quedando el cónyuge presente en libertad de contraer nuevas nupcias.

A tal respecto señala el autor **Ossorio** que la declaración de muerte presunta *“...Da lugar a la apertura de la sucesión y permite al cónyuge del ausente contraer nuevo matrimonio, que, en la Argentina, es válido aun cuando luego aparezca el presunto fallecido...”*⁴³⁸

Si el ausente aparece una vez otorgada la posesión definitiva de sus bienes, éste recobrará los mismos en el estado en que se encuentren, o lo que con el valor de ellos se hubiesen comprado, pero no podrá reclamar el valor de los consumidos, ni las rentas o intereses percibidos por quienes hubiesen tenido la posesión definitiva. Nótese que no refiere a los poseedores provisionales, quienes por exclusión deberán reintegrar las rentas o intereses percibidos durante la posesión provisional.

Por otro lado, si se probara que el ausente tenía hijos legítimos u la existencia de otros herederos, quienes acrediten la efectiva muerte del testador éstos podrán solicitar los bienes que les son debidos, y aquellos les serán entregados, en sustitución de aquellos a quienes se otorgó la posesión definitiva.

En conclusión, se observa que la legislación la república de Argentina, regula una única institución denominada ausencia con presunción de fallecimiento, la cual podrá ser declarada tras el transcurso de seis o tres años, dependiendo de las circunstancias en que se haya dado, y no importando si el ausente haya previsto la designación de un mandatario o no.

Transcurridos los referidos períodos, en un plazo de seis meses se tomarán algunas medidas, atendiendo a las necesidades del ausente (nombramiento de defensor y curador), y se citará al ausente, por medio de publicaciones en el diario oficial de aquel país.

⁴³⁸ Ossorio, Manuel. *Op. cit.* Pág. 107.

Posteriormente se declarará la ausencia y se fijará la fecha del presunto fallecimiento, otorgando la posesión provisional de los bienes del ausente, a quienes corresponda, siempre y cuando se cumplan con los requisitos legales.

Cuando transcurran quince años desde la desaparición del ausente u ochenta desde su nacimiento, podrán solicitar la posesión definitiva de los bienes del ausente, pudiendo a partir de este momento disponer libremente de los bienes de aquel.

La sociedad conyugal quedará sin efecto, a partir de la declaración de posesión definitiva de los bienes del ausente, quedando el cónyuge presente en libertad de contraer nuevas nupcias, las cuales subsistirán aún si el ausente reaparece.

Resulta necesario señalar que la legislación argentina, no hace referencia alguna al plazo comprendido entre el desaparecimiento del ausente y la fecha en la que se puede solicitar la declaración de ausencia y muerte presunta, pues evidentemente durante este tiempo los bienes del ausente necesitarán ser administrados y el ausente ser defendido.

Así mismo, tampoco se hace referencia alguna respecto si con la declaración de muerte presunta derivada de ausencia calificada, los herederos entrarán directamente en posesión definitiva de los bienes del ausente, por lo que se debe deducir que únicamente ostentarán la posesión provisional, y deberán esperar el transcurso de quince años a partir de su desaparición o desde la fecha en que se tuvieron sus últimas noticias, para obtener la posesión definitiva.

3.7 España.

En España, la institución jurídica de la ausencia se encuentra regulada, en el título VII denominada “de la ausencia”, del libro primero (de las personas), del Código Civil Español (CCE). Específicamente en lo artículo del 181 al 198 del referido cuerpo normativo.

La legislación española, regula la institución a través de dos etapas que son, declaración de ausencia y declaración de fallecimiento.

Así mismo, regula un apartado de medidas provisionales, que se podrán dictar antes que se declare la ausencia, y en tal sentido, establece la ley que cuando una persona desaparece de su domicilio, o residencia, sin tenerse de ésta persona más noticias, un juez podrá, a instancia de parte, nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio y fuera de este, en los asuntos que no admitan demora sin grave perjuicio, exceptuándose claro, los casos en los que el ausente haya previsto dejar un mandatario para la administración de todos sus bienes.

El CCE señala que el cónyuge presente será el representante y defensor nato, y a falta de éste, el pariente más próximo hasta el cuarto grado de ley. Y solo en defecto de parientes o en caso de urgencia notoria, el juez nombrará a una tercera persona.

Además del nombramiento del defensor y del representante, también se podrán tomar todas las providencias necesarias para la conservación del patrimonio del ausente.

El primer periodo de la ausencia propiamente, esta dado por la declaración de ausencia legal, la cual debe ser solicitada, por el cónyuge del ausente, por los parientes consanguíneos, hasta el cuarto grado de ley, el Ministerio Fiscal o cualquier persona que estime tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o que dependa de su muerte, como por ejemplo quien debía cumplir una obligación hasta la fecha de muerte de la persona que se encuentra ausente, podrá solicitar que se declare su ausencia legal.

Se podrá considerar en situación de ausencia a la persona que haya desaparecido de su domicilio, cuando haya transcurrido un año desde su desaparición si no hubiera dejado apoderado, y transcurridos tres años, si lo hubiere dejado para la administración de todos sus bienes.

Una vez declarada la situación de ausencia legal, corresponderá la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus

bienes y el cumplimiento de sus obligaciones, en primer lugar al cónyuge presente; en segundo lugar al hijo mayor de edad, y si hubieren varios, se preferirá a los que convivan con el ausente y el mayor al menor; posteriormente corresponderá al ascendiente más próximo de menos edad; y por último a los hermanos mayores de edad, que hayan convivido con el ausente. Y solo en defecto de los anteriores el juez nombrará a una tercera persona.

Además de las atribuciones anteriores, el representante del declarado ausente, deberá: a) inventariar los bienes muebles y describir los bienes inmuebles del ausente; b) otorgar la garantía que el juez prudencialmente fije, quedando exentos de tal obligación el cónyuge, descendientes y ascendientes, no así los hermanos, ni los representantes dativos; y c) conservar y defender el patrimonio del ausente.

Uno de los efectos más importantes que apareja la declaratoria de ausencia legal, lo establece el artículo 186 del **CCE**⁴³⁹ en el sentido que (...) los representantes legítimos del declarado ausente (cónyuge, descendientes y ascendientes) disfrutarán de la posesión temporal del patrimonio del ausente, haciendo suyos los productos líquidos en la cuantía que el Juez señale. En cuanto a los representantes legítimos que sean hermanos del declarado ausente, también disfrutarán también de la posesión temporal, pero los productos que retendrán no podrán ser nunca mayores a 2/3 partes de éstos, pues el tercio restante se deberá guardar, para el supuesto que el ausente regrese o para sus herederos. (...)

Es decir que entrarán en posesión temporal del patrimonio del ausente, los representantes legítimos y no así los dativos, quienes tendrán a su cargo únicamente la administración del patrimonio del ausente, y no podrán hacer suyos los frutos de aquel patrimonio.

⁴³⁹ Cortes Generales, sancionado y promulgado por la Reina María Cristina. Código Civil y sus reformas. Real Decreto Lugar y fecha de Emisión: Guatemala 24/07/1989. Disponible en: <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-civil-de-espana.pdf>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2013.

Es necesario, así mismo señalar que los poseedores temporales de los bienes del ausente no los podrán vender, gravar, hipoteca o preñar sino en casos de necesidad y utilidad evidente declarada por un juez.

Si durante ésta fase, alguien probase el derecho preferente a la posesión temporal, ésta le será otorgada en sustitución del anterior, pero al nuevo poseedor no se le harán entrega de los frutos percibidos, sino desde la fecha en que presentó su demanda, del mismo modo, si apareciere el ausente, se le deberá restituir su patrimonio, pero no los productos percibidos, salvo mala fe interviniente.

