

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA NECESIDAD DE REGULAR UN PROCEDIMIENTO QUE RESTITUYA LA
PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS DECLARADAS EN CONDICIÓN
DE MUERTE PRESUNTA**



GELBI BREMELY GODOY GUDIEL

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2009

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA NECESIDAD DE REGULAR UN PROCEDIMIENTO QUE RESTITUYA LA
PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS DECLARADAS EN CONDICIÓN
DE MUERTE PRESUNTA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

GELBI BREMELY GODOY GUDIEL

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, octubre de 2009

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
5ª. AVENIDA 4-29 ZONA 9 CIUDAD.
TEL. 23325867

Guatemala, 28 de abril de 2008

Licenciado:
Marco Tulio Castillo Lutín.
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.

Señor Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis:

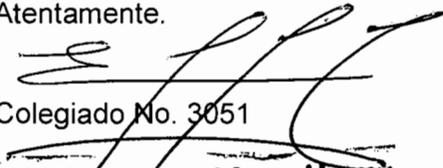
En cumplimiento de la resolución dictada por la Dirección a su cargo, por la cual se me designó asesor de tesis de la estudiante **GELBI BREMELY GODOY GUDIEL**, en la realización del trabajo titulado "**LA NECESIDAD DE REGULAR UN PROCEDIMIENTO QUE RESTITUYA LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS PERSONAS DECLARADAS AUSENTES**", respetuosamente me permito informar a usted lo siguiente:

- a) La elaboración del trabajo se realizó bajo mi inmediata asesoría el que enfoca desde la perspectiva doctrinaria y exegética de los textos legales relacionados con la disciplina, los temas objeto de la tesis de grado.
- b) Las conclusiones y las recomendaciones que se vierten, son congruentes con el trayecto de la investigación.
- c) El trabajo realizado, contenido en 5 capítulos, comprende los aspectos más importantes del tema tratado, desarrollándose técnicamente la bibliografía consultada, la cual es adecuada y suficiente.
- d) En el trabajo de mérito se realiza un análisis sobre la ausencia, la personalidad, así como de la jurisdicción voluntaria notarial y judicial, hasta la comprobación de la hipótesis que formula la estudiante.

En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas y la redacción son congruentes con los temas tratados en la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Atentamente.

Colegiado No. 3051


Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
ABOGADO Y NOTARIO





UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintinueve de mayo de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JOSÉ ISRAEL JIATZ CHALI, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante GEIBI BREMELY GODOY GUDIEL, Intitulado: "LA NECESIDAD DE REGULAR UN PROCEDIMIENTO QUE RESTITUYA LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS PERSONAS DECLARADAS AUSENTES".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, *asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes"*.

LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh



OFICINA PROFESIONAL DEL LICENCIADO
José Israel Jiatz Chali
4ta. Calle A 6-15 zona 12
Teléfonos: 24792619 y 52171003



Guatemala, 23 de julio de 2008

Licenciado:
Marco Tulio Castillo Lutín.
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.

Estimado licenciado:

Tengo el grato honor de dirigirme a usted, con el objeto de informarle que en cumplimiento de lo dispuesto en la providencia de fecha veintinueve de mayo del año en curso, mediante la cual se me nombro Revisor de Tesis de la Bachiller **GELBI BREMELY GODOY GUDIÉL**, procedí a revisar el trabajo de tesis titulado **LA NECESIDAD DE REGULAR UN PROCEDIMIENTO QUE RESTITUYA LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS PERSONAS DECLARADAS AUSENTES**, sin embargo después de haber analizado el supuesto de la investigación y adecuarse de mejor manera, se denominó en forma definitiva **“LA NECESIDAD DE REGULAR UN PROCEDIMIENTO QUE RESTITUYA LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS DECLARADAS EN CONDICIÓN DE MUERTE PRESUNTA”**.

De igual manera luego de revisar el trabajo de investigación y de realizarse por parte de su autora, las modificaciones sugeridas, concluyo que de conformidad con el Artículo 32 del normativo para el examen general público, la investigación es congruente con los requisitos exigidos por el reglamento respectivo en cuanto a su contenido científico, tanto de forma y fondo, y que en la misma se utilizó de forma correcta los métodos y técnicas de investigación, por lo que siendo el tema tratado de suma importancia por los cuestionamientos y las conclusiones a que se arriba y que la dirección empleada, la bibliografía consultada y las leyes comentadas son correctas, soy del criterio que la investigación realizada llena los requisitos de ley para ser sometido al examen público de tesis.

Por las razones expuestas **OPINO** que el trabajo de la bachiller Gelbi Bremely Godoy Gudiel, debe de aceptarse como tesis de graduación.

Sin otro particular, me suscribo de usted con muestras de consideración y respeto.

Atentamente,


Lic. José Israel Jiatz Ch.
Abogado y Notario
Colegiado: 5354



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, seis de marzo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante GELBI BREMELY GODOY GUDIEL, Titulado LA NECESIDAD DE REGULAR UN PROCEDIMIENTO QUE RESTITUYA LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS DECLARADAS EN CONDICIÓN DE MUERTE PRESUNTA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA



- A DIOS:** Gracias por proveerme de sabiduría para finalizar mis estudios y obtener este importante triunfo.
- A MIS PADRES:** Por darme la vida y ser un ejemplo a seguir, toda mi gratitud por enseñarme a luchar para alcanzar las metas en mi vida con todo mi amor infinito estoy orgullosa de ustedes.
- A MI HIJA:** Gelby Danely, que es la razón de mi vida y que el triunfo alcanzado sea un motivo de felicidad y un ejemplo a seguir.
- A MIS HERMANOS:** Con todo mi amor y en agradecimiento por su participación en el logro de mis objetivos.
- A MI ESPOSO:** De todo corazón, le agradezco su apoyo y motivación incondicional para alcanzar mi meta.
- A MI ABUELITA:** Josefina Farfan por sus oraciones y sus sabios consejos.
- A MI ASESOR Y REVISOR DE TESIS:** Gracias por todas las observaciones determinantes que ayudaron a la conclusión precisa de la presente investigación.
- A MIS PADRINOS:** Por acompañarme en los buenos y malos momentos y contribuir a que este momento llegara.
- COMPAÑERAS (O):** Sharon Carrillo, Angélica Gómez, Percy Juárez con quienes compartimos gratos momentos en la etapa estudiantil.
- A MIS AMIGAS** Con mucho cariño Eugenia Torres, Mariela Sánchez, Lisseth Rivera, y Lic. Siomara Salazar.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE



Introducción.....

CAPÍTULO I

1. La jurisdicción voluntaria.....	1
1.1 Antecedentes en Guatemala.....	1
1.2 Definición de jurisdicción voluntaria.....	1
1.2.1 Definición legal.....	2
1.3 Características de la jurisdicción voluntaria.....	2
1.4 Principios generales y fundamentales de la jurisdicción voluntaria.....	3
1.4.1 Principios generales de la jurisdicción voluntaria.....	3
1.4.1.1 La escritura.....	4
1.4.1.2 Inmediación procesal.....	4
1.4.1.3 Dispositivo.....	4
1.4.1.4 Publicidad.....	4
1.4.1.5 Economía procesal.....	5
1.4.1.6 Sencillez.....	5
1.4.2 Principios fundamentales de la jurisdicción voluntaria.....	5
1.4.2.1 Consentimiento unánime.....	6
1.4.2.2 Actuaciones y resoluciones.....	6
1.4.2.3 Colaboración de las autoridades.....	7
1.4.2.4 Audiencia a la Procuraduría General de la Nación.....	8
1.4.2.5 Ámbito de aplicación de la Ley y opción al trámite.....	9
1.4.2.6 Inscripción en los registros.....	9
1.4.2.7 Remisión al Archivo General de Protocolos.....	10
1.5 Asuntos de jurisdicción voluntaria notarial.....	10
1.6 Certificaciones notariales.....	12

CAPÍTULO II

2. La personalidad.....	15
-------------------------	----



2.1	Definición de personalidad.....	
2.2	Personalidad del ser humano.....	
2.3	Evolución del concepto de personalidad.....	16
2.4	Teorías para determinar cuando principia la personalidad.....	17
2.4.1	Teoría de la concepción.....	17
2.4.2	Teoría del nacimiento.....	18
2.4.3	Teoría de la viabilidad.....	18
2.4.4	Teoría que adopta el Código Civil.....	18
2.5	Atributos de la persona individual.....	19
2.6	Estado Civil.....	20
2.6.1	Medios de comprobación del estado civil.....	21
2.6.2	El Registro Civil.....	22
2.6.3	Acciones del estado civil.....	24
2.7	El nombre.....	24
2.8	El domicilio.....	25
2.8.1	Elementos del domicilio.....	26
2.8.1.1	Los tradicionalistas.....	27
2.8.1.2	Los modernos.....	27
2.8.2	Naturaleza jurídica del domicilio.....	27
2.8.3	Clasificación del domicilio.....	27
2.8.3.1	Domicilio voluntario o real.....	27
2.8.3.2	Domicilio legal, necesario o derivado.....	28
2.8.3.3	Domicilio especial, electivo o contractual.....	28
2.8.3.4	Domicilio múltiple, plural o alternativo.....	28
2.8.3.5	Domicilio del vagabundo.....	28
2.9	El patrimonio.....	28
2.9.1	Condición jurídica del patrimonio.....	29
2.10	Derechos de la personalidad.....	32
2.10.1	Naturaleza jurídica.....	33
2.11	Fin de la personalidad jurídica individual.....	36



CAPÍTULO III

3. La ausencia.....	43
3.1 Origen histórico.....	44
3.1.1 Orientaciones modernas de la ausencia.....	48
3.1.2 La ausencia en el Código Civil guatemalteco.....	49
3.2 Naturaleza jurídica de la ausencia.....	51
3.3 Concepto de ausencia.....	52
3.4 Regulación Legal.....	54
3.4.1 Declaración de ausencia para la representación en juicio.....	55
3.4.2 Objeto de la declaratoria de ausencia.....	56
3.4.3 Cuando terminan las funciones del defensor judicial.....	57
3.4.4 Denuncia de la ausencia.....	57
3.4.5 Nombramiento de defensor y guardador.....	57
3.4.6 Declaración de la ausencia.....	58
3.4.7 Remoción del guardador.....	58
3.4.8 Administración de los bienes por los parientes del ausente.....	59
3.4.9 Disposición de los bienes.....	60
3.4.10 Adquisición de bienes.....	61
3.4.11 Frutos de los bienes que se encuentran en administración.....	62
3.4.12 Entrega de los bienes.....	62
3.5 La ausencia en el Decreto 54-77 Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.....	62
3.6 La ausencia en el Código Procesal Civil y Mercantil.....	64
3.7 Procedimiento para la Declaración de Ausencia.....	65
3.8 Efectos de la declaratoria de ausencia.....	69
3.8.1 Efectos patrimoniales.....	69
3.8.2 Efectos familiares.....	69
3.8.3 Efectos sociales.....	69
3.9 Fin de la presunción de ausencia.....	70



CAPÍTULO IV

4. La muerte como forma de extinción de la personalidad del ser humano.....	71
4.1 Definición.....	72
4.1.1 Prueba y Requisitos.....	73
4.2 La muerte simultánea.....	74
4.3 Muerte presunta.....	74
4.3.1 Antecedentes históricos de la declaratoria de muerte presunta.....	75
4.3.2 Declaración de fallecimiento en el ámbito internacional.....	75
4.3.3 Regulación y procedimiento para obtener la declaratoria judicial de muerte presunta.....	76
4.3.4 Muerte presunta extraordinaria.....	77
4.3.5 La presunción de muerte en el derecho canónico.....	79
4.3.6 La declaratoria de presunción de muerte.....	79
4.3.6.1 Período de la mera ausencia.....	82
4.3.6.2 Período de la posesión provisoria o administración de los bienes del ausente.....	83
4.3.6.3 Período de la posesión definitiva de los bienes del ausente..	83
4.3.7 La sentencia de presunción de muerte.....	84
4.3.8 Efectos de la declaración de muerte presunta.....	85
4.3.8.1 Efectos patrimoniales.....	85
4.3.8.2 Efectos familiares.....	86
4.3.8.3 Efectos sociales.....	87

CAPÍTULO V

5. La necesidad de regular un procedimiento que restituya la personalidad a las personas declaradas en condición de muerte presunta.....	89
5.1 Generalidades.....	89
5.2 Análisis del proceso de declaración de muerte presunta.....	92
5.2.1 Declaración de ausencia.....	92



5.3	Opinión de profesionales del derecho en relación al trámite para restituir los derechos de la persona declarada muerta presunta.....	
5.4	Generalidades sobre el conocimiento de la población de San Martín Jilotepeque, departamento de Chimaltenango respecto a la declaratoria de ausencia y muerte presunta.....	100
5.5	La necesidad de regular un procedimiento específico para la restitución de la personalidad del que fue declarado muerto presunto.....	102
5.6	Propuesta de solución al problema.....	103
5.6.1	Unificación de criterios judiciales para la tramitación de la restitución de la personalidad y todos los derechos que ella conlleva dentro de un proceso de jurisdicción voluntaria.....	103
	CONCLUSIONES.....	105
	RECOMENDACIONES.....	107
	BIBLIOGRAFÍA.....	109

INTRODUCCIÓN



El ordenamiento jurídico guatemalteco regula el procedimiento para la declaratoria de ausencia y muerte presunta, declaratoria que al encontrarse firme produce los mismos efectos que la muerte natural, es decir, que tal hecho pone fin a la personalidad del sujeto de quien se declara.

El Código Civil prevé la posibilidad del apareamiento del declarado ausente o presunto muerto y regula en caso de darse ese supuesto aspectos relacionados, a los bienes y derechos de familia, empero surge la interrogante ¿Cómo y en que momento recupera quien se presume muerto todos sus derechos, derivados del hecho mismo de ser persona y los derivados de la personalidad jurídica que le otorga el Estado al momento de su nacimiento?, el ordenamiento procesal civil no regula procedimiento para restituir al muerto presunto la personalidad extinguida con la declaratoria, por lo que cuando se presenta tal supuesto los notarios, abogados, jueces y registradores, han improvisado trámites análogos a los regulados para la declaratoria de ausencia, empero la ausencia de procedimiento, puede provocar irregularidades o ilegalidades en dichos procedimientos.

En ese orden de ideas, en el plan de investigación se planteó la siguiente hipótesis: “La legislación guatemalteca regula un proceso para obtener la declaratoria de ausencia y muerte presunta, estableciendo los efectos que produce tal declaratoria y prevé el regreso del ausente, pero no establece un procedimiento para que el declarado en condición de muerte presunta pueda recuperar su personalidad y por consiguiente gozar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones, consecuentemente es necesario regular en el Código Procesal Civil y Mercantil, en el apartado de jurisdicción voluntaria, un

procedimiento idóneo para restituir tal investidura a la persona a declarada en condición de muerte presunta. ”



Ante los citados planteamientos y con el objetivo de colaborar en la solución de la problemática esbozada se aportan elementos de conocimiento, teóricos, legales y sociales, habiéndose utilizado la metodología adecuada y recomendada por el asesor, especialmente el método inductivo, el sintético y el analítico, así como la técnica de investigación bibliográfica, la entrevista y la encuesta, obteniendo amplia información la cual se ilustra en el desarrollo del presente informe y que confirma la hipótesis planteada, en el sentido que la investigación arroja datos reales y objetivos que demuestran que es necesario regular un procedimiento específico para la enmienda o revocación del decreto que declara en condición de muerte presunta a una persona.

La investigación se estructuró en cinco capítulos de la siguiente manera: El primero se refiere brevemente a la jurisdicción voluntaria, antecedentes, definición y; el segundo se circunscribe a la personalidad, su definición, evolución, teorías, naturaleza jurídica y su fenecimiento; en el tercero se estudia la ausencia, su origen, su naturaleza jurídica, definición, regulación legal, objeto y efectos que produce.

El cuarto capítulo, se refiere a la muerte como forma de extinción de la personalidad del ser humano, concepto, prueba, regulación legal y requisitos para su declaratoria. En el último capítulo se realizó un análisis sobre la necesidad de regular un procedimiento para restituir la personalidad a las personas declaradas en condición de muerte presunta, y propuesta de solución al problema.

CAPÍTULO I



1. La jurisdicción voluntaria

1.1 Antecedentes en Guatemala:

Seguramente los primeros asuntos de jurisdicción voluntaria ante notario fueron la declaración de hecha ante notario y el matrimonio notarial. En 1963 el Código Procesal Civil y Mercantil, amplió el campo de acción del notario en asuntos de jurisdicción voluntaria, regulando aspectos como: El proceso sucesorio intestado y testamentario. La identificación de tercero, la notoriedad de estado y, las subastas voluntarias. El Código Civil del mismo año, reguló en este campo sobre el matrimonio, la unión de hecho e identificación de personas.

1.2 Definición de jurisdicción voluntaria

Guillermo Cabanellas, define la jurisdicción voluntaria así: "Aquella en que no existe controversia entre las partes; la que no requiere la dualidad entre las mismas. Se trata de actuaciones ante los jueces, para solemnidad de ciertos actos o para el pronunciamiento de determinadas resoluciones que los tribunales deben dictar."¹

Para Manuel Ossorio, la jurisdicción voluntaria "Es la caracterizada por no existir controversia de particulares, ni exigir siquiera su dualidad. La jurisdicción contenciosa es por eso su antítesis procesal."² "Calamandrèi, citado por Nery Muñoz concibe como una función esencialmente administrativa. Esa administración ejercida por órganos judiciales, la

¹ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*, pág. 212

² Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, pág. 420

define como: La administración pública de derecho privado ejercida por los órganos Judiciales.”³



1.2.1 Definición legal

De conformidad con el Artículo 401 del Código Procesal Civil y Mercantil “La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.”

En esta clase de asuntos, se requiere de un juez, sin que exista controversia alguna entre las partes.

Se acude a la jurisdicción voluntaria con los asuntos que pueden conocerse, tramitarse y resolverse ante notario, sin que exista contención entre los particulares.

1.3 Características de la jurisdicción voluntaria

Como se ha señalado lo que caracteriza a la jurisdicción voluntaria es la ausencia de discusión entre las partes y “la actuación de los órganos del Estado se concreta a una función certificante de la autoridad del acto”⁴.

³ Muñoz, Nery Roberto. **Jurisdicción voluntaria notarial**, pág. 1

⁴ **Ibid**, pág. 3

Según Luís Felipe Sáenz Juárez, citado por Nery Muñoz, existen ~~dos~~ notas características: “La de proteger y asegurar los derechos privados de los particulares y no hay partes contrapuestas”⁵.



1.4 Principios generales y fundamentales de la jurisdicción voluntaria

De conformidad con el Licenciado Nery Muñoz, entre los principios propios del derecho notarial que se aplican a la jurisdicción voluntaria, están: “De la forma, de inmediación, de rogación, del consentimiento, de seguridad jurídica, de autenticación, de fe pública y de publicidad, los cuales son principios generales del derecho notarial”.⁶

1.4.1 Principios generales de la jurisdicción voluntaria

Dentro de los principios generales de la jurisdicción voluntaria conforme a Sonia Doradea Guerra, se encuentran:

1. “Escritura
2. Inmediación procesal
3. Dispositivo
4. Publicidad
5. Economía procesal
6. Sencillez”.⁷

⁵ **Ibid**, págs. 3,4

⁶ **Ibid**, pág. 7

⁷ Doradea Guerra, Sonia. **Las diligencias voluntarias de reposición de partidas, tramitadas ante notario y su adición decreto 54-77 del Congreso de la República**, pág. 63



1.4.1.1 La escritura

Se basa en que todos los trámites de jurisdicción voluntaria se deben hacer constar por escrito por medio de actas notariales. Así como resoluciones, avisos, publicaciones y certificaciones, entre otros.

1.4.1.2 Inmediación procesal

Consiste en que el notario debe estar en contacto con los requirentes, recibiendo sus declaraciones y solicitudes, haciendo constar lo que presencie, por constarle personalmente o lo que le refieran y por lo tanto para dar razón referencial.