Por su parte, señala el artículo 188 del **CCE** que: *“Si en el transcurso de la posesión temporal o del ejercicio de la representación dativa se probase la muerte del declarado ausente, se abrirá la sucesión en beneficio de los que en el momento del fallecimiento fuesen sus sucesores voluntarios o legítimos, debiendo el poseedor temporal hacerles entrega del patrimonio del difunto, pero reteniendo, como suyos, los productos recibidos en la cuantía señalada. (...)”*⁴⁴⁰

En este momento, el cónyuge presente, podrá solicitar la separación de bienes, para los efectos que solo sean considerados dentro de la herencia los bienes que son propiamente del ausente.

Respecto de los derechos eventuales del ausente, señala el artículo 190 del **CCE** que *“Para reclamar un derecho en nombre de la persona constituida en ausencia, es preciso probar que esta persona existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.”*⁴⁴¹

Aunado a lo anterior el artículo 191 del **CCE**⁴⁴² manifiesta que (...) si es abierta una sucesión en favor del ausente, los coherederos de éste acrecerán en su parte, al no haber persona con derecho propio de reclamarla. (...)

Lo anterior, se da en virtud que por no tenerse certeza sobre la existencia del ausente, no puede otorgarse una sucesión en su favor, y de tal cuenta es que en este

⁴⁴⁰ *Loc.cit.*

⁴⁴¹ *Loc.cit.*

⁴⁴² *Loc.cit.*

momento, se observa la posibilidad de los coherederos de acrecer en la parte que correspondía al ausente, con la limitante, que deberán reservar tales bienes hasta el momento en que sea declarado el fallecimiento del ausente.

En el capítulo II, del título VIII del CCE se regula la declaración de fallecimiento, en el derecho español, y al respecto se establece que procede: a) cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del ausente; b) cuando hayan transcurrido cinco años desde las últimas noticias del ausente, cuando éste haya cumplido setenta y cinco años; c) cuando hayan transcurrido dos años, desde la fecha de un riesgo inminente a causa de siniestro o de violencia contra la vida de la persona; d) cuando hayan transcurrido dos años desde que una persona formó parte de algún contingente armado en campaña; y e) cuando transcurran dos años desde la comprobación de un naufragio o accidente aéreo.

Establece el artículo 195 del **CCE** que *“Por la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal, pero mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputarse fallecido, salvo investigaciones en contrario. Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario.”*⁴⁴³

Es decir que la forma ordinaria de finalizar con la situación de ausencia legal, es la declaración de fallecimiento, pero en tanto no se produzca ésta se tendrá por vivo al ausente, y por tal razón es que se hace necesario que se señale la fecha a partir de la cual se entiende por muerto a aquella persona.

Una vez declarado el fallecimiento del ausente, se procederá con su efecto propio el cual consiste en la apertura de la sucesión. Haciéndoles entrega a los herederos del patrimonio del ausente, quienes no podrán disponer a título gratuito de tales bienes, sino hasta que hayan transcurrido cinco años desde la declaración de fallecimiento. De igual forma los legados, serán entregados hasta que hayan transcurrido cinco años desde la declaración de fallecimiento.

⁴⁴³ *Loc.cit.*

Por último, tal y como establece el artículo 197 del **CCE** *“Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probara su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto.”*⁴⁴⁴

En España, se lleva un Registro Central de Ausente, reglado en el capítulo III del título VIII del CCE, en el cual se inscribirán todas las situaciones relacionadas con la ausencia y la declaración de fallecimiento.

Se puede concluir que en España, regula la declaración de ausencia mediante dos etapas sucesivas, siendo la primera de ellas la declaración de ausencia y la segunda la declaración de fallecimiento, que no es un fallecimiento presunto, sino que surte los efectos de una muerte natural.

Así mismo regula medidas provisionales que podrán ser tomadas en el período previo a que se declare la ausencia legal, y que básicamente consiste en el nombramiento de un defensor y de un representante del ausente, que será preferentemente el cónyuge del ausente, así como en la facultad de adoptar todas las medidas que se consideren necesarias para la conservación de patrimonio del ausente.

La declaración de ausencia se podrá declarar transcurrido uno o tres años, dependiendo si ha dejado o no mandatario, y tendrá el efecto propio de poner en posesión temporal del patrimonio del ausente a los representantes legítimos, no así a los dativos.

La declaración de fallecimiento de otorgará cuando hayan transcurrido diez, cinco o dos años, dependiendo de las circunstancias propias de cada caso, atendiendo principalmente a la posibilidad de muerte del ausente, por haberse encontrado en alguna situación de riesgo.

⁴⁴⁴ *Loc.cit.*

El efecto propio de la declaración de fallecimiento es el de aperturar la sucesión, en favor de quienes resulten herederos legítimos o testamentarios en el momento señalado como de fallecimiento.

La legislación de España, no indica que, ni por la declaratoria de ausencia ni por la declaratoria de fallecimiento, se podrá dar por finalizado el matrimonio, sin embargo algunos doctrinarios españoles afirman que para dar por finalizado el matrimonio, en virtud de ausencia, se debe contar con un dictamen eclesiástico, en el que se acepte la defunción del ausente, y en tal virtud, será procedente que se disuelva el vínculo conyugal por ausencia.

Capítulo 4: Presentación, análisis y discusión de resultados.

En el presente capítulo se presentan, analizan y discuten los resultados obtenidos con la presente investigación, especialmente con el análisis de la legislación comparada en los países de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, México, Argentina y España, respecto al tema de la ausencia y la muerte presunta.

Para tal presentación, análisis y discusión de resultados, se estudian 12 indicadores que permiten hacer un análisis del derecho comparado, en virtud de las diferencias y similitudes que tanto la institución jurídica de la ausencia como de la muerte presunta, presentan en cada uno de los países analizados.

Como primer indicador se analiza el cuerpo normativo principal en el cual se encuentran reguladas las instituciones jurídicas de la ausencia y muerte presunta, y de tal cuenta, es necesario señalar que tal y como se indican en los alcances de la presente investigación, ésta únicamente hace referencia a aspectos de índole civil propiamente, y no así a tramitación ni normas procedimentales, de tal cuenta se establece que en todos los países analizados las instituciones de la ausencia y muerte presunta se encuentran reguladas básicamente en los códigos civiles de cada país, así como en las reformas a éstos cuerpos normativos.

Con el segundo indicador, se busca determinar la doctrina fundante de la legislación de cada país, respecto de las instituciones jurídicas de la ausencia y muerte presunta, haciendo la salvedad y la observación que indudablemente en épocas modernas y en consecuencia en legislaciones actuales no se sigue una doctrina plenamente, sino que se utiliza alguna de las dos doctrinas elementales como fundamento de cada legislación, pero en algunos países se utilizan los dos sistemas, mientras que otros utilizan alguno de los dos sistemas, agregando algún tipo de variables.

En tal sentido, es necesario individualizar y señalar que las legislaciones actuales siguen alguna de las dos posturas doctrinarias respecto de las instituciones jurídicas de la ausencia y muerte presunta. Siendo estas la doctrina francesa y la doctrina germánica, las cuales ya han sido analizadas en el apartado respectivo, pero que para efectos prácticos, se señalan las características principales de una y de otra.

Las características principales de la doctrina francesa, están dadas por que inicialmente no se reconoció la declaración de muerte; así mismo los plazos para declarar la ausencia eran considerablemente mayores, y reconocían tres etapas, siendo la primera de presunción de ausencia, la segunda de posesión provisional de los bienes del ausente, y una tercera etapa de posesión definitiva de los bienes del ausente. La doctrina francesa, no reconoció en un inicio la ausencia calificada, aunque hoy por hoy, todas las legislaciones reconocen tal figura, independientemente la doctrina fundante que se siga.

Las características principales de la doctrina germánica están dadas por el hecho que se reducen considerablemente los tiempos de declaración, tanto de ausencia como de muerte presunta, en comparación con la doctrina francesa. Así mismo es la doctrina germánica, la que introduce por vez primera la institución de la ausencia calificada, abreviando aún más los plazos para que esta surta sus respectivos efectos. Reconocen tres etapas dentro de la ausencia, siendo la primera de éstas una “ausencia material”, una segunda etapa de desaparición (ausencia propiamente dicha) y una tercera de muerte presunta.

Los países de Guatemala, Honduras, Costa Rica y México, fundamentan su legislación principalmente en la doctrina germánica.

Mientras que El Salvador, Nicaragua, Argentina y España, en la doctrina francesa.

Es necesario recalcar, que al día de hoy, ninguna de las legislaciones analizadas sigue rígidamente alguna de las dos doctrinas, sino todas las legislaciones toman elementos de la otra doctrina, que realmente no es opuesta sino complementaria, en atención principalmente a la época en las que ambas fueron creadas.

El tercer indicador, se refiere principalmente a las fases o etapas, reconocidas por cada legislación para la declaración de ausencia. Y en este sentido, es necesario señalar que para la mayoría de doctrinarios, así como para la mayoría de legislaciones, estas etapas son independientes entre sí, lo que implica que para llegar a una segunda o tercera etapa, no es indispensable que se haya declarado la primera. Así mismo es importante señalar que no existe uniformidad en todos los países, en cuanto a las etapas señaladas, sin embargo, atendiendo principalmente a la doctrina fundante (indicador 2) sí existe cierto parámetro o patrón, en cuanto a las etapas reconocidas por cada país, y de tal cuenta se puede afirmar que:

En Costa Rica, México y España, se reconocen 3 etapas, siendo ellas: a) medidas provisionales; b) declaración de ausencia; y c) declaración de muerte presunta.

En El Salvador y en Argentina, únicamente se regula la muerte presunta y no así la ausencia, y dentro de ésta declaración de muerte presunta, regula tres etapas: a) de mera ausencia; b) posesión provisional; y, c) posesión definitiva.

Honduras reconoce dos etapas, una de mera ausencia, y una segunda de declaración de fallecimiento.

Nicaragua regula dos etapas dentro de la ausencia, siendo éstas: a) guarda provisional; y, b) guarda definitiva.

Guatemala tiene un sistema más elaborado, en el sentido que tal y como ya se explicó, existe cierta independencia entre las distintas etapas reconocidas por la

mayoría de legislaciones, en Guatemala, es aún más marcada tal independencia, pues regula 4 etapas distintas, que no se encuentran relacionadas, siendo éstas: a) ausencia para la representación en juicio y toma de medidas provisionales; b) declaración de ausencia para la administración de bienes; c) administración por parte de parientes; y d) Muerte presunta.

El cuarto indicador tiene una importancia capital para la comprensión, comparación, análisis y discusión de la ausencia, y este es el tema de los plazos para la declaración de ausencia y muerte presunta, y en general de las distintas fases de ausencia.

Siendo necesario señalar que éstos plazos son diferentes para cada país, atendiendo en gran parte a la doctrina fundante.

En Guatemala, para la declaración de ausencia, en cualquiera de sus modalidades, así como para la toma de medidas provisionales, no se necesita el transcurso de tiempo alguno, pues estos pueden ser solicitados, a partir de la simple desaparición del ausente. Mientras que si se necesita el transcurso de un período de 5 años, ya sea desde que se otorgó la administración a los parientes del ausente, o desde que se tuvieron sus últimas noticias, para poder declarar su muerte presunta.

En El Salvador se podrá solicitar la presunción de fallecimiento cuando hayan transcurrido 4 años desde el desaparecimiento de la persona. Momento a partir del cual se otorgará la posesión provisional de los bienes del ausente. Si al momento de desaparecer el ausente tuviera 80 años se otorgará inmediatamente la posesión definitiva de tales bienes. Así mismo, se otorgará la posesión definitiva cuando hayan transcurrido 20 años desde el desaparecimiento de la persona, o 15 años a partir del otorgamiento de la posesión provisional.

En Honduras, la ley no señala plazo alguno para la “mera ausencia”, la cual se da a partir del desaparecimiento del ausente, sin embargo, si señala que deberá transcurrir un plazo de 10 años desde su desaparecimiento para la declaración de presunción de muerte. También se podrá declarar la presunción de muerte cuando se acredite que el ausente tiene la edad de 80 años.

En Nicaragua, para poder otorgar la guarda provisional, el CCN no hace referencia a plazo alguno, sino únicamente refiere que para el otorgamiento de la guarda definitiva deben haber transcurrido 4 años desde el desaparecimiento del ausente, o 6 años, en caso hubiera dejado mandatario con facultades suficientes.

En Costa Rica, México y España, para la toma de medidas provisionales, sus respectivos códigos no hacen referencia a transcurso de tiempo alguno, pues tales medidas evidentemente se toman en virtud de urgencia para el resguardo de los intereses del ausente.

Sin embargo en Costa Rica, para la declaración de ausencia, deben haber transcurrido 2 años desde el desaparecimiento del ausente, o 10 años a partir de desaparición en caso hubiere dejado apoderado general con facultades amplias de representación. Así mismo, el CCCR. Señala que se podrá declarar la presunción de muerte, cuando hayan transcurrido 20 años desde la desaparición del ausente, 10 desde la declaratoria de ausencia, u 80 años de vida del ausente.

En México, para la declaración de ausencia deberán haber transcurrido 2 años desde el nombramiento de un representante legal, lo cual se hace en la etapa de medidas provisionales, que como vemos, en México, es en el único país de los analizados en el cual se presupone la existencia de una etapa previa, para la consumación de una etapa posterior. Si el ausente previó dejar apoderado con facultades suficientes, el plazo para la declaración de ausencia será de 3 años. Posteriormente, cuando transcurran 6 años desde la declaración de ausencia, se podrá declarar la muerte presunta.

En España, además de lo establecido para las medidas provisionales, el CCE señala que para la declaración de ausencia, deberá haber transcurrido 1 año desde su desaparición, o 3 años en caso el ausente hubiere previsto dejar mandatario con facultades suficientes, otorgando en este momento la posesión provisional. Cuando transcurran 10 años desde las últimas noticias del ausente, o 5 desde que el ausente cumplió 75 años de edad, podrá realizarse la declaración de fallecimiento. Por último,

cuando transcurran 5 años desde la declaración de fallecimiento, se podrá otorgar la posesión definitiva de los bienes del ausente.

En Argentina se podrá solicitar la declaración de presunción de fallecimiento, cuando hayan transcurrido 6 años desde que el ausente desapareció de su domicilio, o desde que se tuvieron sus últimas noticias, y 6 meses después, se podrá hacer tal declaración, otorgando la posesión provisional, y cuando hayan transcurrido 15 años, desde la desaparición del ausente, u 80 años desde su nacimiento se podrá otorgar la posesión definitiva de los bienes de éste.

En el quinto indicador se analizan los principales efectos de la etapa de “Medidas Provisionales previas a la declaración de ausencia”. Y a tal respecto es necesario señalar que El Salvador, Honduras, Nicaragua y Argentina, no regulan dicha etapa, por lo que consecuentemente no existen efectos de la misma.