1.4.1.3 Dispositivo

Consiste en que tanto la iniciativa como el impulso, tramitación, ofrecimiento y rendición de las pruebas, está a cargo de los solicitantes e interesados.

1.4.1.4 Publicidad

En jurisdicción voluntaria todo el expediente es público, se ordenan publicaciones, se expiden certificaciones, avisos, etc., y por último, se inscriben los asuntos en un registro público, y los expedientes se entregan en definitiva al archivo general de protocolos, en donde pueden ser consultados por cualquier persona que tenga interés.



1.4.1.5 Economía procesal

Si el notario es capaz y diligente en los asuntos de jurisdicción voluntaria, y actúa con dedicación y esmero, dará como resultado una solución rápida al asunto planteado.

Al tramitarse ante notario, se evita que los tribunales se congestionen (la economía es para el Estado). El requirente lo que obtiene es un resultado satisfactorio en menos tiempo, lo que para él representa economía. El notario lo que obtiene es una fuente adicional de trabajo.

1.4.1.6 Sencillez

El notario al redactar debe ser técnico, al mismo tiempo debe hacerlo con sencillez, debe evitar el uso de lenguaje redundante, ornamental o que haga difícil o confusa la interpretación.

1.4.2 Principios fundamentales de la jurisdicción voluntaria

En el Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, se encuentran los siguientes:



1.4.2.1 Consentimiento unánime

Este principio está contemplado en el Artículo. 1° de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, el cual literalmente establece: “Para que cualquier asunto de los contemplados en esta ley pueda ser tramitado ante notario, se requiere el consentimiento unánime de todos los interesados. Si alguna de las particulares, en cualquier momento de la tramitación, manifestare oposición, el notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal correspondiente.”

Es muy importante que todos los interesados estén de acuerdo con el notario que va actuar; si alguno no lo está, esto será motivo suficiente para que el notario deje de conocer, y remita el expediente al tribunal correspondiente.

Si no hay consentimiento unánime, no tendría sentido hablar de jurisdicción voluntaria, y los efectos serían: que el notario no puede actuar y que en el momento que exista oposición, se declare contencioso.

1.4.2.2 Actuaciones y resoluciones

La Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77 del Congreso de la Republica en el Artículo dos establece el principio referido, disponiendo que: “Todas las actuaciones se harán constar en acta notarial, salvo las resoluciones que serán de redacción discrecional., pero debiendo contener: la dirección

de la oficina del notario, la fecha, el lugar, la disposición que se dicte y la firma del notario.
Los avisos o publicaciones deberán llevar la dirección de la oficina del notario.”



Las actas notariales son de requerimiento, con la que se inicia el trámite, con la diferencia que aquí el requerido es el notario. En ella, el solicitante o requirente, hace una relación del asunto, presenta y ofrece la prueba pertinente y solicita en la actuación del notario para el trámite o asunto de que se trate. Las actas notariales deben cumplir los requisitos de los Artículos 60, 61 y 62 del Código de Notariado.

A este principio también le llaman de forma, porque lleva la expresión escrituraria y externa de los expedientes de jurisdicción voluntaria notarial, por cuya virtud se impone la obligación del cumplimiento de ciertos requisitos: la constancia en actas notariales de todas las actuaciones y el cumplimiento de lo dispuesto en las leyes fiscales.

Los requisitos de las resoluciones están contemplados en el Artículo. 2, transcrito anteriormente.

1.4.2.3 Colaboración de las autoridades

El Artículo tres del Decreto 54-77 del Congreso de la República , en relación a este principio regula lo siguiente: “Los notarios por medio de oficio podrán requerir de las autoridades la colaboración que sea necesaria, a fin de obtener los datos e informes que sean indispensables para la tramitación de los expedientes, cuando no le fueren proporcionados después de requeridos tres veces, podrán acudir al juez de primera instancia de su jurisdicción para apremiar al requerido.”

En la práctica, es el interesado el que presenta los documentos pertinentes para iniciar el procedimiento.



1.4.2.4 Audiencia a la Procuraduría General de la Nación

El Artículo cuatro del Decreto 54-77 regula: “En los casos que esta ley disponga, será obligatoria la audiencia a la Procuraduría General de la Nación, la que deberá evacuarla en el término de tres días, antes de dictar cualquier resolución, bajo pena de nulidad de lo actuado. El notario podrá recabar la opinión de esta entidad en los casos de duda o cuando lo estime necesario. Cuando la opinión de la Procuraduría General de la Nación fuere adversa, el notario, previa notificación a los interesados, deberá enviar el expediente al tribunal competente para su resolución.”

La opinión de la Procuraduría General de la Nación es obligatorio en algunos casos, tal como lo señala la ley misma que indica cuando se dará audiencia a la entidad representante del Estado y sin esa opinión favorable no se puede dictar resolución, bajo pena de nulidad de lo actuado. Si la opinión es desfavorable, el notario no puede resolver; y debe remitirlo al tribunal correspondiente, después de haber informado a las partes. La opinión de este ente. Es un elemento a considerar por el juez, para tomar una decisión; en el caso del notario, la opinión de la Procuraduría General de la Nación determina su que hacer.

1.4.2.5 Ámbito de aplicación de la Ley y opción al trámite:



Este principio se encuentra contenido en el Artículo cinco el cual preceptúa que esta ley es aplicable a todos los asuntos cuya tramitación notarial se permita en los siguientes Artículos, sin perjuicio de que también puedan tramitarse ante notario los casos contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Los interesados tienen opción a acogerse al trámite notarial o al judicial, según lo estimen conveniente y, para la recepción de los medios de publicación, deben de observarse los requisitos que preceptúan el Código Procesal Civil y Mercantil.

En cualquier momento la tramitación notarial puede convertirse en judicial, o viceversa. En el primer caso, el notario debe enviar el expediente al tribunal que sea competente. En todo caso, puede requerir el pago de sus honorarios profesionales.”

1.4.2.6 Inscripción en los registros

El principio que nos ocupa se encuentra normado en el Artículo. Seis de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, la cual preceptúa: “Para la inscripción de cualquier resolución notarial en los registros públicos de documentos y actos jurídicos, será suficiente la certificación notarial de la resolución o fotocopia o fotostática auténtica de la misma. Tal certificación o reproducción será enviada en duplicado, por el notario, con aviso, a fin de que el original se devuelva debidamente razonado.”

Al dictarse la resolución final en cualquier asunto de jurisdicción voluntaria, el notario debe expedir certificación del auto final.



El objeto de que las resoluciones vayan en duplicado, es para que el original se devuelva razonado por el registrador, haciendo constar la operación efectuada en los libros.

1.4.2.7 Remisión al Archivo General de Protocolos

La Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, en el Artículo siete regula el citado principio señalando: “Una vez concluido cualquier expediente, el notario deberá enviarlo al Archivo General de Protocolos, institución que dispondrá la forma en que se archive.”

El destino final de los expedientes fenecidos ante notario debe ser el Archivo General de Protocolos, dependencia del Organismo Judicial que lleva control de los notarios.

No existe tiempo determinado para que el notario entregue el expediente, ni sanción por no hacerlo. Es por eso que muchos expedientes permanecen en las oficinas de los notarios.

1.5 Asuntos de jurisdicción voluntaria notarial

Los asuntos que se pueden tramitar ante notario están regulados en tres cuerpos

legales: el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77 del Congreso de la República y el Decreto Ley 125-83 Ley de Rectificación de Áreas.



Por el orden en que se han ido integrando el ordenamiento jurídico guatemalteco principiaremos desarrollando los asuntos contenidos en el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, los cuales se encuentran en el libro cuarto: Procesos especiales, Título I: Jurisdicción voluntaria. Cabe resaltar que esta normativa contempla algunos asuntos que pueden tramitarse ante Notario, empero dicho apartado al regular las disposiciones comunes lo hace siempre refiriéndose al juez y no al notario, lo anterior se comprende en el sentido de que en el campo de la jurisdicción voluntaria, no todos los asuntos se pueden llevar de forma notarial, hay asuntos que sólo se pueden tramitar ante el órgano jurisdiccional competente. Por lo que diremos que de las diligencias reguladas en el decreto aludido se pueden tramitar notarialmente:

1. La identificación de tercero o acta de notoriedad,
2. Las subastas voluntarias, y
3. El proceso sucesorio.

Por aparte en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77 del Congreso de la República, establece que ante notario se pueden llevar los siguientes asuntos:

1. Ausencia
2. Disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes.
3. Reconocimiento de preñez o de parto
4. Cambio de nombre

5. Partidas y Actas del Registro Civil de las personas
6. Determinación de edad
7. Patrimonio familiar



Por último tenemos el Decreto Ley 125-83. el cual constituye el último cuerpo legal emitido con relación a la jurisdicción voluntaria.

El Decreto Ley fue emitido por el Jefe de Estado el 13 de octubre de 1983, y entró en vigencia el 29 de octubre del mismo año. El asunto que regula es la rectificación de área en bienes inmuebles urbanos.

1.6 Certificaciones notariales

“Para la inscripción de cualquier resolución notarial en los registros públicos de documentos y actos jurídicos será suficiente la certificación notarial de la resolución, o fotocopia o fotostática auténtica de la misma. Tal certificación o reproducción será enviada en duplicado, por el notario, con aviso, a fin de que el original se devuelva debidamente razonado.” (Artículo 6º. Decreto 54-77).

Al dictarse la resolución final, en cualquier asunto de jurisdicción voluntaria el Notario debe expedir las certificaciones que los interesado le soliciten, pero siempre sobre la resolución del asunto sometido a sus actuaciones.

Estas certificaciones pueden expedirse por los medios acostumbrados de transcripción literal de la misma o la reproducción por medio de fotocopia o auténtica de la resolución.





CAPÍTULO II



2. La personalidad

En este capítulo se tratará de manera breve el tema de la personalidad, en virtud de que dicho tópico se encuentra relacionado con la problemática objeto de investigación, sin embargo no constituye el objeto principal de la misma.

2.1 Definición de personalidad

María Luisa Beltranena, citando a Alfonso Brañas, la personalidad define como la “investidura jurídica necesaria para que el sujeto entre al mundo de lo normativo”.⁸

Federico Puig Peña citado por Alfonso Brañas afirma que la personalidad “es una investidura jurídica”. Agregando el licenciado Brañas que esta inicia: “Por el nacimiento, o aún antes, surge la persona como un concepto jurídico y, ésta ingresa al mundo normativo al ser automáticamente investida de la personalidad como una categoría otorgada por el derecho positivo al concurrir los requisitos para la existencia jurídica de la persona como tal”.⁹

⁸ Valladares Beltranena de Padilla, María Luisa. **Introducción al derecho civil I**, pág. 27

⁹ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**, pág. 28



Por su parte la Licenciada María Luisa Beltranena de Padilla afirma que: "La apreciación de la persona, física o jurídica, considerada en sí misma, en cuanto a su existencia y capacidad como sujeto de derecho, determina o constituye la personalidad".¹⁰

2.2 Personalidad del ser humano

La vida es consubstancial con la personalidad jurídica, por que en relación con ella pueden cambiar profundamente diversas relaciones jurídicas inherentes a cosas y personas, con la generación y extinción de obligaciones, el traspaso de la propiedad, el cambio de estado civil, etc.

2.3 Evolución del concepto de personalidad

"En Roma, la personalidad era una concesión de la ley, no era un atributo que se le concedía a todos los hombres por igual, sino para otorgarla se exigía tres condiciones: el status libertatis, el status civitatis y el status familiae, de tal suerte que al que no era libre, al esclavo, se le negaba la personalidad jurídica; asimismo solo a los ciudadanos romanos se le concedían derechos civiles, negándolos a los extranjeros; la tercera condición exigida para reconocer la personalidad al ser humano era que fuera jefe de familia "pater familiae", que no estuviera sujeto a ningún otro poder (sui juris) y únicamente con la concurrencia de estos tres estados o cualidades se otorgaba la personalidad, operándose la disminución de la personalidad (deminutio capitis) en el caso de que se perdiera uno de estos tres estados".¹¹

¹⁰ Beltranena de Padilla. Ob Cit.

¹¹ López Pozuelos de López, Blanca Elvira. **El derecho de las personas**, pág. 5

Actualmente todas las legislaciones han adoptado el principio de reconocer personalidad a todo ser humano, debido a la desaparición de la esclavitud y en virtud de que los tres poderes familiares han dejado de tener la supremacía extrema y rigorismo del derecho romano, dichas cualidades o estados no influyen para la concesión de la personalidad la cual es otorgada a todo ser humano por el hecho de serlo, siempre que llene los requisitos exigidos por las leyes.



2.4 Teorías para determinar cuando principia la personalidad

Como se anotó en el párrafo precedente actualmente todas las legislaciones reconocen personalidad jurídica a todo ser humano, empero existe discusión en la doctrina en relación al momento en que la personalidad comienza, lo cual ha motivado las teorías que continuación se enuncian.

2.4.1 Teoría de la concepción

Se basa en el principio que la personalidad se inicia desde el momento de la concepción. Si la personalidad jurídica, afirman sus seguidores, es inherente al ser humano, resulta lógico y consecuente que sea reconocida a partir de la concepción, máxime si se toma en cuenta que la ley protege la existencia humana aún antes del nacimiento.

Esta teoría no ha tenido, ni en la antigüedad ni en los tiempos modernos, una aceptación más o menos general. Se le ha criticado, en esencia, porque científicamente resulta muy difícil, y quizás imposible hasta ahora, comprobar el día en que la mujer ha

concebido.



2.4.2 Teoría del nacimiento

Tiene ancestro romano. El momento en que la Criatura nace, es el momento en que, principia la personalidad. El nacimiento implica que el nuevo ser humano tiene vida propia independiente de la vida de la madre, y es un hecho que puede ser objeto de prueba razonablemente fehaciente.

Esta teoría, aceptada por el código civil alemán y otros Códigos europeos, afirma el licenciado Alfonso Brañas tiende en la actualidad a imponerse como criterio rector para determinar cuándo comienza la personalidad. La avalan su nitidez científica y la facilidad probatoria.

2.4.3 Teoría de la viabilidad

Agrega esta teoría al hecho físico del nacimiento, el requisito de que el nacido tenga condiciones de viabilidad, de que sea viable, es decir que haya nacido con aptitud fisiológica para seguir viviendo fuera del vientre materno, por si solo.

2.4.4 Teoría que adopta nuestro Código Civil

Tal y como se anoto en las líneas precedente el Artículo 1o. del Código Civil engloba todas las teorías sobre el inicio de la personalidad, anteriormente expuestas, excepto la de la concepción en su forma nítida. Nótese que la redacción del precepto legal no es

acertada en lo que se refiere a la viabilidad. En efecto, parece que las condiciones de viabilidad fueran exigibles sólo en el caso de la persona por nacer a quien algo (un derecho) le favorece; y que en el caso general bastaría el nacimiento para el comienzo de la personalidad.



Esa confusión conceptual se originó porque en el artículo 1o. del proyecto de Código Civil se consagraba la teoría del nacimiento, sin otro requisito, pero la comisión revisora optó por mantener el criterio del código de 1933 (tajantemente consagratorio de la viabilidad), a cuyo efecto agregó al final de dicho artículo la frase "siempre que nazca en condiciones de viabilidad", en substitución de la frase "a condición de que nazca vivo" inserta en el proyecto y con la cual terminaba la redacción del citado precepto.

Es de lamentar que se haya mantenido el criterio de la viabilidad, ya que el mismo científicamente es impreciso en los textos legales. La redacción del Artículo 1º. del proyecto de Código es acertada al aceptar la teoría del nacimiento, que en la actualidad tiende a predominar; la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 3. establece: "**Derecho a la vida:** El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona." Esto significa que reconoce la existencia de la persona humana desde su concepción.

2.5 Atributos de la persona individual

Están constituidos por el conjunto de facultades, características y situaciones que permitan viabilizar su quehacer dentro del mundo de lo jurídico.



Así, tenemos que los atributos que debe reunir la persona individual considerada como tal son: capacidad (como atributo de aptitud de actuación jurídica); estado civil (como atributo de calificación); el nombre (como el atributo de individualización que permita distinguirla); el domicilio (como atributo de radicación que permita situarla), el patrimonio (como un conjunto de medios materiales y de cosas de que poder servirse para satisfacer sus necesidades).

2.6 Estado Civil

“El estado civil, como atributo de la personalidad, es la relación en que se hallan las personas en el agrupamiento social, respecto a los demás miembros del mismo agrupamiento.

Es la relación que la persona individual guarda con su familia, con el Estado y consigo misma.

En el Derecho Romano, los elementos específicos para gozar del estado civil eran: La libertad, la ciudadanía, el de la familia.

Características según la Teoría Moderna del Estado Civil. Clases de Estado Civil según:

El nacimiento (nacido, concebido o póstumo)

La nacionalidad (guatemalteco, extranjero)

El sexo (masculino o femenino)

El matrimonio (soltero, casado)



La familia (esposo, tío, primo, hijo, padre, etc.)

La edad (mayor de edad, niño, niña, los y las adolescentes)

Según la dependencia o independencia o en relación a los defectos físicos o psicológicos (capaz e incapaz)

La ausencia (que es el procedimiento preciso para establecer la situación jurídica del que no está presente.”¹²

2.6.1 Medios de comprobación del estado civil

Es cualquier actuación o documento que se encamine a probar o confirmar la veracidad de un hecho aducido.

La prueba del estado civil, aún cuando es función fundamental (primicia: en el Registro Nacional de las Personas se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la ley) de los asientos del Registro Civil de las personas, se halla enlazada, según lo dictamina la doctrina al principio de legitimación como manifestación de veracidad, como presunción de iuris tantum (solo el derecho. Lo que resulta del propio derecho, mientras el derecho no sea controvertido. Se designa así a las presunciones legales contra las cuales cabe prueba en contrario).

El Registro Nacional de las Personas, constituye prueba de los hechos inscritos. Declaración de principio en el sistema legal significa valorar la verdad registral como verdad oficial (plena prueba). Es decir que los documentos extendidos por el Registro Civil

¹² www. Monografias.com **Derecho civil Guatemala** (09-03-08)

hechos y actos. Las inscripciones ante los Registros Civiles de las Personas son totalmente gratuitas si se efectúan dentro del plazo legal. De la falta de inscripción.



En relación a la falta de inscripción de los hechos y actos del Estado Civil el Artículo 69 de la Ley del Registro Nacional de las Personas, regula: “La falta de inscripción en el Registro civil de las personas, impide la obtención del documento personal de identificación y la expedición de cualquier certificación por parte del RENAP.”

El Decreto 90-2005 también dispone en el Artículo 70, cuales son las inscripciones que han de realizarse en el Registro civil de las Personas señalando las siguientes “a) Los nacimientos, en un plazo no mayor de treinta (30) días de ocurridos los mismos; b) Los matrimonios y las uniones de hecho; c) Las defunciones, d) Las resoluciones judiciales que declaran la ausencia y muerte presunta; e) Las sentencias que impongan suspensión o pérdida de la patria potestad y las resoluciones que los rehabiliten; f) Las resoluciones que declaren la nulidad e insubsistencia del matrimonio, la unión de hecho, el divorcio, la separación y la reconciliación posterior; g) Los cambios de nombre o las identificaciones de persona; h) La resolución que declare la determinación de edad; i) El reconocimiento de hijos; j) Las adopciones; k) Las capitulaciones matrimoniales; l) Las sentencias de filiación; m) Extranjeros domiciliados, n) La resolución que declare la interdicción transitoria o permanente; o) La designación, remoción, renuncia del tutor, protutor y guardadores; p) La declaración de quiebra y su rehabilitación; y q) Los actos que, en general, modifiquen el estado civil y capacidad civil de las personas naturales. Todas las inscripciones se anotarán en el registro individual que se creará a cada ciudadano registrado. “

2.6.3 Acciones del estado civil:



Son aquellas cuya finalidad tienden a establecer o modificar la situación civil de una persona. Están comprendidas en esta clase las de: nulidad del matrimonio, la de reconocimiento de filiación natural, y la de filiación legítima.

Son acciones de estado, las que implican controversia sobre el estado civil de la persona, o sea, las que tienden a la constitución, a la destrucción o a la declaración de un estado civil. Son pues, constitutivas, destructivas o declarativas del estado civil.

En otras palabras, son aquellas acciones mediante las cuales se obtiene el reconocimiento y ejercicio ante los tribunales de las facultades de estado. Suelen clasificarse en acciones de reclamación de estado civil y de impugnación del mismo.

Las acciones del estado civil que tienen por objeto el establecimiento o modificación del estado civil de una persona, pueden ser: de reclamación del estado civil, para que se establezca, modifique o extinga. Contra las actas del Registro Civil, para solicitar la rectificación, nulidad o cancelación. Posesorias de estado civil para mantenerlo o rectificarlo, recuperar el perdido (relativas al nacimiento, reconocimiento, tutela, adopción, divorcio, ausencia).

2.7 El nombre

Definición: “Es un medio para designar a las personas y constituye un derecho subjetivo intelectual y de carácter eminentemente extrapatrimonial.



El nombre es la denominación verbal o escrita de la persona, sirve para distinguir la persona de las demás que forman el grupo social, haciéndola, en cierto modo, inconfundible.

El nombre de una persona se forma de varios vocablos unidos, que no tienen el mismo origen ni la misma importancia”.¹³

2.8 El domicilio

Para el normal o forzado ejercicio de los derechos y el normal o forzado cumplimiento de las obligaciones, el ordenamiento jurídico se ven en la necesidad de ubicar a la persona en un lugar determinado, sin que ello signifique ininterrumpida permanencia en el mismo. Esa fue la razón del surgimiento de la figura jurídica denominada domicilio.

Etimológicamente viene del latín domus y colo, de domun colere, que significa habitar una casa. De lo que se desprende que de la etimología de la expresión no se refleja exactamente el significado del domicilio.

Se debe tener presente que la palabra domicilio es empleada en dos sentidos, “una como la casa o lugar en que se habita y el otro como la residencia de una persona. De ahí que Spota la defina como la sede jurídica de una persona”.¹⁴

José Castán Tobeñas: citado por la licenciada López Pozuelos de López manifiesta "Lugar o círculo territorial que constituye la sede jurídica y legal de la persona, porque en el ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones".¹⁵

¹³ Beltranena de Padilla. **Ob. Cit.**

¹⁴ **Ibid.** Pág. 68.



El tratadista Espín Cánovas, define al domicilio como: “La sede de la persona, estabilidad que no se deduce de la presencia física, sino de la intención”.¹⁶

El autor mexicano Rojina Villegas dice que “la importancia del domicilio para derivar de él consecuencias jurídicas, radica en su estabilidad, en su fijeza, en su permanencia”¹⁷ En relación a lo expresado por Rojina Villegas, Alfonso Brañas señala: “En realidad los aspectos señalados por el autor mexicano pueden considerarse como determinantes del domicilio pero no como base para derivar de ellos su importancia, toda vez que ésta resalta porque el domicilio es el punto de regencia, inicial y fundamental para determinar la competencia o incompetencia de los tribunales en asuntos contenciosos que se sometan a su conocimiento; para fijar con certeza, en la mayoría de los casos, el lugar en donde deben exigirse o cumplirse las obligaciones, y en fin, para numerosos actos de la vida civil”.¹⁸

El Código Civil guatemalteco en el Artículo 32, establece que: **“El domicilio se constituye voluntariamente por la residencia en un lugar con ánimo de permanecer en él”**. Y en complemento de lo anterior, el Artículo 33 del mismo cuerpo legal establece: **“Se presume el ánimo de permanecer, por la residencia continua durante un año en el lugar. Cesará la presunción anterior si se comprobare que la residencia es accidental o que se tiene en otra parte”**.

2.8.1 Elementos del domicilio

Al respecto existen dos corrientes; los tradicionalistas y los modernos

¹⁵ López Pozuelos de López. **Ob. Cit**, pág. 66

¹⁶ Espin Canovas, Diego. **Manual de derecho civil español**, pág. 465.

¹⁷ Rojina Villegas, Rafael. **Derecho civil mexicano**, pág. 491

¹⁸ Brañas **Ob. Cit.** 58 y 59



2.8.1.1 2 Los tradicionalistas

Consideran que los elementos del domicilio son:

“Objetivo: La permanencia de una persona en un lugar determinado.

Subjetivo: El ánimo de permanecer en él.”¹⁸

2.8.1.2 Los modernos

Señalan que los elementos que integran el domicilio son:

“Espacial o Territorial es la residencia constituida por la permanencia de una persona en un lugar determinado.

Temporal o cronológico es la habitualidad o permanencia de una persona en un lugar determinado durante cierto tiempo.”¹⁹

2.8.2 Naturaleza jurídica del domicilio

“Es la necesidad del derecho de ubicar a una persona dentro de un contexto geográfico.”

2.8.3 Clasificación del domicilio

2.8.3.1 Domicilio voluntario o real

Es el que nace de la libre voluntad de las personas de residir en un lugar determinado. Artículo 32 Código Civil

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid

2.8.3.2 Domicilio legal, necesario o derivado

Es el lugar donde la ley fija la residencia de una persona para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no este allí presente.

Artículo 36 Código Civil.



2.8.3.3 Domicilio especial, electivo o contractual

Es el que las personas, en sus contratos, pueden designar para el cumplimiento de las obligaciones que éstos origine. Artículo 40 Código Civil.

2.8.3.4 Domicilio múltiple, plural o alternativo

Es aquel que tiene lugar cuando una persona vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares. Artículo 34 Código Civil.

2.8.3.5 Domicilio del vagabundo

En relación a esta clasificación estatuye que el domicilio del vagabundo será el lugar donde se encuentre. Artículo 35 Código Civil.

2.9 El patrimonio

Josseran define el patrimonio "como un conjunto de valores pecuniarios, positivos o negativos que pertenecen a una persona. Ya sea que lo tomemos en su sentido general o

particular, sólo nos permite ver los diferentes resultados de las actividades de un individuo o grupo de individuos en relación a sus bienes, cuando éstos son utilizados para fines propios o ajenos que se obtienen ganancias o pérdidas; lo cierto es que en todo patrimonio encontramos siempre un conjunto de valores que reunidos en una masa compacta, poseen características económicas y jurídicas claramente determinadas.”²²



2.9.1 Condición jurídica del patrimonio

En cuanto a la condición jurídica del patrimonio el doctor Roberto Romero Carrillo señala que “No es susceptible de transferirse, esto es que no puede ser objeto de ningún acto jurídico entre vivos, solo lo es de transmitirse, o sea, de cambiar de dueño únicamente por muerte del antecesor; porque cuando su titular fallece el patrimonio no puede quedar abandonado, expuesto a ser adquirido por el actual poseedor.”²³

Así mismo expresa el autor citado en relación al patrimonio que: “Corrientemente se ha creído que las relaciones jurídicas de una persona finalizan con su muerte, o sea, que desaparecen con ésta, pero es evidente, por razones de utilidad pública, la necesidad de que tales relaciones sobrevivan, que otra persona pase a ser su titular continuando así la persona y sus relaciones jurídicas del difunto constituyéndose este fenómeno legal lo que se llama sucesión entendiendo por sucesión la transmisión del patrimonio, el traslado del conjunto de derechos y obligaciones valuables en dinero de una persona fallecida a otra u otras que le sobreviven a quien la Ley o el testamento llama para recibirlos. La sucesión es entonces un acto jurídico, que es la transmisión.

²² Somarriva Undurraga. Manuel. **Curso de derecho sucesorio**, pág. 73

²³ Carrillo Romero, Roberto. **Nociones de derecho hereditario**, pág. 2



Ese conjunto de bienes y obligaciones que se transmiten por causa de muerte al patrimonio transmitido, también llamado caudal relicto que es el objeto de ese acto jurídico es lo que recibe el nombre de herencia no es más que el mismo patrimonio cuando esta siendo transmitido, concluida la transmisión deja de llamarse herencia.

La sucesión por causa de muerte está en íntima relación con otra importante institución del derecho civil; el patrimonio es en síntesis no es sino la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones pecuniarias.”²⁴

Como titular de un patrimonio toda persona mientras vive, tiene una serie de relaciones jurídicas, así será sujeto activo de derechos reales y personales y sujeto pasivo de diversas obligaciones. Al morir va a subsistir este conjunto de relaciones jurídicas en que la persona era sujeto activo o pasivo, es decir va a dejar un patrimonio.

Ahora bien qué va a ocurrir con este patrimonio? Por el hecho de haber fallecido su titular, se van a extinguir todas sus relaciones jurídicas?. Como se comprende, de ocurrir así, ello traería consigo una serie de perturbaciones en la vida del derecho, los contratantes estarían en perpetua inseguridad respecto de sus vínculos jurídicos. Todas estas posibles perturbaciones se evitan, precisamente por medio de la sucesión por causa de muerte; en virtud de ella, ese patrimonio dejado por la persona al morir, pasa a radicarse en manos de herederos, que son los continuadores jurídicos de la persona del difunto.

²⁴ Ibid

De conformidad con el tratadista citado la sucesión por causa de muerte se puede definir como: "un modo de adquirir el dominio del patrimonio de una persona difunta, o sea el conjunto de sus derechos y obligaciones transmisibles, o una cuota de dicho patrimonio."²⁵



En este caso la adquisición del derecho real de herencia se produce ipso jure, por el solo fallecimiento del causante, sin que el heredero tenga que llenar formalidades de ninguna especie.

Con todo esto surge la importancia que tiene el determinar el momento preciso del fallecimiento del causante ya que es el fallecimiento lo que da origen a la apertura de la sucesión y a la sucesión por causa de muerte. De ahí que puede tener gran importancia determinar el momento preciso en que se produjo el deceso de una persona, y por ello se lleva en el Registro Civil de las Personas un libro de defunciones en que se anota inclusive la hora del fallecimiento de las personas.

Determinar el momento preciso de la muerte puede tener importancia en varios aspectos:

1. El heredero debe ser capaz y digno de suceder al fallecer el causante. El momento preciso de la muerte del causante determina quienes son sus herederos. Es decir el heredero debe ser capaz y digno de suceder al producirse la muerte del causante.
2. La validez de las disposiciones testamentarias se determina en relación con la legislación vigente al momento de la muerte del testador.

²⁵ Ibid

En relación a la situación jurídica de los bienes del ausente esto se resuelve con la solicitud de la declaratoria judicial muerte presunta, ya que el principal objeto de la solicitud de esta es definir la suerte de los bienes que constituyen el patrimonio dejado por el desaparecido.



2.10 Derechos de la personalidad

“Derechos de la personalidad: No existe ninguna teoría unánimemente aceptada, lo que es explicable en tanto que no hay consenso entre los autores sobre la naturaleza y contenido de los derechos de la personalidad.

Los llamados derechos de la personalidad que también se denominan derechos sobre la propia persona, individuales o personalísimos, constituyen un tipo singular de facultades reconocidas para personas físicas para el aprovechamiento legal de diversos bienes derivados de su propia naturaleza somática, de sus cualidades espirituales y en general de las proyecciones integrantes de su categoría humana”.²⁶

Expresa el autor citado que no debe confundirse los derechos de la personalidad con los derechos humanos, ya que éstos constituyen una barrera que impide la intromisión arbitraria del Estado en el ámbito jurídico de los particulares, mientras que los derechos de la personalidad integran una nueva especie de derechos privados que hacen posible la tutela de la persona frente a sus iguales. Por eso su normatividad se reserva al derecho civil, en tanto que, como rama del derecho privado, regula las relaciones jurídicas de sujetos considerados en un plano de coordinación.

²⁶ Villalobos Olvera, Rogelio. **Derecho Civil**, pág. 57



Según Ernesto Gutiérrez y González citado por Rogelio Villalobos-Olvera: “Son bienes constituidos por determinadas proyecciones físicas o psíquicas del ser humano, individualizadas por el ordenamiento jurídico”.²³

Asimismo expresa Gutiérrez y González en relación al objeto de estos derechos: “Tampoco la doctrina es pacífica cuando se pretende precisar al objeto de estos derechos.” Y al respecto existen algunos que consideran que los derechos de la personalidad, son aquellos que se ejercen sobre la propia persona. Otros que sostiene que el objeto del derecho serían las otras personas. Los que afirman que el objeto de los derechos no se encuentra en la persona del titular ni en los sujetos obligados sino en algunos atributos o manifestaciones del hombre que son objetivados y elevados a la categoría de bienes y por tanto ser susceptibles de ser materia de sus derechos subjetivos.

Una variante de lo anterior considera que el objeto se encuentra en los “bienes constituidos por determinados atributos o cualidades físicas o morales del hombre, individualizados por el ordenamiento físico”.²⁴

2.10.1 Naturaleza jurídica

El principal problema que plantean los autores en este punto, es el de si los derechos de la personalidad constituyen verdaderos derechos subjetivos. La doctrina se divide aquí en dos vertientes: la positiva y la negativa. **Negativa:** formula entre otras, las siguientes reservas a la administrabilidad de los derechos de la personalidad en la categoría de los derechos subjetivos.

²³ *Ibid.* pág. 57

²⁴ *Ibid.*



“La personalidad no puede ser objeto de derechos, porque ella, al contrario, es el sujeto de todo derecho; esto no varía porque se diferencia de la personalidad sus diversos elementos (vida, integridad, honor, etc.) pues se trata siempre, en definitiva, de la personalidad misma, una e indivisible”.²⁵

Positiva Si el derecho subjetivo implica un poder conferido por el ordenamiento jurídico a un sujeto para exigir de otro u otros una prestación o una abstención, los derechos de la personalidad son derechos subjetivos al ser individualizados e instituidos por el derecho objetivo como un conjunto de poderes otorgados a su titular para exigir de los demás una conducta determinada.

La persona no puede ser objeto de derechos, pero, ciertos atributos pueden separarse -por obra de la técnica jurídica- de la personalidad y ser elevados a la categoría de bienes por el ordenamiento jurídico, transformándose así en objetos de derechos.

Características: Los autores atribuyen a los derechos de la personalidad un conjunto de caracteres que los identifican y que agrupados sistemáticamente los distinguen de los demás derechos.

- Son innatos u originarios, porque nacen con su sujeto activo; se adquieren por la persona desde el principio de su existencia.
- Son vitalicios. Unidos indisolublemente a la persona, la acompañan toda su vida y se extinguen con la muerte del titular.

²⁵ <http://www.Ausencia-y-derechos-de-la-personalidad.html>



- Son esenciales. No pueden faltar en el sujeto, pues constituyen los medios imprescindibles para la existencia, el desarrollo y el perfeccionamiento integral del ser humano.
- Son intransmisibles, porque solo su titular puede ejercitarlos. Deriva esta característica de su esencialidad y de su inherencia a la persona.
- Son absolutos, porque pueden oponerse a las demás personas. Son derechos oponibles erga omnes que tienen como correlativo un deber pasivo universal de respeto.
- Carecen de contenido económico, es decir, no son valorizables en dinero.
- Son derechos subjetivos privados, porque garantizan el goce de las facultades del individuo. Se otorgan al sujeto, para impedir que los demás particulares invadan su ámbito jurídico personal.
- Son variables, porque su contenido obedece a las circunstancias en que se desarrollan.
- Son irrenunciables, porque no pueden desaparecer por la voluntad.
- Son imprescriptibles, porque el transcurso del tiempo no los altera.
- Son internos, por su consistencia particular y de conciencia.

Clasificación: Según Galindo Garfias, citado por Rogelio Villalobos Olvera, estos se clasifican en: "Derechos referidos a la protección de la vida y del cuerpo en su integridad. Derechos referidos a bienes morales o espirituales".²⁶

Clasificación: Según las ideas de Gutiérrez y González, cabría partir de una clasificación general sobre la base de tres sectores que podríamos identificar sucesivamente como social, anímico y somático.

²⁶ **Ibid**, pág. 65



Sector social: Incluye los derechos al honor, al título profesional, al secreto, a la privacidad, a la intimidad, a la propia imagen, a la honra, al nombre, al nombre al seudónimo, a la propia efigie y al llamado moral del autor, pues todos ellos son concreciones del sujeto titular que requieren para valer una reacción moral o política de la colectividad en que se plantean.

Sector anímico: encontramos otro tipo de derechos que surgen de valores fundados en el área sentimental del individuo y adoptados por sus propios motivos y deseos, como lo son la familiaridad, la amistad, la intimidad, las creencias religiosas, la potestad paternal, respeto a los sepulcros etc.

En el sector somático encontramos derechos de orden corporal, como la disposición total o parcial de elementos y accesorios de nuestro ser orgánico integrado objetivamente, ya sea durante la vida y después de la muerte.

2.11 Fin de la personalidad jurídica individual

Antiguamente no era la muerte física la única manera de darle fin a la llamada personalidad, puesto que producía iguales efectos la llamada muerte civil (presos) y la profesión religiosa (sacerdotes, monjas), pero actualmente dentro del derecho civil, no existe otra forma de extinción de la personalidad que la muerte, ya que la muerte civil ha desaparecido y el profesar una orden religiosa no hace a la persona perderla, es decir, los presos y religiosos son sujetos de derechos y obligaciones, aunque en nuestra legislación existan algunas limitaciones para el ejercicio de determinados derechos tal es el caso del Artículo dos numeral uno del Código de Notariado que establece que para ejercer el

notariado se debe ser “del estado seglar” es decir no se debe ser un religioso de profesión (sacerdote, pastor, rabino).



En relación al tema que nos ocupa el doctor Héctor Ramón Peñaranda Quintero, expone: “Ripert y Boulanger consideran que la personalidad se extiende o dura hasta el momento de la muerte, por cuanto luego de ésta desde el punto de vista jurídico lo que se obtiene es un cadáver, para el cual hay normas legales relacionadas a la inhumación y funerales, con lo que se obtiene la certeza de la muerte y los medios para hacer respetar el cuerpo del fallecido.”³¹

“Boncase no comparte la misma idea, por lo cual considera que la personalidad física puede o no coincidir con la vida humana.”³²

De igual manera continua exponiendo el doctor que Peñaranda que Boncase explica que en ciertos casos la personalidad física tiene más duración que la vida humana, porque por ejemplo, la persona goza de personalidad jurídica desde antes de su nacimiento, a partir del momento de la concepción, con la condición de que el hijo nazca vivo, por lo que estima Boncase que la personalidad precede a la vida humana.

Agregando además el último tratadista referido que con respecto a la muerte, la ley le otorga al difunto en algunos casos una existencia artificial, y sigue siendo considerada como sujeto de derecho. Por ejemplo en la teoría de los comoribundos, donde si varias personas recíprocamente llamadas a la sucesión una de la otra, mueren en un mismo accidente, sin saber cuál falleció primero, entonces, la presunción de supervivencia se

³¹ Peñaranda Quintero. Hector Ramón www.monografias.com/trabajos17/fin-personaliad-shtml

³² Boncase, Julián. **Elementos de derecho civil**, pág. 385

determina por la fuerza de edad y sexo. Sin embargo, en la legislación venezolana se acoge la teoría de la conmorencia. Otro ejemplo mencionado por Bonnecase es el caso de la ausencia, por medio de la cual una persona puede seguir viviendo jurídicamente aunque haya muerto en la realidad.



En este orden de ideas es importante mencionar el significado de la premoriencia y la conmorencia, sistemas que ayudan a determinar cual de los dos sujetos ha muerto primero, cuando han fallecido en un mismo acontecimiento. El primero consiste en que las muertes deben determinarse por las circunstancias y en su defecto por la edad y el sexo, lo cual es considerado por muchos autores como un criterio arbitrario, porque no siempre la supervivencia depende de la fortaleza. En la conmorencia a falta de prueba se considera que todas las personas murieron al mismo tiempo. En Venezuela está determinado en el Artículo 994 del Código Civil de la siguiente manera: "Si hubiera duda sobre cual de los dos o mas individuos llamados recíprocamente a suceder haya muerto primero que el otro, el que sostenga la anterioridad de la muerte del uno o del otro deberá probarla. A falta de pruebas, se presumen todos muertos al mismo tiempo y no hay transmisión de derechos de uno a otro".