En Costa Rica, la principal medida provisional adoptada es el nombramiento de un curador de los bienes del ausente, que administre los mismos y que represente al ausente.

En México, las medidas provisionales principales consisten en el nombramiento de un depositario; la búsqueda del desaparecido; y, la toma de medidas para asegurar los bienes del ausente.

En España tales medidas consisten en el nombramiento de un defensor judicial y extrajudicial, así como la toma de todas las providencias necesarias, para resguardar los intereses del ausente.

En Guatemala, tales medidas provisionales, son dadas con la declaración de ausencia, y en tal virtud serán analizadas en el siguiente indicador.

En el sexto indicador se establecen los principales efectos de la declaratoria de ausencia como tal, en las legislaciones de los países en los que aplique, determinándose que:

En Nicaragua, no se establece nada al respecto, pues no se reconoce la declaratoria de ausencia.

En El Salvador y en Honduras, en ésta etapa se cuidarán los intereses del ausente, por parte de sus apoderados o sus representantes legales.

En Costa Rica, México y España, se otorgará la posesión provisional de los bienes del ausente, previo otorgamiento de garantía suficiente.

En Costa Rica, así mismo cesarán todas las sociedades que debieran cesar con la muerte del ausente. También la declaración de ausencia es una casual de divorcio; y quienes ostenten la posesión provisional deberán representar al ausente.

En México, además de lo mencionado, la declaratoria de ausencia, interrumpe la sociedad conyugal, por lo que se deberá hacer una liquidación del patrimonio conyugal, previo otorgamiento de la posesión provisional, para entregar en posesión provisional a los herederos únicamente la parte que corresponde al ausente, y no así la del cónyuge presente.

En Argentina, el CCAR no regula la ausencia, sin embargo, establece dentro del mismo, que cuando una persona haya estado ausente por 6 años, podrá declararse la muerte presunta de éste, lo que tiene cierto matiz que aunque no expresamente, si reconoce la ausencia, y más aun, establece como efecto propio de ésta, la declaración de muerte presunta.

En Guatemala, la ausencia para representación en juicio, tendrá como efecto propio, únicamente el nombramiento de un defensor judicial. La ausencia para la guarda y administración de los bienes del ausente, tendrá como efecto propio el nombramiento de un guardador, quien ostentará la representación legal del ausente, y tendrá a su cargo la administración de los bienes del ausente. Y en la fase de administración por parientes, se entregará la posesión provisional a los parientes del ausente, quienes deberán otorgar garantía suficiente de los bienes poseídos.

En el séptimo indicador se analizan los principales efectos de la etapa de posesión provisional en los países en los que ésta es reconocida como etapa. Y en tal sentido es

menester indicar que en Guatemala, Honduras, Costa Rica, México y España, ésta no es reconocida como una etapa, sino en algunos de éstos países es reconocida como efecto de la declaratoria de ausencia, de la declaratoria de muerte presunta, o simplemente no la reconoce.

En El Salvador, los efectos principales de ésta etapa son: a) se disuelve la sociedad conyugal; b) se apertura o publica el testamento; c) se otorga la posesión provisional de los bienes del ausente a los herederos; y, d) se otorga la representación legal del ausente a los poseedores provisionales.

Los principales efectos de ésta etapa en Nicaragua consisten en el nombramiento de un guardador, judicial y/o extrajudicial; la toma de medidas conservativas de los bienes del ausente; liquidación de la sociedad conyugal, se otorga la patria potestad sobre los hijos menores exclusivamente al cónyuge presente; y se otorgan en administración los bienes del ausente, con la obligación de prestar fianza.

En Argentina, los efectos de la etapa de posesión provisional, son en primer lugar el de señalar el día presuntivo del fallecimiento, y segundo evidentemente el otorgamiento de la posesión provisional de los bienes del ausente a quienes resulten herederos en el día presuntivo del fallecimiento, previo otorgamiento de inventario y fianza; así mismo nombrar a un defensor para que represente al ausente judicial y extrajudicialmente, y un curador para que administre sus bienes.

El octavo indicador compara los principales efectos ocasionados por la etapa denominada posesión definitiva, en los países en los que ésta se aplique, debiendo señalar que en Guatemala, Honduras, Costa Rica y México ésta no es reconocida tal etapa.

Mientras que en El Salvador, Nicaragua, Argentina y España, tiene el principal efecto de otorgar de manera definitiva la posesión de los bienes del ausente, para que estos puedan disponer de los mismos de una manera más o menos libremente.

A tal respecto se debe señalar que para El Salvador y para España, con la posesión definitiva cesan todas las limitaciones impuestas a los poseedores

provisionales, es decir pueden disponer libremente sobre los bienes poseídos definitivamente como si fueran verdaderos propietarios.

Mientras que en Nicaragua, aún en la etapa de posesión definitiva, para los poseedores subsiste la necesidad de otorgar inventario y fianza, y ésta limitación cesará hasta que transcurra un período de 16 años desde la posesión definitiva. Así mismo, en ésta etapa, en Nicaragua se tiene por aperturada la sucesión, a favor de quienes resulten herederos del ausente.

En Argentina, además del efecto propio de la posesión definitiva sobre los bienes del ausente, es en ésta etapa hasta cuando se puede declarar la disolución de la sociedad conyugal.

Con el noveno indicador se buscó establecer si las legislaciones comparadas, regulaban la institución jurídica de la ausencia calificada (aporte del sistema germánico), estableciéndose que todas las legislaciones analizadas, independientemente de la doctrina fundante adoptada, reconocen en mayor o menor grado la institución de la ausencia calificada.

En el décimo indicador se establecen los efectos propios de la ausencia calificada para cada legislación, estableciéndose que en Guatemala, Honduras, Nicaragua, México Argentina y España, cuando se den los supuestos de ausencia calificada, se podrá declarar en un plazo menor la muerte presunta, o presunción de fallecimiento, según las distintas legislaciones.

En Guatemala, derivado de la ausencia calificada, se podrá declarar la muerte presunta de la persona, y en consecuencia el otorgamiento de la posesión definitiva de los bienes del ausente, cuando haya transcurrido 1 año desde la fecha del siniestro, y ante algunos supuestos tal declaración se podrá hacer inmediatamente.

En Honduras, el plazo para la declaración de presunción de muerte se reduce a 4 años desde la fecha del siniestro.

En Nicaragua y en Argentina, dicho plazo será de 3 años, a partir de la fecha en que ocurrió el siniestro.

En México, el plazo para la declaración de muerte presunta, derivado de ausencia calificada, será ante algunos supuestos de 2 años, y ante otros de 6 meses, a partir de la fecha del siniestro.

En España, se procederá con la declaración de fallecimiento, cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha del siniestro.

En el caso de El Salvador, ante los supuestos de ausencia calificada, el CCES Establece que se podrá otorgar la posesión definitiva de los bienes del ausente, reduciendo los plazos de tal declaración a 4 años a partir de la fecha del siniestro.

Para Costa Rica, el CCCR establece que en caso el ausente se encuentre en una situación de ausencia calificada, los plazos para declarar la ausencia se reducirán a la mitad, lo que implica 1 u 5 años dependiendo si ha dejado o no apoderado general.

El undécimo indicador, analiza la existencia de una figura jurídica propia de la doctrina germánica, en el sentido que anteriormente (en la doctrina francesa) no se reconocía la institución de la “muerte presunta”, pues se creía que sin la evidencia real del fallecimiento de una persona, éste no podía ser declarado muerto, por lo que las legislaciones más antiguas únicamente reconocieron figuras como posesión definitiva, pero no la muerte presunta. Sin embargo hoy en día, derivado del gran avance de las comunicaciones, es muy difícil dejar de tener noticias de una persona, por tiempo muy prolongado, por lo que las legislaciones modernas previendo tal situación independientemente de la doctrina fundante seguida por sus códigos, han reconocido unánimemente la muerte presunta, como institución jurídica vigente, si no lo hacen expresamente lo hacen tácitamente, como en el caso de Nicaragua, que aunque no la regula expresamente, el CCN en su articulado, si hace referencia a la presunción de fallecimiento, lo que quedará explicado con mayor claridad en el indicador subsiguiente.

El duodécimo indicador establece los principales efectos de la declaración de muerte presunta, o declaración de fallecimiento, en cada uno de los países comparados, estableciendo en primer lugar que en El Salvador y en Argentina, los efectos de tal declaración, son los mismos ocasionados por la posesión provisional y

posesión definitiva, expuestos en los indicadores 7 y 8 del presente capítulo respectivamente.

En Guatemala, Costa Rica y México, por la declaración de muerte presunta, se otorga la posesión definitiva de los bienes de ausente, cesando en este momento, todas las limitaciones impuestas con anterioridad.

Así mismo, otro efecto de la muerte presunta, para Guatemala, es que el cónyuge presente queda en libertad para contraer matrimonio nuevamente, matrimonio que será válido aún en el supuesto que el ausente regrese.

En México, por la declaración de muerte presunta, cesa definitivamente y no temporalmente como en el caso de la declaratoria de ausencia, el vínculo conyugal, quedando el cónyuge presente en libertad de estado.

En Honduras, luego de declarada la muerte presunta, se deberá realizar una última publicación en el diario oficial, y cuando hayan transcurrido 6 meses desde tal publicación, se podrá aperturar la sucesión, y quedará disuelto el vínculo conyugal.

En Nicaragua, único país que no regula expresamente la muerte presunta, cuando transcurran 16 años desde el otorgamiento de la guarda definitiva de los bienes del ausente, podrá hacer cesar todas las limitaciones impuestas a los guardadores, y disponer como propios los bienes del ausente.

Y en España los efectos propios de la declaración de presunción de fallecimiento, son que se hace cesar la situación de ausencia legal, y en consecuencia se apertura la sucesión del ausente.

De ésta manera se, se concluye y se da por agotado el tema de la ausencia, y la muerte presunta, en el ámbito del derecho sustantivo, pudiendo cumplir con el objetivo general de la presente investigación, en el sentido de brindar un panorama más claro de las instituciones jurídicas de la ausencia y muerte presunta, sus principales causas, efectos jurídicos y algunas de las complicaciones que las mismas presentan, determinando en términos generales, su funcionamiento en Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, México, Argentina y España.

En cuanto a las diferentes doctrinas, que rigen las legislaciones analizadas, respecto de la ausencia y muerte presunta, se puede afirmar, que dos doctrinas han regido tales legislaciones, siendo éstas la doctrina francesa implementada por vez primera en el código de napoleón y la doctrina germánica, que brinda aspectos más modernos a dichas instituciones, tales como la ausencia calificada, y la muerte presunta.

De acuerdo con la doctrina consultada y la investigación realizada, se pudo contestar la pregunta de investigación formulada consistente en: ¿Cuál es la importancia que aparejan las instituciones jurídicas de la ausencia y muerte presunta en la vida moderna. Cuáles son las etapas, mediante las que se desarrolla, así como sus principales efectos que estas aparejan respecto del ausente y de los bienes, derechos y obligaciones de los ausentes y muertos presuntos, así como de los terceros frente a los desaparecidos; y por último establecer, cual es el funcionamiento de estas instituciones en las legislaciones de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, México, Argentina y España? En tal sentido, se puede afirmar, que indudablemente la importancia que estas instituciones aparejan hoy en día, son trascendentales, pues aunque uno pensaría que por el gran avance de las telecomunicaciones, es muy difícil dejar de tener hoy en día noticias de alguna persona, y por tal razón las instituciones jurídicas estudiadas son en cierta forma obsoletas, es esta misma razón, la que hace que tales instituciones cobren gran importancia, pues en el supuesto que hoy en día se deje de tener noticias de alguna persona, por un tiempo considerable, hace inmediatamente dudar sobre su existencia, pues es muy fácil contactar o al menos tener noticias de ésta persona. Vale la pena señalar que algunas de legislaciones han previsto tal situación, y reducen realmente los tiempos para realizar la declaración de ausencia o de muerte presunta, según corresponda, siendo éstas medidas, más acertadas a la vida actual de las personas, resguardando de ésta manera, en un principio, los intereses del ausente, y pero posteriormente (ante la inminente desaparición de la persona) los intereses de los herederos y de quienes tengan algún derecho subordinado a la muerte o desaparición del ausente, como en el caso de deudores o acreedores.

Se ha determinado, así mismo, que las etapas ante las cuales se desarrollan éstas instituciones, son diversas, y varían entre las legislaciones, principalmente atendiendo a la doctrina fundante que rige cada legislación, así por ejemplo algunas legislaciones establecen 3 fases: a) mera ausencia; b) ausencia declarada; y c) muerte presunta, mientras que otras regulan solo la declaración de ausencia y muerte presunta, y no la mera ausencia. Así como otras que regulan también 3 fases denominadas a) medidas provisionales; b) posesión provisional; y c) posesión definitiva. Se establece de tal cuenta, que no existe una clasificación única de etapas para la declaración de ausencia y muerte presunta, e incluso se observa también que existen legislaciones que ni siquiera regulan tales instituciones, sino contemplan etapas de posesión provisional y posesión definitiva, pero todas las legislaciones, independientemente de las etapas reguladas, tienen un factor común en sentido de buscar protección para la persona, sus bienes, y eventualmente la protección de los intereses de sus herederos y de quienes algún derecho subordinado a la existencia del ausente.

Con la investigación desarrollada, se da por concluido el presente tema, dando por cumplidos tanto el objetivo general como sus objetivos específicos planteados al inicio de la presente investigación, en el sentido que se brinda un panorama, más claro y más comprensible, respecto de las instituciones jurídicas de la ausencia y de la muerte presunta, estableciéndose las causas que las generan, así como los efectos jurídicos de las mismas y por último, las principales complicaciones que éstas instituciones aparejan, determinando su funcionamiento en los países analizados.

Se establecieron y estudiaron las diferentes doctrinas, así como sus principales características, y su aplicación en los países de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, México, Argentina y España. Y se determinaron posibles problemáticas generadas por éstas instituciones, tales como los derechos eventuales del declarado ausente o muerto presunto, también situaciones, como que pasa en los casos de declaración de fallecimiento respecto del matrimonio del cónyuge presente entre otras situaciones similares.