Explica Bonnecase, que la personalidad jurídica puede en ciertos casos tener una duración más corta que la vida humana. Por ejemplo es el caso, del hijo no viable incapaz, porque mientras dura la gestación, el hijo tiene personalidad por haber sido concebido, pero al nacer desaparece ésta ante la comprobación de la no viabilidad, entonces esa personalidad se desvanece retroactivamente.



También señala Bonnecase que la personalidad física puede ser independiente de la personalidad humana, porque se pueden ver como sujetos de derecho a las personas futuras, e hijos nacidos y por nacer, aun los no concebidos.

Sin embargo, en el derecho vigente la única causa a través de la cual se extingue la personalidad del ser humano es la muerte.

Concepto de muerte “Cesación o término de la vida.”³³

Prueba de la muerte Para probar la muerte, el medio legal por excelencia es la partida de defunción. A falta de ésta, la correspondiente sentencia que la declare.

Premorencia y Conmorencia “En ciertas situaciones interesa determinar cuál de dos o más sujetos ha muerto primero que el otro. Esto resulta muy difícil cuando los sujetos han fallecido en un mismo acontecimiento, sin que existan indicios del orden en el cual ocurrieron las muertes. Es por esta razón que las legislaciones han adoptado el sistema de la premoriencia o el de la conmoriencia.”³⁴

Sistema de premorencia “Consiste en que el orden de las muertes se determina mediante la presunción de que sobrevive el más fuerte, determinación ésta que se hace a base de criterios objetivos como el sexo y la edad.

Este sistema es criticado porque presenta una solución arbitraria porque en muchos casos la sobrevivencia no tiene relación ni con el sexo ni con la edad, ni siquiera con la

³³ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 473

³⁴ www.monografias.com/trabajos17/fin-personalidad-juridica/fin-personalidad-juridica.shtml -



fortaleza, y existen otras situaciones además del sexo y edad que podrían afectar la capacidad de un individuo a la hora de hacer frente a los peligros de la muerte, como por ejemplo: defectos físicos y mentales, estados de salud, etcétera.”³⁵

Estos sistemas son utilizados sobre todo por las legislaciones en lo relativo a la forma de suceder.

Es importante destacar que en casos de muerte violenta, como lo determina el Artículo 480 del Código Civil, la autoridad local, procederá asistida si fuere posible de facultativos, a la inspección del cadáver y a la averiguación de cuanto pueda conducir al descubrimiento de la verdad, poniendo todo en conocimiento del juez, quien deberá dar la orden de inhumación. En dicha averiguación se podría deducir y determinar en algunos casos el orden de las muertes, y entonces de esto se debe dejar constancia, porque forma parte del descubrimiento de la verdad de cómo ocurrió la muerte violenta.

Efectos jurídicos de la muerte “Con la muerte se extingue la personalidad del individuo, por lo que no podrá ser sujeto de derechos y deberes. Luego de la muerte lo que nacen son derechos de los herederos, pero el fallecido ya no es titular de derechos y deberes. Así pues, se mantienen para el futuro algunos efectos de la personalidad anterior, como lo son los derechos y deberes patrimoniales, los cuales son susceptibles de valoración económica. También surgen las disposiciones mortis causa, que no son otra cosa que las disposiciones dictadas por el individuo para el caso de su muerte.”³⁶

³⁵ Ibid.

³⁶ Peñaranda Quintero. Héctor Ramón. hpen21[arroba]telcel.net.ve



La extinción de la personalidad no impide que se realicen ciertos actos a favor de los descendientes, de otros parientes o de terceros en general. Por ejemplo, en el caso de la acción judicial de filiación El Código Civil en el Artículo 220 preceptúa “Los herederos del hijo podrán proseguir la acción que éste dejaré iniciada al tiempo de su fallecimiento, o intentarla si el hijo falleciera durante su menor edad, o si hubiere adolecido de incapacidad y muriere en ese estado.”

Se abre la sucesión del difunto. También se extinguen en principio, los derechos, deberes y relaciones extrapatrimoniales, es decir, las relaciones no susceptibles de valoración económica.

Otra consecuencia es la tutela jurídica del cadáver y de la memoria del difunto, con el fin de la protección de los cadáveres y sepulturas, como también la memoria del difunto”.²⁸

En relación a lo anotado comparto el criterio de Bonnacase citado por el doctor Peñaranda, en el sentido de que de acuerdo con nuestro sistema jurídico vigente, la personalidad física puede o no coincidir con la vida humana, pues en ciertos casos la personalidad física tiene más duración que la vida humana, por ejemplo, la persona goza de personalidad jurídica desde antes de su nacimiento, a partir del momento de la concepción, con la condición de que el hijo nazca vivo, por lo que puede afirmarse que la personalidad precede a la vida humana.

²⁸ Hpen21@telcel.net.ve (09-03-08)



De igual forma con respecto a la muerte, la ley le otorga en el ~~derecho civil~~ guatemalteco al difunto en algunos casos una existencia artificial, pues sigue siendo considerado como sujeto de derecho. Por ejemplo tal y como lo señala Bonnecase el caso de la ausencia, por medio de la cual una persona puede seguir viviendo jurídicamente aunque haya muerto en la realidad.

También explica el autor antes mencionado, que la personalidad jurídica puede en ciertos casos tener una duración más corta que la vida humana. Es el caso, explica Bonnecase el hijo no viable incapaz, porque mientras dura la gestación, el hijo tiene personalidad por haber sido concebido, pero al nacer desaparece ésta ante la comprobación de la no viabilidad, entonces esa personalidad se desvanece retroactivamente.

Sin embargo, en el mundo jurídico y de conformidad con la legislación guatemalteca la única causa a través de la cual se extingue la personalidad del ser humano es la muerte, ya sea esta muerte física o cierta o muerte presunta, produciendo a partir de ese momento sus efectos jurídicos los cuales trataremos más adelante.

CAPÍTULO III



3. La ausencia

Ausencia, en sentido vulgar, significa falta de presencia; ausente es el que no se encuentra, en un momento determinado, en el lugar donde su presencia es necesaria. Ahora bien, esta simple no presencia no basta para constituir el concepto jurídico de la ausencia.

En la mayoría de las legislaciones la institución que se estudia tiene por objeto proteger los intereses del ausente y de los terceros que con él hayan tenido relaciones jurídicas, de las cuales aún quedan pendientes por ejercitarse o cumplirse derechos y obligaciones.

Con el transcurso del tiempo, lo que originalmente era un estado de incertidumbre va dando lugar a una sospecha y más tarde a través de un lapso de tiempo se convierte en una presunción *juris tantum* (muerte presunta).

Característica de la ausencia es la incertidumbre que se expresa en distintos grados o etapas, conforme avanza el tiempo del abandono de domicilio.

Cuando se inicia el procedimiento y en el transcurso del primer periodo se llama "presunción de ausencia", es más fuerte la presunción de que la persona vive.

En la segunda fase, que es la declaración de ausencia, las presunciones de vida y muerte se equilibran. En la tercera etapa, de presunción de muerte, la indumentaria sobre el fallecimiento del ausente se ha transformado en una certeza.



3.1 Origen histórico

La ausencia no fue regulada por los sistemas jurídicos de la antigüedad. Sánchez Román explica así la no existencia de disposiciones legales: "La falta de leyes antiguas sobre la ausencia, y el interés que este estado civil inspira a todos los Códigos modernos, es un fenómeno histórico-legislativo de fácil explicación: las generaciones antiguas estaban más unidas al hogar de su patria, ya porque los medios de comunicación no eran tan expeditos y frecuentes, ya porque el espíritu de propaganda, exploración, relaciones comerciales y científicas no alcanzaron en la antigüedad un desarrollo tan completo como en la época moderna, cuyo sello distintivo pudiéramos decir que es un marcado cosmopolitismo; si bien es preciso reconocer la mayor facilidad en los tiempos actuales para adquirir noticias de los ausentes".²⁹

En el Derecho Romano no existe una doctrina sistemática sobre la misma, si bien es dable encontrar algunas disposiciones aisladas. En el ius postliminio pueden verse, en efecto, algunos supuestos, y en algún cuerpo legal, como el Digesto, se encuentran disposiciones aisladas. La característica del Derecho romano, en orden a los efectos de la ausencia, estriba en que el derecho romano, en orden a los efectos de la ausencia, estriba en que no presumía muerta a una persona mientras no se probase y, por tanto, no se abría sucesión, entregándose los bienes a los herederos sin perjuicio de los derechos de aquél.

²⁹ Brañas Alfonso. **Manual de derecho civil**, págs. 71, 72.

Mientras duraba la ausencia parece aceptable la hipótesis de creer que se nombraría un curador especial: curator bonorum.



El derecho germánico, por el contrario, presumía la muerte después del transcurso de un periodo breve de tiempo. 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 esta entrega una posesión espacialísima, que luego se consolidaba con el transcurso del tiempo.

Como se ha enunciado en los párrafos precedentes varias circunstancias como las Cruzadas, las constantes guerras, etc., contribuyeron durante la Edad Media, a que se dieran con frecuencia los supuestos de la ausencia y, no encontrándose una doctrina sistematizada en el derecho romano, se idearon algunas soluciones, como la formulada por los estatutarios de la “presunción de muerte” transcurridos cien años. 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.

En el derecho histórico español, hacen referencia a ella algunas leyes de Partidas y sobre todo interesantes disposiciones del derecho aragonés. Las Leyes de Partidas establecían que si el ausente marchó a lejanas tierras y existe fama pública de que ha muerto, bastan diez años de ausencia; pero si marchó a tierras cercanas donde sea difícil averiguar la verdad directamente y la fecha de la muerte o si la ausencia no excede de cinco años, entonces no basta la prueba de fama pública. Otra Ley ordenaba que se proveyese de curador al ausente cuando fuera demandado.

A pesar de estos antecedentes, en España una doctrina legal sistemática de la ausencia no existió hasta la época de la codificación; aunque propiamente hasta la publicación de la Ley Hipotecaria que declaró título inscribible en el Registro de la Propiedad la ejecutoria del ausente y, sobre todo, la Ley de Enjuiciamiento Civil, que consagró un título a regular la administración de bienes del ausente, no se puede decir que haya sido concebida una visión de conjunto.

Dado los estrechos vínculos que nos unen con el derecho civil español, pues históricamente este fue aplicado en Guatemala previo a la existencia del primer Código Civil se hará una breve referencia al tratamiento de la ausencia en el derecho español.

La legislación española inspirándose en el proyecto de 1851 y en la Ley de Bases, así como en los Códigos extranjeros, singularmente en el francés y en el italiano de 1865, el Código español se orientó por el sistema latino, diferenciándose del francés sólo en algunos puntos, singularmente en la presunción de muerte. "El principal defecto del Código, era la excesiva duración de los plazos, por lo cual se hacía inaplicable para la solución de supuestos distintos de los normales. Por esta razón, el poder público se vio en muchas ocasiones en la necesidad de dictar normas especiales para hipótesis de excepción, lo cual ocurrió con la guerra de África por Decreto del 19 de febrero de 1923 y, posteriormente, con la Orden del 25 de enero de 1932 sobre defunciones ocurridas por accidente marítimo.

La Ley del 8 de septiembre de 1939, llenó una laguna en dicha legislación, pues el antiguo texto del Código Civil, no regulaba la situación de los desaparecidos, por lo cual tuvieron que dictarse aquellas disposiciones de excepción a que se ha hecho referencia.





Las previsiones que al promulgarse el Código dice el Preámbulo de la Ley se estimaron suficientes para regular las actuaciones jurídicas, que en orden a personas o bienes del ausente originaba su desaparición del domicilio, fueron perdiendo eficacia a medida que la facilidad de comunicaciones, consiguiente a los nuevos inventos, iba imponiendo ritmos cada vez más rápidos a la adquisición de noticias y toda suerte de relaciones inherentes a la vida social. Todo ello indicaba la necesidad de reformar el título VIII, libro I del Código Civil, referente a la ausencia, para adaptarlo a las circunstancias. Esa exigencia tuvo en los últimos tiempos especial agravación, por sumarse a los motivos ordinarios de la Ley las circunstancias excepcionales por las que ha atravesado la Nación, con su secuela de muertes desconocidas, crímenes reprobables y persecuciones inhumanas, que es preciso resolver urgentemente”.³⁰

“Esta Ley (que tiene precedente en el Decreto de la Junta técnica del Estado de 8 de noviembre de 1936, Orden de 10 de noviembre del mismo año y Orden de 26 de julio de 1939) se divide en tres capítulos, modificando los cinco que anteriormente tenía el Código. En el primero se trata de la declaración de ausencia y de sus efectos; en el segundo de la declaración de fallecimiento, y en el tercero del Registro central de ausentes. Son complementario de esta Ley la del 30 de diciembre a que hacemos referencia fija las normas sobre competencia y procedimiento que han de observarse en cuantas actuaciones motive el título VIII del libro I del Código, pero es necesario hacer constar que la misma no tiene sólo un contenido procesal, sino que en ella existen también preceptos de carácter sustantivo, como son los siguientes: a) El Artículo 2.033 del texto procesal reformado, se hace expresa designación de las personas a quienes por orden excluyente ha de encomendarse la defensa del ausente en ignorado paradero, ampliando y

³⁰ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**, pág. 313

modificando el Artículo 181 reformado; b) el Artículo 2.035, que permite la constitución del Consejo de familia, y c) el Artículo 2.036, que permite al Juez suplir con su ~~función~~ ^{autorización} la autorización marital. ³¹



3.1.1 Orientaciones modernas de la ausencia

En orden a la ausencia, existen dos sistemas legislativos: 1º. El sistema latino, que sigue el Código francés, el italiano y, en parte, el Código español; y 2º. El sistema germánico, y en torno a sus concepciones se manifiestan, 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 sea esta propiamente dicha o ausencia calificada.

El denominado sistema francés o sistema latino surgió con el código civil francés, promulgado en 1804. Sus principales características son señaladas por Espín Cánovas, así: "El sistema del Código francés se basa en la distinción de tres períodos (presunción de ausencia, posesión provisional y posesión definitiva), con plazos muy largos; el primero se limita a tomar medidas de protección de los intereses del ausente; en el segundo se organiza la protección de su patrimonio de modo estable, concediéndose la posesión provisional, y en el tercero se abre la sucesión del ausente. Este sistema resulta complicado, con plazos excesivamente largos para los medios de comunicación actuales, no llega nunca a la declaración de muerte del ausente, ni conoce la distinción entre ausente y desaparecidos en una circunstancia de riesgo para las personas". ³²

³¹ Ibid

³² Brañas Ob. Cit. pág. 73.

El denominado sistema alemán o germánico es el contenido en el código alemán, promulgado en 1900, y más tarde en el código de Suiza, con modificaciones. En la distingue la simple ausencia material (falta de presencia) de la desaparición. En la ausencia material posibilita medidas provisionales mediante el nombramiento de una especie de curador de los bienes. En cuanto a la desaparición o propiamente ausencia, distingue la simple desaparición y la desaparición en peligro grave para la vida (ausencia calificada). En la simple desaparición el término es de diez años para la declaración de muerte presunta, 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, con menos posibilidades de sobrevivir. En los casos de ausencia calificada (guerra, siniestros), reduce los plazos a tres años y uno en caso de naufragio.

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 un 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.

3.1.2 La ausencia en el Código Civil guatemalteco

En Guatemala, el Código Civil de 1877 sistematizó por primera vez la figura de la ausencia. Lógicamente, cierta influencia del código francés no pudo menos que hacerse



sentir. Se ocupa de la materia en el libro I, título III, capítulo III, de los Artículos 88 y 89. 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 o hacer valer algo en juicio.



La posesión provisional de bienes era concedida después de cinco años de no tener noticia alguna del ausente, a sus herederos testamentarios o legales. Si se comprobaba la muerte o transcurría el tiempo suficiente para que cumpliera la edad de setenta años, 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.

El Código Civil de 1933, reguló la materia en el libro I, título III, capítulo I, bajo el título: ausencia y muerte presunta. Definiendo al ausente, como“(...) 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”.

En similar precepto al contenido en el de 1877, al declarado ausente se le nombrará defensor judicial para responder a una demanda o hacer valer algo en juicio. Previó las siguientes fases respecto a la protección de los bienes del ausente: guardaduría (guarda), o cargo del guardador de bienes, cuyas 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 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 contemplo para los casos de personas desaparecidas por razones de guerra, naufragio, accidente de aviación, explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro.



3.2 Naturaleza jurídica de la ausencia:

Según Castán Tobeñas, existen los siguientes criterios:

“Algunos la conceptúan como un aspecto negativo de la relación con el domicilio de la persona: son los que conciben al domicilio como una relación de la persona con un lugar.

Otros, como un modo extintivo presuntivo de la personalidad. Aunque no se deja de aceptar que si el sujeto vive puede ser titular de derechos y obligaciones en el lugar que se encuentre, o que a su regreso asuma de nuevo la titularidad de los que dejó en estado de abandono.

Como una incapacidad de hecho por la imposibilidad en que se encuentra el ausente de ejercer personalmente los actos de la vida civil: por la primera razón expuesta en relación con el inciso anterior se oponen reparos a esta corriente que considera a la ausencia como una causa modificativa de la capacidad.

Como un estado civil o situación jurídica especial, que provoca la necesidad de una institución supletoria que se encargue del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones del ausente, a fin de que no queden en el abandono.”³³

³³ Castan Tobeñas, **Derecho civil español**, pág. 117

3.3 Concepto de ausencia



Con respecto al concepto de ausencia, no existe unanimidad entre los tratadistas. Alfonso Brañas señala: “Los civilistas españoles coinciden, al iniciar el estudio de esta materia, en afirmar que la expresión ausencia se contrapone a la de presencia, que la ausencia es la no presencia. Refiriéndose, por supuesto, al concepto corriente de la palabra ausencia”.³⁴ Espín Cánovas al conceptualizar el vocablo ausencia señala: “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 una 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”.³⁵ Manifiesta el licenciado Brañas que del mismo criterio participa el autor italiano Coviello: Mientras el domicilio, la residencia, la permanencia accidental, constituyen una relación positiva de la persona con un lugar, la ausencia constituyen una 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”.³⁶

³⁴ Brañas **Ob. Cit;** 70

³⁵ Espin Cánovas. Diego. Manual de derecho civil español. pág. 290, 291

³⁶ Brañas. **Ob. Cit;** pág. 70, 71.



Asimismo el tratadista Puig Peña, expresa: "Ausencia, en sentido vulgar significa falta de presencia; ausente es el que no se encuentra, en un momento determinado en el lugar donde su presencia es necesaria. Ahora bien, esta simple no presencia no basta para constituir el concepto jurídico de la ausencia. Los tratadistas agregan a este elemento negativo la circunstancia del paradero ignorado. Pero todavía la moderna doctrina se cuida de distinguir más, pues para perfilar de una manera técnica el significado de la ausencia, se exige el requisito de la duda sobre la existencia de la persona. En este sentido dice Paúl Oertmann que ausencia es: el estado de indecisión acerca de la existencia del individuo; es decir, la falta de noticias de la vida de una persona allí donde, con arreglo a las circunstancias, se habría podido esperar que las hubiera. Para el profesor Serrano la ausencia en el derecho español es el 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. El Código civil español construyó el concepto simplemente a base del paradero ignorado, pero entendido este paradero según los aportes de la doctrina moderna, en el sentido de que no afecta sólo al lugar, sino a la indecisión sobre la existencia".³⁷

También, señala el mismo autor que "No existe unanimidad entre los tratadistas en orden a la naturaleza jurídica de la ausencia. Unos, como Coviello, la estiman como el aspecto negativo de la relación de una persona con su domicilio; otros, como Ruggiero, creen que se trata de un modo de extinción presuntiva de la personalidad humana; otros, como Sánchez Román, creen que se trata de una causa modificativa de la capacidad de obrar. Pero, propiamente, la ausencia no es, por sí sola, una causa modificativa de la capacidad civil, supuesto que el ausente donde se encuentra puede ser plenamente capaz.