Conclusiones

1. Existen dos doctrinas fundantes que tratan el tema de la ausencia y la muerte presunta en la mayoría de legislaciones, siendo éstas la doctrina francesa, y la doctrina germánica, sin embargo hoy en día, todas las legislaciones analizadas, no se rigen exclusivamente por una de las dos doctrinas, sino todas toman elementos de una y otra doctrina.
2. El avance de la tecnología, ha hecho innecesario esperar prolongados lapsos de tiempo para declarar la ausencia y la muerte presunta, por lo que la mayoría de legislaciones estudiadas, han optado por legislar, por plazos más breves que en la antigüedad, para tales declaraciones, atendiendo principalmente a la protección de los intereses del ausente, aunque también a los intereses de los eventuales herederos.
3. No existe un plazo universal, para la declaración de ausencia ni para la declaración de muerte presunta, en los países que estas instituciones son reconocidas. Sino cada país, establece distintos momentos y requisitos, para la declaración de una u otra.
4. En la mayoría de países, -excepto México, ante alguna situación- las etapas de contempladas para la ausencia son independientes entre sí, es decir no es prerequisite la declaración de una etapa previa (v.gr: declaración de ausencia) para la declaración de una etapa posterior (v.gr: declaración de muerte presunta) sino ésta puede ser declarada aunque aquella no haya sido declarada previamente.
5. Todos los países analizados reconocen la institución jurídica de la ausencia calificada, otorgándole a ésta efectos propios, que generalmente atienden a reducir los plazos de la declaratoria de ausencia, muerte presunta, o posesión definitiva, dependiendo lo dispuesto en cada legislación.
6. Tanto la ausencia como la muerte presunta, aparejan innumerables efectos jurídicos, para la persona del ausente, para sus bienes, así como para sus herederos y para las personas que tienen algún derecho u obligación subordinado al desaparecimiento o muerte del ausente. Y estos efectos no son propios de alguna etapa en específica en todas las legislaciones, sino que un

efecto se puede generar para algunas legislaciones, en la etapa de mera ausencia, mientras que para otra legislación, el mismo efecto se generará en la etapa de posesión definitiva.

7. Cada legislación, otorga diferentes soluciones a problemas derivados tanto de la ausencia como la muerte presunta. Entre ellos a la disolución del vínculo conyugal; a los derechos eventuales del ausente; a los derechos u obligaciones que debieran finalizar con la muerte del ausente, cuando no se tiene certeza de su fallecimiento.
8. En ningún país cuya legislación fue analizada en la presente investigación, está reconocida la muerte civil de la persona, como causal para la extinción de la personalidad.
9. La ausencia, como tal no modifica el estado civil de las personas, y su objetivo principal es el de resguardar los intereses de ésta persona, para el supuesto en que en algún momento regrese, tomando las medidas necesarias para la protección de sus bienes, y la defensa del ausente.
10. Con la muerte presunta, si se crea un nuevo estado civil “especial” para la persona, pues a partir de este momento, se otorgan plenamente facultades a los herederos del declarado muerto presuntamente, para que puedan disponer libremente de los bienes de este.

Recomendaciones

1. Al Organismo Legislativo, se recomienda legislar en favor de los intereses del ausente, en el sentido que se deberían de actualizar los plazos para la declaratoria de muerte presunta, pues evidentemente el Código Civil vigente, data del año 1974, y actualmente es muy difícil dejar de tener noticias de alguna persona, por un tiempo prolongado, por lo que tales plazos se podrían reducir.
2. Al Organismo Legislativo, adicionar un literal al artículo 64 del Código Civil, en el sentido de poder declarar la muerte presunta de una persona que al momento de su desaparición, hubiere cumplido 80 años. Tomando en cuenta que el promedio de vida de una persona, es considerablemente menor.
3. Al Organismo Legislativo, se recomienda legislar, lo referente a los derechos eventuales del ausente o presuntamente muerto.
4. A los jueces que integran el Organismo Judicial, y que tramitan asuntos relacionados con la ausencia y la muerte presunta, se recomienda hacer una integración de la normativa vigente, con la doctrina aplicable, y de los criterios jurisprudenciales, a efecto se puedan dictar fallos, que atiendan al principio de justicia pronta y cumplida, en beneficio, tanto del ausente, como de las personas que tengan algún derecho u obligación subordinadas a la existencia de del ausente.
5. A los estudiantes de la carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales, profundizar respecto del tema procesal y procedimental de la ausencia y muerte presunta, en los países analizados en el presente trabajo de investigación.
6. A los estudiantes de la carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales, profesionales del derecho, y catedráticos del tema de la ausencia, se recomienda hacer una aplicación de las instituciones jurídicas estudiadas más constante, pues la aplicación que éstas tienen en la vida cotidiana, aparejan grandes consecuencias jurídicas.
7. A los encargados de los distintos Bufetes Populares del país, así como a los encargados de los diferentes Centros de Apoyo a la Justicia –CAJ- creados en todo el país, derivado de los acuerdos de paz de 1996, se recomienda tramitar y promocionar ante las correspondientes poblaciones este tipo de diligencias, a

efecto que éstas personas encuentren una solución legal, al problema derivado de la incertidumbre de la existencia de alguna persona o algún familiar.

Referencias

A. Referencias Bibliográficas

1. Abelenda, César Augusto. Derecho civil, parte general, tomo uno. Buenos Aires Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1,980.
2. Albaladejo, Manuel. Compendio de derecho civil. Barcelona, España. Librería Bosch – Ronda Universidad 11, 1,976. Tercera Edición
3. Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalia Buenrostro Báez. Derecho civil. Introducción y personas. México. Editorial Oxford University Press. 2,004
4. Beltranena Valladares de Padilla Maria Luisa. Lecciones de derecho civil. Tomo I. Guatemala. Sepredi, 1,995.
5. Brañas, Alfonso. Manual de derecho civil, libros I, II, III. Guatemala. Editorial Estudiantil Fénix. 2,007. Cuarta Edición
6. Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I. Buenos Aires Argentina, Editorial Heliasta S.R.L. 1,979. 12ª Edición.
7. Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II. Buenos Aires Argentina, Editorial Heliasta S.R.L. 1,979. 12ª Edición.
8. Cabanellas, Guillermo. Diccionario jurídico elemental, edición actualizada, corregida y aumentada. Editorial Heliasta.
9. Carrejo, Simón. Derecho civil, tomo I. Introducción al derecho civil. Derecho de las personas. Colombia. Editorial Temis Bogotá. 1,972.
10. Cifuentes, Santos. Elementos de derecho civil. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1,999. Cuarta Edición.
11. Colin Ambroise y Henry Capitant. Derecho civil. Introducción, personas, estado civil, incapaces. Volumen 1. Colección Grandes Maestros del Derecho Civil. México. Editorial Jurídica Universitaria. 2,002
12. Couto, Ricardo. Derecho civil. Personas. Volumen 3. Colección Grandes Maestros del Derecho Civil. México. Editorial Jurídica Universitaria. 2,002
13. De Cossío, Alfonso. Instituciones de derecho civil, 1. Parte general. Derecho de obligaciones. Madrid, España. Alianza Editorial, S.A., 1,975

14. Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. Instituciones de derecho civil. Volumen I/1. Introducción. Parte General. Derecho de la persona. Madrid, España. Editorial Tecnos, S.A. 1998. Segunda Edición
15. Espín Canovas, Diego Manuel. Manual de derecho civil español. Volumen I. Parte general. Editorial Revista de Derecho Privado. Sexta Edición. Madrid, España. 1,974-1,977.
16. G. Spota, Alberto. Tratado de derecho civil. Tomo I, parte general. Volumen 3, parte 2. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma. 1,968.
17. Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de derecho civil, tomo II, atributos de la personalidad. México. Editorial Porrúa. 1,998. 2da Edición.
18. Naranjo Ochoa, Fabio. Derecho civil, personas y familia. Colombia. Señal Editora. 1,994. Sexta Edición.
19. Ossorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales. Buenos Aires Argentina. Editorial Heliasta 2,006. 33ª edición.
20. Planiol Marcel y Georges Ripert. Tratado elemental de derecho civil. Divorcio, filiación, incapacidades. Tomo I. México. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1,991 Segunda Edición.
21. Puig Peña, Federico. Compendio de derecho civil español. Tomo I. Parte general. España. Editorial Arranzadi Pamplona 1,972. Segunda Edición.
22. Tobeñas, José Castán. Derecho civil español, común y foral, tomo primero, introducción y parte general. Madrid, España. Instituto Editorial Reus. Duodécima Edición. 1,978
23. Vodanovic H. Antonio. Manual de derecho civil, Partes Preliminar y General. Chile. Editorial Jurídica Conosur Ltda. 2,001. Segunda edición.

B. Referencias normativas

1. Asamblea Legislativa. Código de Familia y sus reformas. Decreto 5476. Lugar y fecha de Promulgación: San José Costa Rica, 7 de noviembre de 1973.
2. Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. *Código Civil Federal y sus reformas*. Publicado en los Estados Unidos Mexicanos el 26/05/1928; 14/07/1928; 03/08/1928; y 31/08/1928.

3. El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso. *Código Civil y sus reformas*. Ley 340. Lugar y fecha de Emisión: Buenos Aires 25 de septiembre 1869.
4. Peralta Azurdia, Enrique. Jefe del Gobierno de la República. *Código Civil y sus reformas*. Decreto-Ley 106. Lugar y fecha de Emisión: Guatemala 14/09/1963.
5. Poder Ejecutivo. *Código civil de la república de Nicaragua y sus reformas*. Lugar y fecha de emisión: Nicaragua, 1 de febrero de 1904.
6. Poder Legislativo. *Código civil y sus reformas*. Decreto número 76-1906. Lugar y fecha de promulgación: Honduras, 8 de febrero de 1906.
7. Poder Legislativo. *Código Civil y sus reformas*. Ley número 63. Lugar y fecha de promulgación: Costa Rica, 26 de abril de 1886.

C. Referencias electrónicas

1. A. Borda, Guillermo. Tratado de derecho civil, parte general, tomo I. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abelardo-Perrot. 1999. Disponible en. <https://rapidshare.com/desktop/download/924p6/82375135/dHJhdGFkb19kZV9kZXJlY2hvX2NpdmlsXy1fcGFydGVfZ2VuZXJhbF8tX3RvbW9fSV8tX1REQy1QRy1USS5yYXI=/2175/0/0/0/8F9961D337F29704C1469345699C5C32/referer-6B546FD723175287758635D6C9B053E4>, fecha de consulta 24 de noviembre 2013.
2. Cortes Generales, sancionado y promulgado por la Reina María Cristina. Código Civil y sus reformas. Real Decreto Lugar y fecha de Emisión: Guatemala 24/07/1989. Disponible en: <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-civil-de-espana.pdf>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2013.
3. De los Santos Morales, Adriana. *Derecho Civil I*. México, editor Red Tercer Milenio, 2012, disponible en, http://www.aliatuniversidades.com.mx/bibliotecas-digitales/pdf/Derecho_y_ciencias_sociales/Derecho_civil_I.pdf, fecha de consulta 13 de julio 2013.
4. Ochoa G., Oscar E. *Derecho civil I; personas. Volumen I*. Caracas, Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, 2006. Disponible en, http://books.google.com.gt/books?id=VVaY4mTifjwC&printsec=frontcover&dq=oscar+e.+ochoa&hl=es&sa=X&ei=pAv_UeqOFYfk8gTM9YDQAq&ved=0CC4Q6AEwAA#v=onepage&q=oscar%20e.%20ochoa&f=false, fecha de consulta 04 de agosto 2013

5. Presidente de la República de El Salvador. Código Civil y sus reformas. Lugar y fecha de emisión: San Salvador, 23 de agosto de 1859. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_El_Salvador.pdf. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2013.

Anexos.

		Unidades de Análisis							
		Guatemala	El Salvador	Honduras	Nicaragua	Costa Rica	México	Argentina	España
Variables	Regulado básicamente en	Decreto-Ley 106. Código Civil y sus reformas	Decreto Ley. Código Civil y sus reformas.	Decreto 76-1906. Código Civil y sus reformas	Código Civil y sus reformas.	Ley 63 y sus reformas. Código Civil	Código Civil Federal y sus reformas	Ley 340 y sus reformas. Código Civil	Real Decreto. Código Civil y sus reformas
	Doctrina fundante	Sistema Germánico con variables	Sistema Francés con variables	Sistema Germánico con variables	Sistema Francés con variables	Sistema Germánico con variables	Sistema Germánico con variables	Sistema Francés con variables	Sistema Francés con variables
	Etapas de ausencia	<p>1. Ausencia para la representación en juicio y Medidas Provisionales.</p> <p>2. Declaración de Ausencia.</p> <p>3. Administración por parte de parientes.</p> <p>4. Declaración de Muerte Presunta</p>	<p>Únicamente se regula la presunción de Muerte, y no así la ausencia. Y dentro de ésta regulan 3 fases, la primera de mera ausencia; la segunda etapa de posesión provisional y la tercera de posesión definitiva.</p>	<p>1. Mera ausencia.</p> <p>2. Declaración de fallecimiento</p>	<p>1. Guarda Provisional.</p> <p>2. Guarda Definitiva</p>	<p>1. Medidas Provisionales.</p> <p>2. Declaración de ausencia.</p> <p>3. Presunción de Muerte</p>	<p>1. Medidas Provisionales.</p> <p>2. Declaración de ausencia.</p> <p>3. Declaración de Muerte Presunta</p>	<p>Únicamente regula la presunción de Muerte, y hace referencia a los ausentes en el sentido que una vez declarada la ausencia se tiene por presumido el fallecimiento de la persona. Y dentro de la declaratoria de presunción de muerte reconoce 3 fases, la primera de mera ausencia; la segunda etapa de posesión provisional y la tercera de posesión definitiva.</p>	<p>1. Medidas Provisionales.</p> <p>2. Declaración de ausencia.</p> <p>3. Presunción de muerte</p>
Principales plazos	Para la declaración de ausencia para la representación en juicio, así como para la toma de medidas provisionales, y también la ausencia para la guarda y administración de bienes del ausente, no se necesita el transcurso de tiempo alguno.	La declaración de presunción de fallecimiento se podrá solicitar cuando hayan transcurrido 4 años desde el desaparecimiento de la persona, otorgándose en este momento la posesión provisional. Si al momento de su desaparecimiento el ausente tuviere 80 años de vida, se otorgará inmediatamente	Cuando hayan transcurrido diez años desde el desaparecimiento, o cuando éste haya cumplido 80 años de vida, podrá declararse la presunción de muerte	Para la guarda provisional, no debe mediar plazo alguno; Para el otorgamiento de la guarda definitiva deben haber transcurrido 4 años desde su desaparecimiento, o 6 en caso hubiere dejado mandatario con facultades suficientes.	Para la toma de medidas provisionales, no debe haber transcurrido plazo alguno, pues tales medidas se toman en virtud de urgencia. Para la declaración de ausencia deben haber transcurrido 2 años desde el desaparecimiento del presunto ausente. En caso hubiere dejado apoderado	Para la toma de medidas provisionales, no debe haber transcurrido algún plazo establecido, pues tales medidas se toman en virtud de la urgencia. Para la declaración de ausencia deberán haber transcurrido 2 años desde el nombramiento del	Cuando hayan transcurrido 6 años desde que el ausente desaparición de su domicilio, o desde que se tuvieron las últimas noticias (no importando que haya o no dejado apoderado) se podrá solicitar la declaración de presunción	Para la toma de medidas provisionales, no debe haber transcurrido algún plazo establecido, pues tales medidas se toman en virtud de la urgencia. Para la declaración de ausencia deberá haber transcurrido 1 año desde su desaparición, o 3 años, en	