³⁷ Puig Peña. **Ob. Cit:** pág.. 309.



Es, en cambio, un hecho con influencia sobre la situación jurídica de una persona ~~ausente~~ 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 abandono. Esta institución supletoria tiene por misión encargarse del cumplimiento de los deberes y ejercicio de los derechos del ausente”.⁴⁷

Por otra parte el Código Civil en su Artículo 42 establece el concepto de ausencia así: “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”.

Como se puede observar, dos supuestos son determinantes para que exista la ausencia, 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 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.

3.4 Regulación Legal

En cuanto a los cuerpos legales que norman la institución de la ausencia encontramos:

⁴⁷ *Ibid*, pág. 310.



- a) Código Civil que contiene la normativa de carácter sustantivo y regula concepto de ausencia, declaración de ausencia para la representación en juicio; declaración de ausencia para la guarda y administración de los bienes del ausente; administración de los bienes por los parientes; muerte presunta; posesión definitiva de los bienes del ausente.
- b) El Código Procesal Civil y Mercantil.
- c) Decreto 54-77 del Congreso de la Republica (Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de Jurisdicción Voluntaria).

El Artículo 42 del Código Civil regula dos presupuestos para que se configure la ausencia en su primera parte éste se refiere a la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio en ella. Es decir tal y como lo afirma el tratadista Alfonso Brañas "Prácticamente, no existe duda respecto a su existencia. Ese concepto tiene importancia en cuanto a la declaración de ausencia para la representación en juicio."⁴⁸ El Artículo 42 en su segunda parte considera también ausente, para los efectos legales, a la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora. Este segundo supuesto configura la denominada ausencia propiamente dicha, en la cual la incertidumbre del paradero es determinante para el inicio de la duda sobre la existencia de la persona, esto es sobre si continua con vida, ausencia que al prologarse sin noticias del ausente, acentúa la probabilidad o creencia de que pudo haber fallecido.

3.4.1 Declaración de ausencia para la representación en juicio

El Código Civil es preciso al señalar que toda persona con derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir en la república y que se ausente de ella, deberá dejar mandatario

⁴⁸ Ob. Cit; pág. 75.



legalmente constituido con todas las facultades especiales para responder a las obligaciones del mandante; y si no lo hiciere, se le declarará ausente a petición de parte. El principio general es que toda persona ejercite sus derechos y cumpla las obligaciones que ha contraído, por sí misma. En caso contrario, nuestra ley sustantiva establece que la persona que se encuentre imposibilitada para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí pueda hacerlo por medio de mandatario legalmente constituido y con todas las facultades necesarias. Ahora bien, si no ocurre ni lo uno ni lo otro, y la persona se ausenta de la República, los derechos y las obligaciones de ésta no pueden quedar en situación de incertidumbre respecto a su ejercicio y cumplimiento; de ahí que la ley otorgue la facultad que cualquier persona que posea un interés pueda solicitar la declaratoria de ausencia a efecto de que exista una persona que continúe el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de la persona ausente.

3.4.2 Objeto de la declaratoria de ausencia

Acorde al criterio de algunos otros estudiosos del Derecho, al enunciar dicha declaratoria, ésta tiene dos objetos:

- 1) nombrar defensor judicial al ausente para los casos en que debe responder a una demanda o hacer valor algún derecho en juicio (Artículo. 44), nombramiento que de conformidad con el mismo cuerpo legal citado recaerá preferentemente en el mandatario sin facultades suficientes que hubiese dejado y en su defecto en una persona de notoria honradez, arraigo y competencia (Artículo. 45).
- 2) nombrar guardador de los bienes del ausente, en caso de existencia de esto señala el licenciado Brañas que: "El Código Civil tiene poca claridad y precisión en el

desarrollo de este apartado, cuyos aspectos procesales sí son tratados o nombrada y lógicamente en el Código Procesal Civil y Mercantil”.⁴⁹



3.4.3 Cuando terminan las funciones del defensor judicial

La ley sustantiva civil establece que terminan las funciones del defensor en los siguientes supuestos: a) por fenecer el litigio en el que se hubiere nombrado, b) por nombramiento de guardador de bienes del ausente; o c) desde que el ausente se apersona por sí o por medio de apoderado con facultades suficientes (Artículo 46).

Asimismo de conformidad con la normativa enunciada en relación a la declaratoria de ausencia, pueden distinguirse los siguientes aspectos:

3.4.4 Denuncia de la ausencia

Puede hacerla cualquier persona capaz o el Ministerio Público, (actualmente Procuraduría General de la Nación) cuando el ausente tenga bienes que deban ser administrados.

3.4.5 Nombramiento de defensor y guardador

La diligencia de nombramiento de un defensor específico y depositario la llevará a cabo el juez y será el defensor específico el que exclusivamente tendrá a su cargo la representación judicial del presunto ausente. También, nombrará un depositario

⁴⁹ **Ibid**, pág. 77

(provisional) de los bienes cuyo cargo puede recaer en el mismo defensor nombrado, Si el ausente hubiese dejado apoderado sin facultades suficientes, se procederá como en los casos de declaración de ausencia para representación en juicio (Artículo 48).



3.4.6 Declaración de la ausencia

Esta conlleva el nombramiento definitivo de guardador de los bienes del ausente; la representación del ausente será asumida por el guardador, cesando en sus cargos el defensor específico y el depositario provisional. El representante del ausente, o sea el guardador, es administrador de los bienes de aquel y tiene las mismas obligaciones, facultades y prohibiciones de los tutores, en lo que fueren aplicables (Artículo 50).

La terminación del cargo de guardador de los bienes, puede ocurrir: cuando se apersona el ausente por si o por medio de apoderado; cuando se extinguen los bienes o dejan de pertenecer el ausente; cuando fallezca el guardador, se le admita la renuncia o se le remueva del cargo, en cuyos casos el juez procederá de oficio a nombrar nuevo guardador; y cuando se da la administración de los bienes a los parientes (Artículo 53).

3.4.7 Remoción del guardador

La remoción del guardador, puede ser solicitada por la Procuraduría General de la Nación, y los parientes del ausente, denunciando al juez las causas de la remoción, (Artículo 54). Respecto a las causa por las cuales puede solicitarse la remoción del guardador el Código Civil no especifica nada al respecto, sino únicamente preceptúa en el Artículo 52, que cuando el guardador sea removido por su culpa no tendrá derecho a

retribución alguna, o sea a la retribución anual a que se refiere el Artículo 51, que es fijada por el juez competente, de acuerdo con lo dispuesto para la tutela en el Artículo 540, esto es, una retribución anual que no bajará del cinco ni excederá del quince por ciento anual de las rentas y productos líquidos de los bienes. Es decir que tal y como lo expresa el tratadista Alfonso Brañas respecto a la remoción "Puede distinguirse, entonces, la remoción sin mediar culpa del guardador y la remoción por culpa de éste, quedando, a falta de preceptos expresos sobre el particular, al buen criterio del juez resolver lo conveniente en cada caso, según las circunstancias y los elementos de juicio que tenga a su disposición".⁴¹



3.4.8 Administración de los bienes por los parientes del ausente

Regula el Artículo 55 del Código Civil, que la administración de los bienes podrá ser solicitada y ejercida por el cónyuge e hijos del ausente y a falta de ellos, por los parientes consanguíneos en el orden de sucesión que establece la Ley. Al respecto comparto la opinión del licenciado Alfonso Brañas, al señalar que "dada la redacción de ese precepto, deben solicitar la administración el cónyuge e hijos del ausente; no uno u otros.

Artículo 55 Administración por los parientes "La administración de los bienes podrá ser solicitada y ejercida por el cónyuge e hijos del ausente y a falta de ellos, por los parientes consanguíneos en el orden de sucesión que establece la ley."

Si bien el Artículo 55 dispone que la administración podrá ser solicitada y ejercida por las personas indicadas (lo cual supone una administración pluripersonal) los Artículos

⁴¹ *Ibid*, pág. 78.



58, 60, 61 del Código Civil se refieren a un solo administrador (lo cual supone administración unipersonal); no obstante, el Artículo 59 insiste en la administración por los parientes. Dada la naturaleza de las funciones inherentes a ese cargo, resulta más práctico que la administración de los bienes del ausente sea conferida a una sola persona, es decir, al cónyuge o a uno de los hijos o a uno de los parientes consanguíneos llamados por la ley a heredar al ausente. 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”.⁴²

Conforme al Artículo 57 y 58 del Código Civil, los parientes que soliciten la administración de los bienes del ausente deben constituir hipoteca o prestar fianza por el valor de los mismos, sin cuyo requisito no cesará la administración del guardador. Es decir que cesará la representación que éste tiene del ausente, al entrar el administrador designado en posesión de los bienes, caso en el cual el guardador deberá rendirle cuentas de su administración.

3.4.9 Disposición de los bienes

Respecto a los bienes la ley sustantiva previene que estos puedan ser disipados a través de transacciones desfavorables al ausente y para el efecto regula que el administrador no podrá enajenar ni gravar los bienes del ausente, sin llenar las formalidades que las leyes establecen en cuanto a los bienes de menores o incapacitados,

⁴²Ibid

Es decir obtener autorización o licencia judicial, mediante la justificación de urgente necesidad o manifiesta utilidad del acto que se pretende verificar.



En general, el administrador de bienes del ausente está sujeto a todas las restricciones, prohibiciones y obligaciones de los tutores y protutores, principalmente a la rendición de cuentas, y como es obvio, a las responsabilidades que se puedan deducir en su contra.

3.4.10 Adquisición de bienes

El Artículo 61 del Decreto Ley 106, preceptúa que el guardador o el administrador pueden adquirir para el ausente bienes o derechos por sucesión u otro título gratuito, caso en los cuales deben denunciarlo al juez respectivo dentro de quince días y ampliar hasta el valor de estos bienes o derechos, la garantía que hubiesen prestado. En relación a la adquisición de bienes el autor Alfonso Brañas expone: “Se supone que la Ley refiérase a la adquisición de bienes o derechos que no implican alguna condición muy onerosa al patrimonio del ausente, en cuyo supuesto el guardador o el administrador en su caso deberán, en diligencia inherente al desempeño de sus cargos, evitar toda adquisición, aún a título gratuito como los referidos, que pueda resultar dañosa a los intereses de quien representan”.⁴³

⁴³ **ibid**, pág. 79



3.4.11 Frutos de los bienes que se encuentran en administración

Conforme el Artículo 59 del Decreto 106, los parientes que tuvieren la administración asumirán la representación legal del ausente y harán suyos los frutos naturales y civiles de los bienes. Es decir que dicho precepto legal faculta al pariente administrador que asume la representación legal del ausente a hacer suyos los frutos que los bienes que se encuentren bajo su administración produzcan.

3.4.12 Entrega de los bienes

En relación a la entrega de los bienes, El Código Civil regula tres supuestos 1) las personas que por cualquier título tuvieren la administración o custodia de los bienes del ausente, o hayan obtenido la posesión definitiva de ellos, no podrá retenerlos por causa alguna; 2) las personas que por cualquier título tuvieren la administración o custodia de los bienes del ausente, o hayan obtenido la posesión definitiva de ellos, no podrán rehusar la entrega inmediata al ausente que regrese o a la persona que legalmente lo representa; 3) el ausente, mientras viva, conserva la posesión civil de estos bienes, bajo el amparo de la Ley.

3.5 La ausencia en el Decreto 54-77 Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria

El Decreto 54-77 regula el trámite de declaratoria de ausencia en los Artículos 8, 9 y 10 de la siguiente manera: "**Solicitud**. La solicitud para que se declare la ausencia de una persona puede ser presentada por quien tenga interés ante notario. El notario, con



notificación al Ministerio Público, recibirá información testimonial o documental, que compruebe lo siguiente:

- 1) El hecho de la ausencia.
- 2) La circunstancia de no tener el ausente parientes o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor o incapacitado; y
- 3) El tiempo de la ausencia.

Publicaciones El notario en la primera resolución que dicte, dispondrá la publicación de la solicitud en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación, por tres veces durante un mes debiendo contener los edictos la relación del asunto para que ha sido pedida la declaración de ausencia, la citación del presunto ausente, la convocatoria a los que se consideren con derecho a representarlo, la fecha y firma del notario.

Remisión al tribunal competente. Pasado el término de las publicaciones o manifestada oposición por algún interesado, el notario remitirá lo actuado al tribunal competente para los efectos del nombramiento del defensor judicial y continuación de la tramitación, de acuerdo con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil (...)"

Cabe aclarar que el Decreto 54-77 del Congreso de la República fue modificado por el Decreto número 25-97 del Congreso de la República, el cual establece que, "en toda norma legal y reglamentaria en que se mencione Ministerio Público, deberá entenderse que se refiere a la Procuraduría General de la Nación", en tal sentido en relación al trámite que nos ocupa el segundo párrafo del Artículo 8 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria deberá leerse "El notario, con notificación a la Procuraduría General de al Nación, recibirá información testimonial o documental, que compruebe lo siguiente: (...)"

3.6 La ausencia en el Código Procesal Civil y Mercantil



Se dice que la declaratoria de ausencia es un trámite mixto pues lo inicia el notario (primera etapa) y lo resuelve un juez de primera instancia del ramo civil (segunda etapa). Ambas etapas son reguladas por el Código Procesal Civil y Mercantil en el caso de que el promoviente optara por llevar su tramitación en la vía judicial y puede decirse que es en este cuerpo legal en donde se regula la segunda etapa del trámite de declaración de ausencia cuando el promoviente ha optado por la jurisdicción voluntaria notarial; siendo que la problemática que se trata en la práctica, por variados motivos, no es usual que se tramite en jurisdicción voluntaria judicial, en el presente estudio me referiré a lo regulado para dicho trámite cuando la primera etapa se promueve en sede notarial, el Código Procesal Civil y Mercantil regula esta segunda etapa a la cual se ha hecho alusión de la siguiente manera: nombramiento de defensor y depositario, oposiciones, declaratoria de ausencia y administración de los bienes.

Nombramiento de defensor y depositario “El juez nombrará un defensor judicial, que exclusivamente tendrá a su cargo la representación judicial del presunto ausente y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes, nombrando un depositario, que puede ser el mismo defensor”. Por ministerio de la ley, el guardador queda investido de todas las facultades generales y especiales que se requieren para la defensa en juicio; pero para transigir someter asuntos al proceso arbitral y repudiar herencias o donaciones y legados, necesita de autorización judicial. Estas mismas facultades tendrá el defensor judicial, nombrado para representar al presunto ausente durante las diligencias a que se refiere esta sección. El juez discernirá el cargo al guardador y extenderá la credencial que



acredite la representación y previo inventario, avalúo de los bienes y otorgamiento de garantía de la manera establecida en el Código Civil, se le hará entrega de los bienes.

Discernido el cargo, o formalizada la entrega de los bienes, si los hubiere, el guardador asumirá la representación del ausente, cesando desde ese momento en sus cargos el defensor judicial y el depositario, si no hubiere recaído en alguno de ellos el nombramiento del guardador.”

Administración de los bienes Pueden obtener la administración de los bienes del ausente, los que se crean con derecho a ello, según el Código Civil. La solicitud deberá publicarse en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación; y en caso de presentarse oposición, se tramitará en juicio sumario. El juez ordenará que se dé la administración de los bienes del ausente a los interesados, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil.

3.7 Procedimiento para la Declaración de Ausencia

De acuerdo con el profesor Ricardo Alvarado Sandoval el trámite para la declaratoria de ausencia, inicia mediante el faccionamiento de la respectiva **acta de requerimiento**. En esta acta el promoviente deberá presentar los siguientes documentos: certificación del movimiento migratorio del presunto ausente; certificación del registro de mandatos, en la que se indique que el presunto ausente no otorgó mandato; certificaciones que demuestren el vínculo de parentesco, tales como de matrimonio, nacimiento del ausente u otras; cédula de vecindad del requirente u otros documentos que demuestren la relación con el ausente; asimismo, deberá proponerse la prueba testimonial, que por lo



general consistirá en la declaración de dos testigos, para lo cual deberá tomarse lo regulado para tales declaraciones en los Artículos del Código Procesal Civil (143, 148 y 149). Como corresponde en este tipo de actas, el Notario deberá adherir un timbre notarial de 10 quetzales y también un timbre fiscal de 50 centavos por hoja.

Una vez faccionada el acta de requerimiento,” debe dictarse la **primera resolución** dentro del proceso, es decir, el correspondiente decreto. En este decreto se le da trámite a la solicitud presentada por el promoviente y se incorporan los documentos que haya presentado, se ordena recibir la prueba testimonial, así como la publicación de los **edictos** (3 en el Diario Oficial y 3 en otro de mayor circulación durante el plazo de 30 días) y notificar a la Procuraduría General de la Nación. Posteriormente el Notario remite el **expediente al Juez de Primera Instancia del ramo Civil**, para el discernimiento del cargo de defensor judicial o guardador de los bienes, en su caso; a su vez, el Juez dará audiencia a la Procuraduría General de la Nación y una vez se pronuncie ésta al respecto, el Juez dictará el auto judicial que en derecho corresponda”.⁵³

Señala el licenciado Alvarado Sandoval que “En la publicación de los edictos el Notario debe tomar en cuenta que como parte del contenido se debe hacer mención de que se cita al presunto ausente, o bien, a quienes se consideren con Derecho a representarlo; también debe indicarse el motivo por el cual se ha pedido la declaratoria de ausencia (P. ej. divorcio).

Durante ese lapso de 30 días durante los cuales se publican los edictos, puede procederse a recibir la declaratoria de los testigos (al menos dos, conforme lo manda la

⁵³ Alvarado Sandoval, Ricardo. Gracias Gonzalez, Jose Antonio. **Procesos de jurisdicción voluntaria notarial**, pág. 205.

ley). Mediante la declaratoria de los testigos, que constará en acta cada una de ellas y se realiza de manera independiente una de otra, se establecerá el hecho de la ausencia, la circunstancia de que el presunto ausente no tiene parientes o mandatario con facultades suficientes para que lo representen, o bien, si corresponde, que carece de tutor, en el caso de tratarse de un menor de edad o de un incapaz. Es fundamental, también, que en las declaraciones respectivas se haga mención del tiempo que ha durando la ausencia”.⁴⁵



Cumplido lo anterior, se puede decir que termina la tramitación notarial que este asunto, debido a que la declaratoria propiamente dicha de la ausencia no puede ser formulada por el notario, sino que tiene que ser una autoridad jurisdiccional competente, es decir, un juez de primera instancia del ramo civil. Sin embargo, el juez tomará como base del proceso el conjunto de las actuaciones notariales que se han realizado y les dará conclusión, emitiendo su pronunciamiento legal, conforme corresponde en derecho, con base en los medios de prueba aportados.

De este modo, al notario, tras recibir las declaraciones testimoniales e incorporar las seis publicaciones de los edictos, se le presentan dos posibilidades para continuar la tramitación. Estas son:

- Remisión del expediente al juzgado de primera instancia civil para que continúe el trámite, lo cual supone que no ha habido oposición alguna por parte de tercera persona y que puede continuarse sin ningún contratiempo en el trámite de declaratoria de ausencia.
- Remisión del expediente al juzgado de primera instancia civil para que conozca de la oposición que se presentó tras la publicación de los edictos; esto debido a que

⁴⁵ Ibid. pág 206



varias personas, o al menos una, se arroga el derecho a representar al ausente. En este último caso, es decir, cuando se presenta oposición, existen también dos posibilidades:

- a) La primera consiste en que si varias personas se disputaren el derecho de representar al ausente, el asunto deberá ser resuelto a través de la **vía incidental**, al declararse la ausencia, el Juez nombrará a la persona que tenga mejor derecho.
- b) La otra posibilidad es que si existiere oposición a la declaración de ausencia, el asunto será declarado contencioso –o litigioso- y se sustanciará en la **vía sumaria**. Resuelto el asunto, ya sea en la vía incidental o en la vía sumaria, el juez procederá a dictar la resolución o auto final. Tras haberle dado intervención el órgano jurisdiccional a la Procuraduría General de la Nación y al Defensor Judicial nombrado para el efecto oportunamente por el mismo órgano.

La última fase dentro de este proceso consiste en la remisión del expediente al Archivo de Tribunales. Éste es el único caso en el que para el archivo del expediente se incumple con lo previsto en el Artículo 7 del Decreto 54-77 del Congreso de la República. El sustento para que se archive el expediente en tal dependencia, más que legal, es práctico, ya que éste no le es devuelto al Notario y el órgano jurisdiccional ha sido el que ha tenido el expediente completo en su poder, por lo que, al igual que cualquier otro proceso o expediente, lo remite para su archivo a la unidad establecida administrativamente para ello.

Además, cabe mencionar, este es el único asunto de jurisdicción voluntaria de tipo mixto, debido a que lo inicia y tramita en todas sus fases el notario, pero, el auto final que resuelve, sólo puede ser dictado por un juez competente.

3.8 Efectos de la declaratoria de ausencia



De conformidad con el ordenamiento jurídico vigente la declaratoria de ausencia produce efectos patrimoniales, familiares y sociales.

3.8.1 Efectos patrimoniales

En el ámbito patrimonial tal y como se esgrime en los párrafos precedentes los efectos que se derivan de la declaratoria de ausencia tienen repercusión en la administración de los bienes del ausente, por un guardador o por sus parientes, siendo los llamados a ejercer el cargo de administrador de los bienes en primer término su cónyuge e hijos, y en su defecto los parientes consanguíneos en su orden de sucesión legal.

3.8.2 Efectos familiares

En cuanto a los efectos familiares, la declaración de ausencia influye sobre la patria potestad, pues esta es una de las causas estatuidas en el ordenamiento legal por las cuales puede solicitarse la suspensión de esta, por tanto, al ser declarada la ausencia, el cónyuge presente tendrá de modo exclusivo la patria potestad sobre los hijos con todos sus derechos y obligaciones.

3.8.3 Efectos sociales

Los efectos sociales que causa la declaratoria de ausencia repercuten en las sociedades corporaciones o asociaciones en las cuales el ausente forme parte, ya que

podrán sufrir o no alteraciones, según se hubiere dispuesto en el instrumento **constitutivo o** estatuto correspondiente



3.9 Fin de la presunción de ausencia

De conformidad con las páginas precedentes puede concluirse que la presunción de ausencia finaliza con tres hechos fundamentales:

- A) La declaración judicial de muerte presunta
- B) La aparición de la persona con presunta desaparición.
- C) Las noticias acerca de su paradero.
- D) La muerte, que se constata mediante la aparición del cadáver o su reconocimiento.

El Código Civil vigente toma estas referencias para poner fin a la presunción de ausencia, así como también lo toman otras legislaciones como la peruana y salvadoreña.

CAPÍTULO IV



4. La muerte como forma de extinción de la personalidad del ser humano

“La muerte considerada en el orden de los hechos empíricos es definible solo negativamente, es decir, como cesación de la vida. Esto no significa que ella se manifiesta sólo como defecto de fenómenos vitales, ya que el organismo humano al morir esta acompañado o seguido de variadas, evidentes y características modificaciones.

Conforme a lo dicho anteriormente la muerte es un proceso que no consiste en la perdida total y repentina de la vida. Si no que es un fenómeno lento y progresivo. En el ámbito de la medicina legal se expresa que la muerte se inicia en los centros vitales (nervioso y cardíaco) y se propaga después al resto de los órganos y tejidos, de allí que podamos hablar de muerte funcional al cesar la función de los centros vitales y de muerte tisular al propagarse el fenómeno al resto de los órganos y tejidos.

El equilibrio biológico y físico-químico y esa constancia de valores orgánicos, no se rompen en un solo momento, sino en fase progresiva, produciéndose, por así decirlo, una sucesión de muertes parciales.”⁴⁶ Por lo que de acuerdo con ello, se habla de los siguientes períodos de la muerte:

“**Muerte relativa:** paralización total y duradera de las funciones superiores, siendo posible en esta fase la reviviscencia.

Muerte Intermedia: además de la suspensión de las funciones vitales se extingue la actividad biológica en los diversos órganos y tejidos.

46 Chapiliquen, Tasón, Stephanie. **Muerte**. www.rincondelvago.com



Muerte Absoluta: cuando ocurre la desaparición de toda actividad biológica y es definitiva y total".⁴⁷

Es difícil enumerar todas y cada una de las situaciones jurídicas modificables por efecto de la muerte, pero bastaría decir, en forma de ejemplo que con la muerte del reo, antes de la condena, se extingue la acción penal, que con la muerte del condenado se extingue la pena, que con la muerte de uno de los cónyuges el matrimonio queda disuelto, que con la muerte se abren las sucesiones hereditarias y se transmiten los correspondientes derechos a los herederos, se hacen efectivas ciertas cláusulas asegurativas (seguro de vida), pierden vigor algunos contratos, etc.

4.1 Definición

Se entiende por muerte, "desde el punto de vista fisiológico a la cesación de las funciones vitales del organismo (aun cuando algunas partes sostengas algunas funciones vitales), ahora bien, como se expresó anteriormente la medicina legal es la que precisa de forma determinante cuales son esas funciones vitales.

El ciclo vital y jurídico que se inicia con el nacimiento, e incluso desde la concepción y que se mantiene durante toda la existencia, encuentra en la muerte el final de la personalidad como regla genérica".⁴⁸

⁴⁷ **Ibid**

⁴⁸ Giuni, Alberto. **Medicina legal**, pág. 153



“La muerte para el Derecho puede definirse como el cambio de estado por el cual la persona en quien acontecía era considerada como inexistente para el ejercicio o la ordenación de ciertos derechos.

La muerte produce cuatro efectos inmediatos en el ámbito jurídico general:

- 1º. Efecto: Es la extinción de la personalidad del ser humano.
- 2º. Efecto: El traslado de los derechos del fallecido a sus herederos.
- 3º. Efecto: La entrada en vigor de las disposiciones testamentarias.
- 4º. Efecto: los reconocimientos de hijos post-mortem, salvo se compruebe que el hijo gozó en vida de tres elementos: nombre, trato y fama.

4.1.1 Prueba y Requisitos

La muerte de las personas, cuando ocurra en la República, en alta mar o en el extranjero se prueba de manera similar a los nacimientos; es decir, por los Registros Públicos Civiles o Parroquiales, por las copias auténticas de las autoridades marítimas o por las actas de los registros consulares o las partidas del país en que haya acaecido el fallecimiento, debidamente legalizadas.

La prueba de la muerte así como en el momento en que ocurrió corresponde a quien alegue un Derecho que presuponga a dicha muerte y, en su caso la oportunidad de las mismas”.⁴⁹

49 Portillo, Marozky. **Desarrollo teórico de la muerte**, pág. 25



Para probar o demostrar la muerte el medio legal por excelencia es la certificación de la partida de defunción asentada de conformidad con las disposiciones que al respecto establece el Código Civil.

4.2 La muerte simultánea: Commorencia

Como lo manifiesta el licenciado Alfonso Brañas puede ocurrir, por hecho accidental o premeditadamente provocado que dos o mas personas fallezcan en y por causa del mismo, “Se trata por lo tanto de una presunción de comorencia que admite prueba en contrario, la cual necesariamente debe llevar al ánimo del juzgador la certeza de que las muertes no fueron simultáneas, sino sucesivas, por lo menos respecto a las que se hubiesen aportado la prueba correspondiente”.⁵⁰

4.3 Muerte presunta

El Código Civil guatemalteco no precisa que se entiende por muerte presunta únicamente regula los presupuestos para solicitar la declaratoria de muerte presunta al respecto el tratadista Manuel Ossorio define “La que se declara tras prolongada ausencia y sin noticias de la persona de que se trate. Sus efectos principales son la apertura de su sucesión y en ciertos casos y legislaciones, las posibles nuevas nupcias del conyugue presente.”⁵¹

50 Ob. Cit; pág. 51

⁵¹ Ossorio. Ob. Cit; pág. 474



4.3.1 Antecedentes históricos de la declaratoria de muerte presunta

Señala el tratadista mexicano Rogelio Villalobos Olvera, al referirse a la ausencia que la presunción de muerte es la “**Tercera etapa**, de la ausencia, etapa en la cual la incertidumbre sobre el fallecimiento del ausente se ha transformado en una certeza.”⁶¹ Es pues la razón de haber tratado en el capítulo que antecede la institución de la ausencia en la legislación guatemalteca, puesto que dicha institución constituye la antesala a la muerte presunta.

4.3.2 Declaración de fallecimiento en el ámbito internacional

En el ámbito internacional también ha sido motivo de preocupación el problema de los “desaparecidos” y la necesidad de llegar a una declaración judicial de fallecimiento con efectos equiparables a los de la muerte, tanto en el ámbito patrimonial como de las relaciones de familia, problema que se había agudizado sobremanera con motivo de la Segunda Guerra mundial.

Convención internacional de Lake Succes (1950): “Esta fue firmada por 25 países en 1,950 y a través de ella la comunidad internacional procuraba en dicha Convención contemplar la situación de las personas desaparecidas durante los años 1939 a 1945 en circunstancias de guerra o de persecuciones raciales, políticas, ideológicas, cuando esas personas hubiesen tenido su última residencia en Europa, Asia o África, es decir en los continentes que fueron el principal teatro de las acciones bélicas. Se requería, también, que hubiesen transcurrido cinco años desde la última noticia del desaparecido”.

⁶¹ Villalobos Olvera. Rogelio. **Derecho civil mexicano**. pág. 235



Por sus características, la figura contemplada corresponde a la denominada Desaparición de Personas, del derecho francés, o a lo que en el derecho alemán se llama “Ausencia Calificada” y en el derecho argentino y el nuestro está prevista como “Hipótesis Extraordinarias” de ausencia con presunción de fallecimiento”.⁵³

4.3.3 Regulación y procedimiento para obtener la declaratoria judicial de muerte presunta

Para declarar la muerte presunta de una persona se requiere iniciar un proceso, de jurisdicción voluntaria judicial, el cual tendrá por finalidad declarar el fallecimiento del ausente, fijar el día presuntivo del fallecimiento y proyectar esta presunción en las diferentes relaciones jurídicas que lo afectaban.

La presunción de muerte debe declararse a petición de cualquier parte capaz civilmente interesada en ella, por el juez de primera instancia del último domicilio que el declarado ausente haya tenido en el país, justificándose previamente: que han transcurrido cinco años desde que se decreto la administración de los bienes del ausente por sus parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente.

Como podemos observar, Dentro de una sana hermenéutica, la ley fija dos puntos de partida para el cómputo de los cinco años: 1) Desde que se decretó la administración de los bienes del ausente, por sus parientes, y 2) Desde que se tuvieron de él últimas noticias.

⁵³ <http://www.acader.unc.edu.ar>



Para el caso del primer cómputo no hay ninguna dificultad. Para el segundo es menester que en la resolución judicial de declaración de ausencia se fije o se establezca la fecha de las últimas noticias, para que de esa fecha en adelante iniciar la cuenta de los cinco años. Puesto que podría darse el caso que durante el curso de la administración se recibieren noticias, debidamente comprobadas, del ausente. ¿Qué pasaría entonces? ¿Se interrumpiría el término de cinco años, comenzando a correr a partir del decreto de administración? La respuesta tiene que ser afirmativa, y si no se vuelve a saber del ausente, el término de cinco años se tendrá que contar necesariamente desde la fecha de las últimas noticias recibidas, legalmente comprobadas.

4.3.4 Muerte presunta extraordinaria

Con carácter extraordinario la ley ofrece, taxativamente, tres casos que dan lugar a la declaración de muerte presunta. Efectivamente, el Artículo. 64 del Código Civil establece “Podrá asimismo declararse la muerte presunta” De la persona que desapareciere durante una guerra en que haya tomado parte o se hubiere encontrado en la zona de operaciones, cuando haya transcurrido un año de terminada la guerra sin que se tenga noticia de ella. De la persona que se hubiere encontrado a bordo de un buque náufrago, o al verificarse un accidente de aviación, cuando haya transcurrido un año de su desaparición, y de la persona cuyo cadáver no haya sido encontrado y hubiere desaparecido por causa de explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación y otro siniestro”.

Como lógicamente se colige la declaración de muerte presunta se hará por la autoridad judicial, y la correspondiente sentencia será inscrita en el Registro Civil de las personas del domicilio del presunto muerto. Artículos 418 Código Civil y 70 de la Ley del

Registro Nacional de las Personas. Ahora bien, ¿en qué término se podrá hacer tal declaración? Para los casos contenidos en los incisos a) y b) del Artículo 64 Código Civil después de transcurrido un año de terminada la guerra sin que se hayan tenido noticias de la persona desaparecida, o de la desaparición de la que se encontraba a bordo del buque naufrago o de la aeronave que sufrió el accidente (de aviación).



Respecto del caso contemplado en el inciso c) del Artículo 64 Código Civil la Ley no señala término para la indicada declaración de presunción de muerte.

Cabe hacer notar que este caso presenta dos matices: 1) Cuando consta la fecha del siniestro, y 2) Cuando no consta.

Cuando se tratare del primer aspecto (1) por analogía se habrá de aplicar el transcurso del plazo de un año, que se exige para los casos a) y b) del Artículo 64 del Código Civil: porque como reza el viejo aforismo "donde existe la misma razón, se aplica la misma disposición".

Cuando no consta la fecha del siniestro, en cualquier tiempo podrá promoverse la solicitud de tal declaración; y entonces habrá de tener aplicación el Artículo 65 del Código Civil que literalmente dice: "Cuando no constare la fecha del siniestro en que se presume fallecida alguna persona, el juez fijará el día y la hora que se reputen ser lo de la muerte, en vista de las circunstancias en que pueda haber ocurrido y de las pruebas que presente los interesados".

4.3.5 La presunción de muerte en el derecho canónico



Sólo lo trata un canon, el 1707 y al respecto preceptúa “Si no consta con certeza la muerte de un cónyuge, el otro cónyuge no puede considerarse libre del vínculo matrimonial mientras no se instruya un proceso que declare la muerte presunta”.⁵⁴

Es decir que de acuerdo con lo establecido en dicho canon, si se cuenta con un documento auténtico, eclesiástico o civil, el párroco ante quien se este solicitando la celebración de matrimonio, puede autorizar el matrimonio del cónyuge viudo.

4.3.6 La declaratoria de presunción de muerte

De acuerdo con el licenciado Manuel Albaladejo “Toda presunción la muerte debe ser refutada con la prueba de su falsedad, se debe de distinguir entre refutación y destrucción, ya que esta ultima puede resultar tan solo de la impugnación efectuada en los plazos legales. La destrucción de la presunción tiene eficacia a favor de todos y contra todos. Mientras que, en cambio la refutación vale únicamente respecto de las personas entre las cuales se comprobó el error de la declaración de muerte. La presunción puede ser refutada por el mismo desaparecido, en cuanto vuelva o de tener noticias suyas, y también por todo interesado, como por ejemplo: por una compañía de seguros, si puede comprobar que el desaparecido vive todavía o por quien pretenda para si la herencia y en el pleito contra otro pretendiente se proponga comprobar un momento distinto para la

muerte del que fijo la declaración de fallecimiento y sobre el cual su contrato se basa".⁵⁵



Continúa el citado tratadista señalando que “cuando el mismo desaparecido refuta su presunción de muerte puede hacer valer sus derechos; en particular, exigiendo a los que tomaron la posesión de su patrimonio la devolución del mismo (...)”.⁵⁶

En la legislación guatemalteca el presunto muerto al aparecer aún 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. El Código Civil guatemalteco regula plazos para solicitar a la nulidad de la declaratoria de presunción de muerte únicamente en cuanto al matrimonio del conyuge del muerto presunto estatuyendo en el Artículo 77 del Código Civil lo siguiente” Si el conyuge de la persona declarada muerta contrae nuevo matrimonio, este será valido aunque el ausente viva a no ser que los cónyuges o una de ellos conociera la circunstancia de estar vivo el ausente. En este caso, la acción de nulidad corresponde al ausente o al cónyuge que haya ignorado al casarse que aquél vivía. Esta acción prescribe a los seis meses contados, para el ausente, desde la fecha en que tuvo conocimiento del nuevo matrimonio y para el cónyuge desde que supo la supervivencia del ausente.

A este respecto nos referiremos brevemente a su regulación en el derecho comparado por ejemplo: En la legislación mexicana y suiza se establece que la muerte presunta no disuelve el matrimonio, pero es una causa de divorcio vincular.

⁵⁵ Albaladejo, Manuel. **Apuntes de derecho civil**, pág. 310

⁵⁶ **Ibid**, pág. 311



En la legislación Argentina establece que la aparición del presunto muerto causal de nulidad del nuevo matrimonio. La doctrina española también considera que el regreso del declarado fallecido es irrelevante para el derecho, en virtud de la seguridad que demanda estos actos judiciales y del principio de la estabilidad del estado familiar.

La declaración de fallecimiento sienta la presunción iuris tantum de la muerte de la persona a que se refiere, por lo que contra ella cabe prueba en contrario, prueba que es difícil de realizar, dado que el ausente es, la persona fallecida cuya muerte no se sabe como ni cuándo ocurrió. La mejor prueba sería la presentación del ausente, debidamente identificado.

La presunción de muerte constituye una prueba supletoria del hecho de la muerte, y crea un estado de derecho para la familia del presunto muerto, cuya eficacia tan sólo puede destruirse por la presentación del ausente o por prueba de su existencia.

El principal objeto de la declaración de la muerte presunta es definir la suerte de los bienes que constituían el patrimonio dejado por el desaparecido o que pudieran corresponderle en las sucesiones abiertas durante su ausencia. Desde este punto de vista, y tomando como referencia lo anotado por el doctor Gherzi Carlos Alberto,⁵⁷ en el caso del derecho guatemalteco se divide en tres períodos:

- a) El de mera ausencia, al fin del cual se expide la declaración de presunción de muerte
- b) El de la posesión provisoria o administración de los bienes del ausente
- c) El de la posesión definitiva de los bienes.

⁵⁷ Gherzi, Carlos Alberto. **Curso de derecho civil parte general**, pág. 217



4.3.6.1 Periodo de la mera ausencia

Duración de este período. El período de mera ausencia, al término del cual se declara la muerte presunta, comienza a partir de que se decreto la administración por los parientes o desde la fecha de las últimas noticias que se han tenido del ausente, y dura hasta el día en que se decreta la muerte presunta, declaratoria que podrá solicitarse en cualquier tiempo, y mientras tanto no se pronuncie cuidarán de los intereses del ausente sus apoderados que haya dejado para la administración, o sus representantes legales. En este primer período lo característico, es que predominan las posibilidades de vida y de regreso del desaparecido, las medidas adoptadas tienden exclusivamente a preservar sus derechos y su patrimonio garantizándole su integridad. Entre los derechos de los presuntos sucesores y el interés del ausente, prevalece el último.

Término del período de mera ausencia. El período de mera ausencia puede terminar por:

- 1- El reaparecimiento del ausente, y
- 2- El conocimiento positivo de la fecha de la muerte real del ausente

Al terminar el período de mera ausencia por los motivos citados estos dos últimos casos no sólo termina el período de la mera ausencia, sino todo el proceso de la muerte presunta, pues se desvirtúa la presunción en que se basaba, si el ausente reaparece, recobrará el la administración de sus bienes, y si se logra probar la fecha exacta de la muerte real corresponde aplicar las reglas de ésta y no las de la muerte presunta.