	Para la declaración de muerte presunta, es necesario el transcurso de 5 años, a partir de la administración por parientes, o desde que se tuvo la última noticia del ausente.	la posesión definitiva. Así mismo, se puede otorgar la posesión definitiva cuando hayan transcurrido 20 años desde el desaparecimiento de la persona, o 15 desde que se otorgó la posesión provisoria.			general, el plazo para la declaratoria de ausencia será de 10 años a partir de su desaparición. Cuando hayan transcurrido 20 años desde su desaparición, 10 desde le declaratoria de ausencia o cuando el ausente haya cumplido ochenta años de vida, podrá declararse la presunción de muerte.	representante legal (en las medidas provisionales). El plazo será de 3 años, cuando el ausente haya dejado apoderado. Cuando hayan transcurrido 6 años desde la declaración de ausencia, se podrá declarar la presunción de muerte	de fallecimiento, la cual se hará cuando hayan transcurrido 6 meses, a partir de la solicitud de declaración de presunción de fallecimiento (Posesión Provisional) y cuando hayan transcurrido 15 años desde la desaparición del ausente, u 80 desde su nacimiento, se podrá otorgar la posesión definitiva.	cajo hubiere dejado mandatario con facultades suficientes (Posesión Provisional). Cuando transcurran 10 años desde las últimas noticias, o cuando hayan transcurrido 5 años desde sus últimas noticias (en caso el ausente fuera mayor de 75 años) podrá realizarse la declaración de fallecimiento. Cuando hayan transcurrido 5 años desde la declaración de fallecimiento, se otorgará la posesión definitiva de los bienes del ausente.
Principales efectos de las medidas provisionales, previas a la ausencia	Ver efectos de declaratoria de ausencia	N/A	N/A	N/A	Nombramiento de Curador, que administre y represente al ausente	1) Nombramiento de un depositario. 2) Búsqueda del desaparecido; 3) toma de medidas para asegurar bienes del desaparecido.	N/A	1) Nombramiento de un defensor del ausente en juicio y fuera de éste. 2) facultad de tomar providencias necesarias
Principales efectos de la declaratoria de ausencia	1) En la ausencia para la representación en juicio, su único efecto será el nombramiento de un defensor judicial. 2) En la ausencia para la guarda y administración de bienes del ausente se nombrará un guardador quien ostentará la representación legal del ausente y quien tendrá a cargo la administración de los bienes del ausente. 3)	Durante la etapa de mera ausencia, cuidarán los intereses del ausente los apoderados o representantes legales	Durante la "mera ausencia" se cuidarán y representarán los intereses del ausente, por parte de sus apoderados o representantes legales.	N/A	1) Entrega de Posesión provisional de los bienes del ausente; 2) Cesación de todas las sociedades del ausente; 3) Causal de divorcio; 4) quienes ostenten la posesión provisional, deberán representar judicial y extrajudicialmente al ausente	1) Entrega de posesión provisional de los bienes del ausente a herederos legales o testamentarios, quienes deberán otorgar fianza sobre los bienes administrados, excepto los representantes legítimos. 2) Se interrumpe el vínculo conyugal, por lo que previo a entregar la posesión provisional, se deberá hacer una partición del patrimonio conyugal, y entregar a los herederos	No existe declaratoria de ausencia, pero cuando una persona haya estado "ausente" por 6 años, se podrá declarar la muerte presunta de ésta.	N/A

	En la fase de Administración Por parientes, se entregará la posesión provisional a los parientes, previo otorgamiento de garantía suficiente.					únicamente la parte correspondiente al ausente.		
Principales efectos de la posesión provisional	N/A	1) Se disuelve la sociedad conyugal; 2) apertura y publicación de testamento; 3) posesión provisional a los herederos; 4) los poseedores provisionales representarán al ausente	N/A	1) Nombramiento de un guardador, judicial y/o extrajudicial; 2) Se tomarán medidas conservativas; 3) liquidación de la sociedad conyugal; 4) el cónyuge presente ejerce la patria potestad sobre los hijos menores; 5) se otorgan los bienes del ausente en administración, con la obligación de otorgar fianza;	N/A	N/A	1) Se señalará el día presuntivo de fallecimiento; 2) Nombramiento de un defensor para que lo represente dentro y fuera de juicio; 3) Nombramiento de un curador para sus bienes; 4) Se otorga la posesión provisional de los bienes del ausente a quienes resulten herederos en el día presuntivo del fallecimiento, previo otorgamiento de inventario y fianza.	1) Se otorga la posesión temporal de los bienes del ausente, previo otorgamiento de garantía suficiente
Principales efectos de la posesión definitiva	N/A	1) Se otorga la posesión definitiva; 2) cesan las limitantes impuestas a los poseedores provisionales.	N/A	1) Apertura de la sucesión; 2) Otorga la posesión definitiva, pero subsiste obligación de prestar fianza e inventario.	N/A	N/A	1) Otorgar la posesión definitiva de los bienes del ausente a quienes hayan resultado herederos en el momento de la declaratoria de muerte presunta del ausente; 2) se disuelve la sociedad conyugal.	1) Posesión definitiva, y libre disposición de los bienes.
Se reconoce la ausencia calificada	Si	Si	Si	Si	Si	Si	Si	Si
Efectos de la ausencia calificada	Se podrá declarar la muerte presunta y en consecuencia la posesión de los bienes hereditarios, cuando transcurra 1	Otorga la posesión definitiva cuando transcurran 4 años desde el siniestro.	Se puede declarar la presunción de muerte, cuando hayan transcurrido 4 años desde el siniestro.	Se puede declarar la presunción de fallecimiento, cuando hayan transcurrido 3 años desde la fecha del siniestro.	En caso que el ausente se encuentre enfermo de gravedad, los plazos para declarar la ausencia se reducirán a la mitad, lo que	Se podrá declarar, la muerte presunta cuando hayan transcurrido 2años o 6 meses, dependiendo del siniestro	Se podrá declarar la presunción de muerte cuando hayan transcurrido 3 años desde la fecha del siniestro.	Se procede con la declaración de fallecimiento, cuando hayan transcurrido 2 años desde la fecha del siniestro.

	año desde la fecha del siniestro, y ante algún supuesto, se podrá declarar de inmediato.				implica 1 u 5 años, dependiendo de las circunstancias.				
Existe la muerte presunta	Si	Sí	Si	No expresamente	Si	Si	Si	Si	Si
Principales efectos de la muerte presunta	1) Posesión definitiva de la herencia; 2) El cónyuge presente podrá contraer matrimonio, el cual subsistirá aunque el ausente regrese.	Ver efectos de posesión provisional y definitiva	1) Luego de declarada la muerte presunta, se deberá publicar en el diario oficial, y cuando transcurran 6 meses desde tal publicación, se podrá abrir la sucesión. 2) Se disuelve el vínculo conyugal.	Cuando transcurran 16 años desde el otorgamiento de la guarda definitiva los poseedores podrán hacer cesar la fianza y el inventario, y disponer como propios de los bienes del ausente	Posesión Definitiva de los Bienes.	1) Se otorga la posesión definitiva de los bienes, y cesan las garantías otorgadas por los poseedores provisionales. 2) Cesa definitivamente el vínculo conyugal, quedando el cónyuge presente en libertad de estado.	Ver efectos de posesión provisional y definitiva.	1) Cesa la situación de ausencia legal; 2) Apertura de la sucesión.	