4.3.6.2 Período de la posesión provisoria o administración de los bienes del ausente

Duración del período. El período de la posesión provisoria de los bienes comienza con el decreto que nombra guardador definitivo de los bienes del ausente.

En este segundo período lo característico, es que no prevaleciendo la probabilidad del regreso, sino contando con la probabilidad de la muerte, la Ley concilia los derechos del ausente con los de las personas a quienes habrían pasado los bienes del ausente si hubiera realmente fallecido.

4.3.6.3 Período de la posesión definitiva de los bienes del ausente

El período de posesión definitiva se inicia con el decreto del juez en la que concede la posesión definitiva de los bienes del ausente.

En este último período de la muerte presunta es aquel en que las probabilidades de muerte del ausente prevalecen sobre las posibilidades de vida, de modo que puede conferirse a los presuntos herederos pleno derecho de goce y disposición sobre los bienes del ausente como si en realidad hubiera muerto.

De acuerdo con lo señalado con el doctor Gherzi Carlos Alberto el decreto de posesión definitiva de los bienes del ausente puede dejar de producir efectos por las siguientes causas:

1. A favor del desaparecido si aparece, pudiendo hacerlo en cualquier tiempo Artículo 75



Código Civil.

2. A favor de sus herederos ab intestato habidos durante la ausencia desaparecimiento
(...) Artículo 66 del Código Civil.
3. A favor de quien el desaparecido hubiere traspasado sus bienes por acto entre vivos
o por testamento, (...) Artículo 69 Código Civil.

4.3.7 La sentencia de presunción de muerte

En la sentencia el juez fijara como día y hora presuntivo de la muerte, el que en vista de las circunstancias en que pueda haber ocurrido y las pruebas que presenten los interesados, así mismo preceptúa nuestra legislación que a falta de datos acerca de la hora de fallecimiento, se fijara como tal, la ultima hora del día presuntivo de la muerte. Esta resolución de conformidad con el Artículo 418 del Código Civil y 70 de la Ley del Registro Nacional de las Personas será inscrita en el Registro Civil de las personas del domicilio del presunto muerto.

Cuando hubiere noticia cierta de los hechos a que se refiere el Artículo 64,-muerte extraordinaria- será inscrita la defunción en el registro de la vecindad de las víctimas. Para los casos de los incisos b) y c) del artículo 64, la autoridad del puerto o aeropuerto nacional, de donde hubiere zarpado la nave, y el cónsul de la República en el puerto o aeropuerto de su destino, darán aviso del siniestro a sus superiores jerárquicos, para que sean inscritas las defunciones ocurridas.” Artículo 419 Código Civil.

4.3.8 Efectos de la declaración de muerte presunta



Es difícil poder enumerar todas y cada una de las situaciones jurídicas modificables por efecto de la muerte, pero bastaría decir que la declaración de muerte presunta produce efectos jurídicos en el ámbito patrimonial, familiar y social.

4.3.8.1 Efectos patrimoniales

El inmediato y más importante efecto de tipo patrimonial es conceder vía libre a los herederos testamentarios o legales del muerto presunto, para pedir la posesión definitiva de los bienes.

Como consecuencia o derivación implícita de la posesión efectiva los herederos podrán enajenar o gravar los bienes a cualquier título.

Los poseedores de los bienes deberán prestar las pensiones alimenticias a quienes tengan derecho a ello, en los términos que la ley establece. Artículo 73 Código Civil.

Los poseedores de los bienes (herederos o legatarios) están impedidos legalmente de adquirirlos por prescripción. Artículo 76 Código Civil.

Así mismo considero que con la declaratoria de muerte presunta también culmina el usufructo constituido a favor del declarado muerto presunto, puesto que de conformidad con la legislación vigente este se extingue por la muerte de usufructuario.

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 Artículo 71 Código Civil.



4.3.8.2 Efectos familiares

En el campo familiar al tenor de lo preceptuado en el Código Civil –Artículo 77- La declaración de muerte presunta produce como efecto inmediato la disolución del matrimonio y autoriza al cónyuge de la persona declarada muerta para contraer nuevo matrimonio, por supuesto supeditado a las eventualidades que señala el Artículo citado. Es decir, que en caso que el conyugue contrajera nuevo matrimonio éste será válido aunque el ausente viva, a no ser que los cónyuges o uno de ellos conociera la circunstancia de estar vivo el ausente. En este caso, la acción de nulidad corresponde al ausente o al cónyuge que haya ignorado, al casarse, que aquél vivía. Esta acción prescribe a los seis meses contados para el ausente, desde la fecha en que tuvo conocimiento del nuevo matrimonio y para el cónyuge, desde que supo la supervivencia del ausente.

Es lógico que la muerte presunta repercuta en el derecho de patria potestad sobre los hijos sujetos a ella quedando el cónyuge sobreviviente como único titular de ese derecho. Al regreso del ausente que se presumía muerto, ipso ipso recupera éste sus derechos de patria potestad.

Asimismo la declaración de muerte presunta surte efectos en relación a la tutela que el presunto ausente se encontrare ejerciendo pues esta termina al estar firme la sentencia

que pronuncia la declaración de muerte presunta sin que sea necesario un acto especial de disolución.



De igual manera tal y como se esgrime en párrafos precedentes de acuerdo en el derecho canónico el conyugue viudo al obtener la declaratoria de muerte presunta de su conyugue podrá contraer nuevas nupcias por la iglesia católica.

4.3.8.3 Efectos sociales

En cuanto a los efectos sociales, la declaración de muerte presunta determinará la modificación o terminación de las asociaciones etc., de que sea miembro o socio el muerto presunto, según se prevea en la escritura social, estatutos o documento creador.



CAPÍTULO V



5. La necesidad de regular un procedimiento que restituya la personalidad a las personas declaradas en condición de muerte presunta

5.1 Generalidades

Tal como se esgrime en los capítulos precedentes la vida es consubstancial con la personalidad jurídica, por que en relación con ella pueden cambiar profundamente diversas relaciones jurídicas inherentes a cosas y personas, con la generación y extinción de obligaciones, el traspaso de la propiedad, el cambio de estado civil, etc. pues se entiende por esta a la aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Es pues la condición que el Derecho exige y confiere para poder tomar parte del mundo jurídico; es una investidura que actúa de *conditio sine qua non* (condición sin la cual no es posible. Condición indispensable o esencial) para proyectar y recibir los efectos jurídicos.

A lo largo del presente estudio se pudo determinar que existen diversas teorías para determinar a partir de cuando el ser humano goza de esta investidura que el derecho le otorga, en el ordenamiento jurídico guatemalteco de conformidad con lo estipulado en el Artículo 1º. Del Código Civil se considera que la teoría adoptada por el Código Civil guatemalteco es la ecléctica, la cual engloba todas las teorías sobre el inicio de la personalidad, excepto la teoría de la concepción en su forma nítida, teoría que ha sido criticada porque científicamente resulta muy difícil y quizás imposible comprobar el día en que la mujer ha concebido, hecho que de conformidad con dicha teoría marcaría el inicio de la personalidad.

Cabe resaltar que actualmente todas las legislaciones han adoptado el principio de reconocer personalidad a todo ser humano, sin subordinar ésta a ninguna condición.



Ahora bien esta investidura jurídica genera una serie de derechos denominados derechos de la personalidad llamados también derechos sobre la propia persona, individuales o individualísimos constituyendo estos un tipo singular de facultades reconocidas para personas físicas para el aprovechamiento legal de diversos bienes derivados de su propia naturaleza somática, de sus cualidades espirituales y en general de las proyecciones integrantes de su categoría humana.⁵⁸ Constituyendo estos una nueva especie de derechos privados que hacen posible la tutela de la persona frente a sus iguales, tutela que es reservada al derecho civil, en tanto que, como rama del derecho privado, regula las relaciones jurídicas de sujetos considerados en un plano de coordinación.

Según Ernesto Gutiérrez y González citado por Rogelio Villalobos Olvera: "Son bienes constituidos por determinadas proyecciones físicas o psíquicas del ser humano, individualizadas por el ordenamiento jurídico, cuyo objeto es la propia persona. Otros autores sostienen que el objeto del derecho serían las otras personas. Los que afirman que el objeto de los derechos no se encuentra en la persona del titular ni en los sujetos obligados sino en algunos atributos o manifestaciones del hombre que son objetivados y elevados a la categoría de bienes y por tanto ser susceptibles de ser materia de sus derechos subjetivos.

58 Ob. Cit; pág. 57



Una variante de lo anterior que considera que el objeto se encuentra en los constituidos por determinados atributos o cualidades físicas o morales del individualizados por el ordenamiento físico”.⁶⁸ El principal problema que plantean los autores en este punto, es el de si los derechos de la personalidad constituyen verdaderos derechos subjetivos. La doctrina se divide aquí en dos vertientes: la positiva y la negativa, la primera formula “La personalidad no puede ser objeto de derechos, porque ella, al contrario, es el sujeto de todo derecho; esto no varía porque se diferencia de la personalidad sus diversos elementos (vida, integridad, honor, etc.) pues se trata siempre, en definitiva, de la personalidad misma, una e indivisible”.⁶⁹ La segunda propone que, si el derecho subjetivo implica un poder conferido por el ordenamiento jurídico a un sujeto para exigir de otro u otros una prestación o una abstención, los derechos de la personalidad son derechos subjetivos al ser individualizados e instituidos por el derecho objetivo como un conjunto de poderes otorgados a su titular para exigir de los demás una conducta determinada.

La personalidad no puede ser objeto de derechos, pero, ciertos atributos pueden separarse por obra de la técnica jurídica- de la personalidad y ser elevados a la categoría de bienes por el ordenamiento jurídico, transformándose así en objetos de derechos. Los atributos de la personalidad están constituidos por el conjunto de facultades, características y situaciones que permitan viabilizar su quehacer dentro del mundo de lo jurídico.

Así, tenemos que los atributos que debe reunir la persona individual para ser considerada como tal son: **capacidad** (como atributo de aptitud de actuación jurídica),

⁶⁸ **Ibid.** pág. 57

⁶⁹ www.monografias.com/trabajos17/personas-juridicas/personas-juridicas.shtml



estado civil (como atributo de calificación); **nombre** (como el atributo de individualización que permita distinguirla); **domicilio** (como atributo de radicación que permita situarla); **patrimonio** (como un conjunto de medios materiales y de cosas de que poder servirse para satisfacer sus necesidades).

Habiendo establecido cuando inicia la personalidad y los derechos que esta genera de conformidad con las corrientes doctrinarias existentes es importante determinar cuando ésta finaliza. En el mundo de lo jurídico, la personalidad tiene fin, ese puede deberse a muerte física o cierta y muerte presunta.

5.2 Análisis del proceso de declaración de muerte presunta

5.2.1 Declaración de ausencia

Tal y como se anota en los capítulos precedente caracteriza a la ausencia la incertidumbre que se expresa en distintos grados o etapas, conforme avanza el tiempo del abandono de domicilio. Pues cuando se inicia el procedimiento y en el transcurso del primer periodo se llama **presunción de ausencia**, es decir que en este período es más fuerte la presunción de que la persona vive. Así en la segunda fase, que es la declaración de ausencia, las presunciones de vida y muerte se equilibran y es en la tercera etapa, que la incertidumbre sobre el fallecimiento del ausente se ha transformado en una certeza a través de la declaratoria de ausencia.

En la mayoría de las legislaciones la ausencia tiene por objeto proteger los intereses del ausente y de los terceros que con él hayan tenido relaciones jurídicas, de las cuales

aún queden pendientes por ejercitarse o cumplirse derechos y obligaciones. Pero, he aquí un problema, la persona interesada en los bienes del desaparecido puede ser mala fe. ¿Cómo se puede probar, o qué puede hacer pensar que esta persona está actuando sólo por caridad y no lo hace con la doble intención de apropiarse de los bienes?, Al querer percibir los frutos de ciertos bienes, pues siempre habrá gente que desee apropiarse de lo que no es suyo, pero finalmente es decisión del Juez determinar que personas están en la capacidad de hacerse cargo de los bienes del ausente o desaparecido. Asimismo surge la interrogante ¿Qué es lo más importante acerca de este tema? No sería acaso la aparición de la persona ausente, su búsqueda e investigación acerca de las posibles cosas que pudieron haber ocurrido, o las circunstancias bajo las que desapareció.



Las diferentes legislaciones consultadas –argentina, peruana, italiana- no especifican este tema en concreto y más bien toman en cuenta la repartición de los bienes, sin saber si el desaparecido está muerto o no, a dicha postura no escapa el Código civil guatemalteco pues únicamente se concreta a preceptuar las medidas necesarias para proteger los intereses del ausente y de los terceros que con él hayan tenido relaciones jurídicas, a pesar de que nuestro país dice ser respetuoso de los derechos humanos y vigilante porque estos le sean respetados a todos los guatemaltecos y extranjeros que se encuentren dentro de sus fronteras, cabe resaltar que esta institución confrontada con la realidad social de la época en que fue promulgado el Código Civil vigente es completamente diferente a la reinante.

En este sentido, al momento de promulgación del referido Código, era escasamente imaginable el recién finalizado conflicto armado, así como poco comprensible los

conceptos de derechos humanos, Derecho de igualdad de géneros y derechos de niños personalidad, de igual forma impensable, el aumento de los casos de robo de niños secuestro, desastres naturales, emigración de personas hacia otros países y la carencia de valores de la cual es acusada la sociedad actual, promoviendo todo ello el planteamiento de la institución que me ocupa con mayor frecuencia ya sea para exigir el cumplimiento de obligaciones pendientes o bien para ejercer derechos que pudieran corresponder a las personas ausentes, problemática que es factible solucionar en las diferentes etapas de la ausencia, de conformidad con lo preceptuado en el Código Civil, Código Procesal Civil y Mercantil y la Ley Reguladora del Trámite de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria Notarial.



En virtud de lo anterior con modestia me permito señalar lo siguiente: el Código Civil al regular la ausencia omite pronunciarse respecto al plazo que debe haber transcurrido desde que la persona que ha tenido su domicilio en la República se encuentra fuera sin dejar mandatario con facultades suficientes para que lo represente o bien que plazo debe haber transcurrido desde que ocurrió el desaparecimiento, lo cual considero debe regularse en virtud de que es el inicio de la primera etapa de la ausencia en la cual es más fuerte la presunción de que la persona vive, bien porque se desconoce su paradero durante cierto tiempo o porque desapareció en una circunstancia no considerada de peligro para la vida, sin haberse vuelto a saber más de ella.

En la legislación comparada el Código Civil peruano, regula esta situación estableciendo, "Para declarar la ausencia de la persona tienen que transcurrir dos años, desde que se tuvo las últimas noticias del desaparecido, así como también nombrar a un representante en el tiempo que transcurra la ausencia de la persona, y el cese de éste cuando se tenga noticias del desaparecido o simplemente haya regresado".



El Código Civil guatemalteco señala cuando termina el cargo de guardador de los bienes del ausente empero prescinde señalar las causas por las cuales puede solicitar la remoción del guardador; de igual forma respecto a la publicación de los edictos el Código Procesal Civil y Mercantil establece que dicha publicación debe hacerse por tres veces durante un mes en el Diario oficial y en otro de mayor circulación, para la citación al presunto ausente y la convocatoria a los que se consideren con derecho a representarlo, este edicto, publicado en ambos diarios no cumple su cometido pues la mayor parte de la población, sobre todo en el interior, no tiene acceso a dichos medios de comunicación, quedando únicamente en manos de la Procuraduría general de la Nación la defensa del ausente y de sus bienes, pues el ordenamiento procesal guatemalteco establece que “Recibida la información y pasado el término de las publicaciones, el juez con intervención de la Procuraduría General de la Nación y del defensor judicial, declarará la ausencia” iniciando de esta manera la segunda etapa de la ausencia.

El Código Civil guatemalteco no precisa qué se entiende por muerte presunta únicamente regula los presupuestos para solicitar la declaratoria de muerte presunta. Al respecto el tratadista Manuel Ossorio define como muerte presunta “La que se declara tras prolongada ausencia y sin noticias de la persona de que se trate. Sus efectos principales son la apertura de su sucesión y en ciertos casos y legislaciones, las posibles nuevas nupcias del conyugue presente”.⁶⁰

De conformidad con el Código Civil la presunción de muerte debe declararse a petición de cualquier parte capaz civilmente interesada en ella, por el Juez de Primera Instancia del último domicilio que el declarado ausente haya tenido en el país,

⁶⁰ **Ibid**, pág. 470

justificándose previamente: que han transcurrido cinco años desde que se decretó la administración de los bienes del ausente por sus parientes o desde que se tuvo noticia del ausente.



Como podemos observar, la ley fija dos puntos de partida para el cómputo de los cinco años: 1) Desde que se decretó la administración de los bienes del ausente, por sus parientes, y 2) Desde que se tuvieron de él últimas noticias. Considero que para el caso del primer cómputo no existe dificultad, empero para el segundo, es necesario que en la resolución judicial de declaración de ausencia se fije o se establezca la fecha de las últimas noticias, para que de esa fecha en adelante se inicie la cuenta de los cinco años. Puesto que podría darse el caso que durante el curso de la administración de los bienes se recibieren noticias, debidamente comprobadas, del ausente. ¿Qué pasaría entonces? ¿Se interrumpiría el término de cinco años, comenzando a correr a partir del decreto de administración? La respuesta tiene que ser afirmativa, y si no se vuelve a saber del ausente, el término de cinco años se tendrá que contar necesariamente desde la fecha de las últimas noticias recibidas, legalmente comprobadas.

La legislación civil establece también ciertas circunstancias que representan peligro para la vida por lo que con carácter extraordinario ofrece, taxativamente, tres casos que dan lugar a la declaración de muerte presunta, los cuales no necesitan encuadrarse en ninguno de los presupuestos establecidos en el Artículo sesenta y tres, estos son: "... a) De la persona que desapareciere durante una guerra en que haya tomado parte o se hubiere encontrado en la zona de operaciones, cuando haya transcurrido un año de terminada la guerra sin que se tenga noticia de ella. b) De la persona que se hubiere encontrado a bordo de un buque naufrago, o al verificarse un accidente de aviación, cuando haya

transcurrido un año de su desaparición, y c) De la persona cuyo cadáver no haya sido encontrado y hubiere desaparecido por causa de explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación y otro siniestro”. Artículo sesenta y cuatro.



Análogamente esta excepción en la legislación comparada ” –Chile, España-, existe un fuerte movimiento por reducir los plazos estatuidos para declarar la muerte presunta cuando el ausente o desaparecido se hubiere encontrado en una situación que representara peligro para la vida”⁶¹, pues en el momento de promulgación de los referidos Códigos, era impensable el tráfico marítimo y aéreo actual, eran desconocidos dispositivos tecnológicos, tales como el sonar, navegadores satelitales, dispositivos de radar, etc., que actualmente gobiernan la navegación de las naves y aeronaves, lo que traía como consecuencia incertidumbre respecto a ubicación, dirección, estado y condiciones de las mismas. De ahí, la necesidad de establecer largos plazos otorgar la legitimación activa para solicitar la declaración de muerte presunta en casos de episodios bélicos, catástrofes, accidentes, sismos o naufragios, que, actualmente, la gran movilidad de las personas, la existencia de nuevas tecnologías, y la prontitud del acceso a la información, en casos como los recién citados, traen como consecuencia que los plazos que regula actualmente el Código Civil, en el Artículo 64, respecto de las circunstancias extraordinarias de desaparecimiento de personas, no se ajustan a los criterios conforme a los cuales es posible determinar, actualmente, el acaecimiento de acontecimientos extraordinarios que motiven la desaparición de personas.

En relación a la declaratoria de ausencia o de muerte presunta el ordenamiento Procesal Civil y Mercantil guatemalteco únicamente preceptúa: ”Recibida la información y

⁶¹ [http://tramite facil.gov.c.1481.propertyvalue.html](http://tramite.facil.gov.c.1481.propertyvalue.html)



pasado el término de las publicaciones, el juez con intervención de la Procuraduría de la Nación y del defensor judicial declarará la ausencia si procediere y. "De acuerdo con lo prescrito en el Artículo citado el decreto que declara la muerte presunta, esta desprovisto de publicidad alguna pues al tenor de la norma aludida este únicamente será de notificado a la partes interesadas y a la Procuraduría General de la Nación, privando así a cualquier persona interesada de la posibilidad de imponerse de su contenido y por ende de pronunciarse del mismo. En la legislación chilena esta laguna ha sido suplida en el artículo 81 inciso 5º. del Código Civil, el cual preceptúa que las sentencias definitivas o interlocutorias que dan lugar a la declaración provisoria o definitiva de los bienes del ausente deben ser publicadas en el Diario Oficial.

5.3 Opinión de profesionales del derecho en relación al trámite para restituir los derechos de la persona declarada muerta presunta

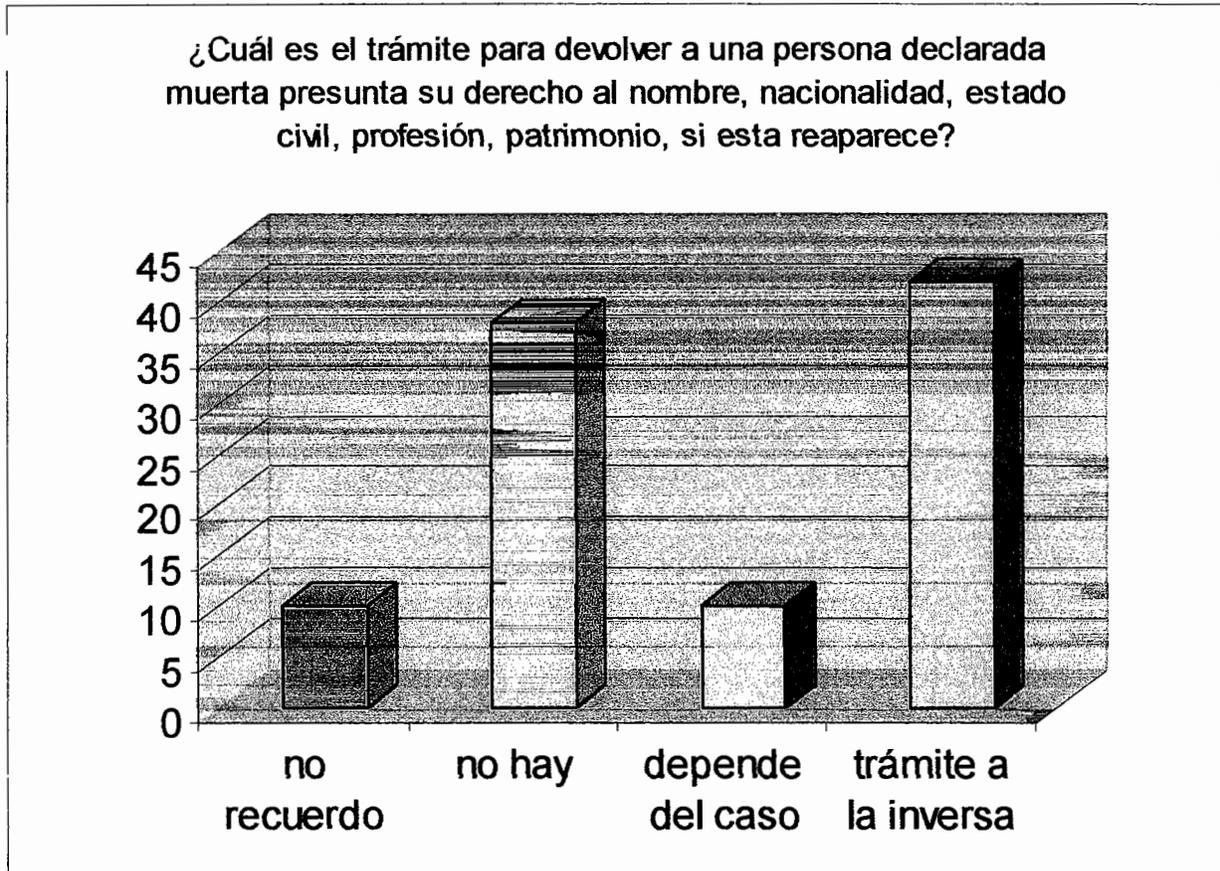
De acuerdo a la bibliografía consultada se estableció que la declaratoria de presunción de muerte en la legislación guatemalteca tiene los mismos efectos de la muerte natural, es decir que, al ser presentada al Registro correspondiente –Civil o de la propiedad- la sentencia que declara la muerta presunta de una persona y está es anotada en su partida de nacimiento, este hecho pone fin a la personalidad del presunto muerto; por lo cual este sujeto ya no tendrá derechos de ninguna clase así como obligaciones.

Al respecto se entrevisto a 20 profesionales del derecho, entre ellos abogados litigantes y notarios, a quienes se les pregunto ¿Cuál es el tramite para devolver a una persona declarada muerta presunta su derecho al nombre, nacionalidad, estado civil, profesión, patrimonio, si esta reaparece? Las respuestas obtenidas fueron variadas por



ejemplo, “no recuerdo el tramite, en este momento”, “Habría que analizar el caso concreto”, “generalmente no suele suceder que alguien reaparezca, después de muchos años”, “actualmente debido a la tecnología es casi imposible que se de ese supuesto”, “no es común que alguien reaparezca después de 10 años”, “no he tenido la oportunidad de que se me presente dicho caso”, “resolvería dicho caso a través de un tramite a la inversa de cómo se llevo acabo la declaratoria de muerte presunta”, no existe en el Código Procesal Civil y Mercantil dicho procedimiento.

Esta información se puede observar en la siguiente gráfica.



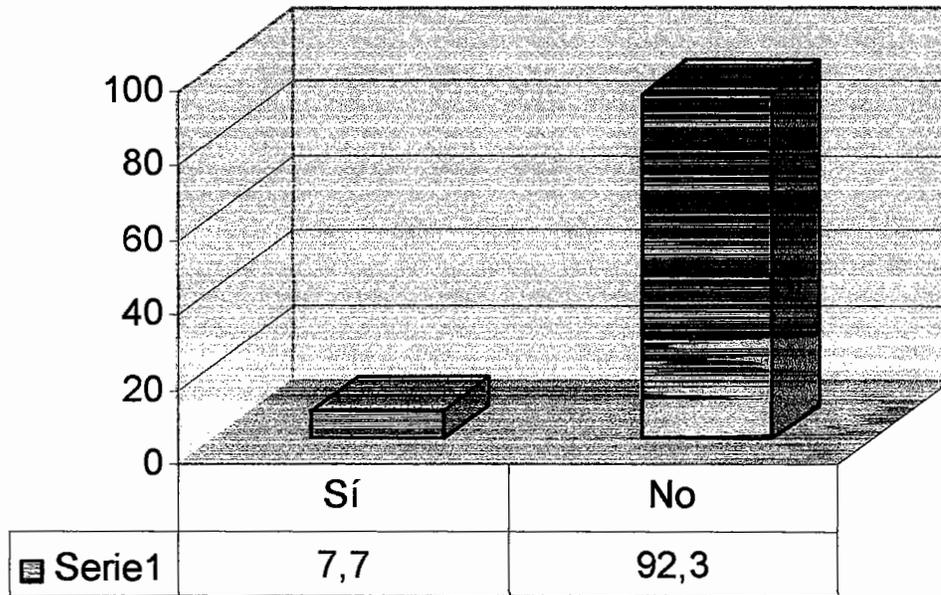


5.4 Generalidades sobre el conocimiento de la población de San Martín

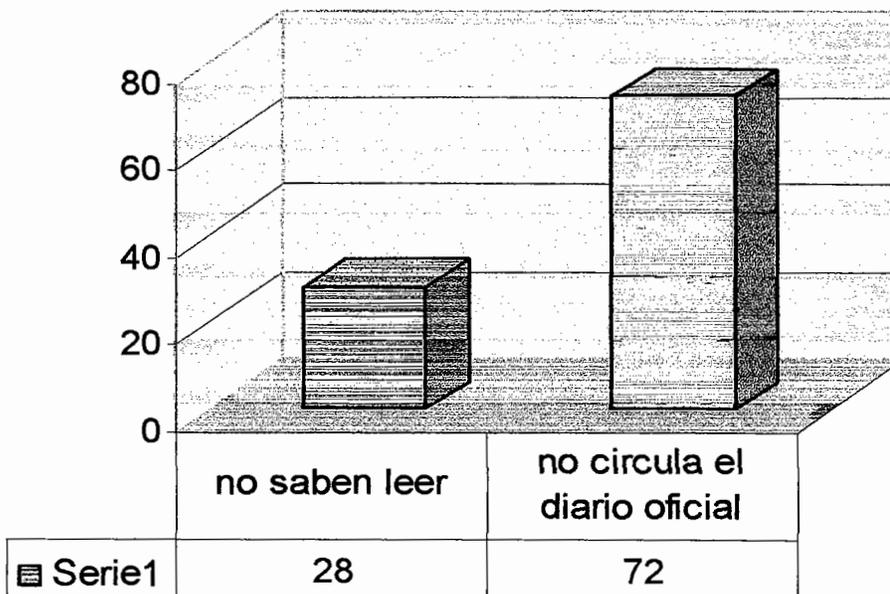
Jilotepeque, departamento de Chimaltenango respecto a la declaratoria de ausencia y muerte presunta

A efecto de establecer el conocimiento de la población respecto a las diligencias notariales y judiciales de la declaratoria de ausencia y muerte presunta se elaboro una encuesta la cual fue levantada a 40 personas del municipio de San Martín Jilotepeque departamento de Chimaltenango, a quienes se les pregunto; ¿Sabe leer?, ¿Sabe en que consiste la declaratoria de ausencia y muerte presunta y sus efectos?, ¿A qué le atribuye su desconocimiento? A la segunda pregunta el 92.3 % de ellos respondieron, **No**, empero al respecto la Ley del Organismo Judicial establece que; ante la ley no puede alegarse ignorancia desuso ni practica en contrario, empero en el grupo que constituye la unidad de análisis del presente trabajo se observo que el mayor porcentaje de personas no conoce estas diligencias, ni sus efectos y esto se debe según su opinión a que en su comunidad muy pocas personas saben leer, carecen de recursos económicos, nadie les instruye respecto a sus derechos, no llega el periódico en donde se publican las leyes, no hay información a través de ningún medio de comunicación respecto a las leyes emitidas y existe un enorme desinterés en conocer el ordenamiento guatemalteco, lo anterior se ilustra con las siguientes gráficas:

¿Sabe en que consiste la declaratoria de ausencia y muerte presunta y sus efectos?



¿A qué le atribuye su desconocimiento?



5.5 La necesidad de regular un procedimiento específico para la restitución de la personalidad del que fue declarado muerto presunto



Como se ha dejado sentado en el presente trabajo, la declaratoria de muerte presunta, reviste vital importancia en el mundo jurídico por los efectos que produce los cuales son difíciles de enumerar en su totalidad, empero uno de sus efectos principales es que dicha declaración pone fin a la personalidad del sujeto en contra de quien se solicita, pues a partir de que dicha sentencia es anotada en el Registro Civil de las Personas la persona carecerá de personalidad, para actuar en el mundo jurídico. En cuanto a los intereses del ausente y de los terceros que con él hayan tenido relaciones jurídicas la actual legislación regula las medidas pertinentes, empero qué sucede con los llamados derechos de la personalidad que también se denominan derechos sobre la propia persona, dentro de los cuales encontramos los derechos al honor, al título profesional, al secreto con sus modalidades de epistolar, telegráfico, telefónico, testamentario y profesional, al nombre, al seudónimo, a la capacidad, a la nacionalidad, a sí como a las creencias religiosas, la potestad paternal, a la disposición total o parcial de elementos y accesorios de nuestro ser orgánico integrado objetivamente, ya sea durante la vida y después de la muerte. En cuanto a estos últimos el ordenamiento jurídico guatemalteco carece de procedimiento que posibilite a la persona declarada muerta presunta restituir su personalidad a efecto de gozar de todos los derechos que como tal le pertenecen y que le han sido reconocidos constitucionalmente.

5.6 Propuesta de solución al problema



Lo ideal sería que fuera incluida en una reforma por adición al Artículo 105 del Código Civil, seguido de “recobrará”, la frase “su personalidad y”, puesto que de esta manera el ausente y presunto muerto que reaparece recobraría no solo sus bienes sino también la investidura jurídica que le permite ejercer todos sus derechos y obligaciones, permitiéndole solicitar de manera personal e inmediata ante el órgano jurisdiccional correspondiente la cesación del decreto que declaró su presunción de muerte y consecuentemente la cancelación de la anotaciones que con motivo de tal declaración se hubieren realizado en los registros correspondientes. Pero tal cuestión prácticamente es un imposible pues ni el Congreso de la República de Guatemala como ente legislador, ni la propia Corte Suprema de Justicia que cuenta con la facultad, e iniciativa legal, llevarían a cabo la reforma propuesta, por considerarla poco probable y la inquietud surgida puede ser dirimida en cualquier otra forma que no implique la reforma al Código Civil.

5.6.1 Unificación de criterios judiciales para la tramitación de la restitución de la personalidad y todos los derechos que ella conlleva dentro de un proceso de jurisdicción voluntaria

Al igual que en el caso de la reforma propuesta al Código Civil en el párrafo precedente, resulta difícil que el Congreso de la República de Guatemala ponga su atención en introducir alguna reforma al Código Procesal Civil y Mercantil, para incluir dentro del libro cuarto del mismo un procedimiento de jurisdicción voluntaria judicial para restituir la personalidad a una persona declarada muerta presunta, pues dicha reforma no tendría la fortuna de provocar el interés en la misma o bien por estimar que tal reforma no

es necesaria toda vez que en lo referente al patrimonio, derechos de tercero y obligaciones del declarado muerto presunto ya se encuentran legisladas.



En virtud de lo anteriormente expuesto considero que para darle solución al inconveniente que se suscita, cuando una persona que ha sido declarada muerta presume reaparece, la propuesta más factible puede ser que la Corte Suprema de Justicia toda vez que cuenta con la facultad, y los medios que se requieren para unificar el criterio de los diferentes órganos jurisdiccionales, en el uso de sus facultades convoque a los jueces y magistrados inmersos en dicho trámite, con el fin de unificar el trámite de la restitución de la personalidad y todos los actos que ella conlleva dentro de un proceso de jurisdicción voluntaria similar al regulado para obtener la declaratoria de muerte presumta, toda vez que un trámite de tanta importancia como lo es darle vida jurídicamente hablando a una persona cuya existencia física es una realidad, no puede quedar a la deriva ya que fue el Estado al momento del nacimiento el que le doto de personalidad a esa persona y fue el mismo Estado a través de la declaratoria de muerte el que puso fin a la personalidad otorgada. Pues, como lo señala el licenciado Mario Gordillo el Organismo Judicial “Es uno de los órganos que comparte el poder del Estado: (...)”⁶², y es el encargado de conformidad con nuestra constitución de juzgar y ejecutar lo juzgado y en el presente caso el indicado para unificar el procedimiento que tendrá como objetivo darle vida jurídicamente hablando a una persona, que no es sujeto de derechos ni de obligaciones al momento de reaparecer y que de dicha declaratoria dependerá su existencia legal en el país.

⁶² Gordillo, Mario. **Derecho Procesal civil Guatemalteco**, pág. 55

CONCLUSIONES



1. La complejidad de efectos jurídicos que la declaratoria de muerte presunta provoca, es equiparable con los provocados por muerte natural, constituyendo esta declaración un modo extintivo presuntivo de la personalidad.
2. Actualmente no existe un procedimiento específico para restituir la personalidad jurídica en la muerte presunta y así poder restituir los derechos y obligaciones de las personas declaradas bajo esta condición.
3. La definición legal de muerte presunta, no satisface las exigencias de la vida moderna, pues los presupuestos que la reglamentan reflejan condiciones de la vida social manifiestamente superados.
4. De conformidad con el Código Civil y entrevista practicada a profesionales del Derecho, se puede afirmar que no existe unificación de criterio de cual sería el procedimiento a seguir en caso se presentará la necesidad de restituir a una persona declarada en condición de muerte presunta su derecho a la personalidad.



5. Los órganos jurisdiccionales no cuentan con un procedimiento idóneo y uniforme para solventar conflictos referente a la restitución de los derechos y obligaciones de las personas declaradas en condición de muerte presunta.

RECOMENDACIONES



1. El Congreso debe reformar el procedimiento especial para restituir la personalidad de un individuo declarado en condición de muerte presunta si este reaparece.
2. La Procuraduría General de la Nación, debe realizar un estudio en relación a los derechos, deberes y relaciones extrapatrimoniales, que se extinguen con la declaratoria de ausencia y muerte presunta y consecuentemente la necesidad de su restitución a efecto de determinar un procedimiento que lo haga viable en condiciones de tiempo, modo y forma.
3. Mientras no exista una normativa específica respecto al procedimiento a seguir para que una persona recupere su personalidad cuando ésta se haya extinguido por declaración de ausencia, para establecerla condición de muerte presunta, debe unificarse el criterio de los diferentes órganos jurisdiccionales, para determinar un mecanismo que permita al muerto presunto recobrar esta investidura jurídica.
4. El Organismo Legislativo debe reformar las condiciones en las cuales fue legislada la institución que nos ocupa a efecto de garantizar la normativa para que cumpla con los objetivos para los que fue creada.





BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel, **Derecho de las personas, la ausencia**. 2ª.ed. Barcelona, España 1994.
- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo Gracias González, José Antonio. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca**. Guatemala, 3ª. ed. Ed. Estudiantil Fénix, 2007.
- BRAÑAS, Alfonso, **Manual de derecho civil 1ª. 2ª. y 3ª. Parte**, Guatemala, Ed. Estudiantil Fénix, 1998.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Heliasta, S.R.L. viamonte, 1998.
- GHERSI, Carlos Alberto, **Derecho civil parte general**. Buenos Aires, Argentina. 1º ed. Astrea De Alfredo y Ricardo De Palma, 1993.
- GIUNI, Alberto, **Medicina legal**. Bogotá, Ed. Temis, 1986.
- LOPEZ POZUELOS DE LOPEZ, Blanca Elvira. **El derecho de las personas** Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: Ed. Rosales. 1970.
- MUÑOZ, Nery Roberto, **jurisdicción voluntaria notarial**. Guatemala: 3ª. ed. Ed. Llerena, S.A. 1996.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1987.
- PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón. **Fin de la personalidad**.
- PUIG PEÑA, Federico, **Compendio de derecho civil español**. Madrid Tomo 1, ed. Pirámide, S.A. 1976.
- ROMERO CARRILLO, Roberto, **Nociones de derecho hereditario**. Buenos Aires, Argentina. 2ª. ed. Ed. 1998.



SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, **Curso de derecho civil (Derecho Sucesorio)**. Santiago de Chile. 1ª, ed. Ed. Nacimiento S.A. 1961.

VILLALOBOS OLVERA, Rogelio, **Derecho civil. México**. 1ª. ed. Ed. Porrúa.

www.Ausencia y Derechos – de la personalidad –html

www.monografia.com/trabajo17/fin-personalidad-juridica

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente 1986.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107. Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

Código Civil, Decreto Ley 106, Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1963

Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89. Congreso de la República, 1989

Código de Notariado. Congreso de la República, 1946.

Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Congreso de la República, 1977.

Código Civil de Perú. Ed. Mercurio S. A. Lima, Perú, 1984.

Código Procesal Civil de Perú. Texto Único. Ed. Mercurio S.A. Lima, Perú, 1993.

Código Civil de Venezuela. Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela de 6 de julio de 1982.

Código Civil de España. Quinta ed. Anotada y concordada. Valencia, 2001.

Código Procedimiento Civil Venezuela. Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela de 14 de agosto del 2001.