

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

**PROCEDIMIENTO PARA RECOBRAR LOS BIENES CUANDO EL MUERTO
PRESUNTO APARECE O SE PRUEBA SU EXISTENCIA**

MARÍA ROSELIA GALLARDO HERNÁNDEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2010

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

**PROCEDIMIENTO PARA RECOBRAR LOS BIENES CUANDO EL MUERTO
PRESUNTO APARECE O SE PRUEBA SU EXISTENCIA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARÍA ROSELIA GALLARDO HERNÁNDEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2010

**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. Luis Fernando López Díaz |
| VOCAL IV: | Br. Mario Estuardo León Alegría |
| VOCAL V: | Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada |
| SECRETARIO: | Lic. Avidán Ortiz Orellana |

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

| | |
|-------------|--|
| Presidenta: | Licda. Mara Yesenia López Cámbrano |
| Secretaria: | Licda. María del Carmen Mansilla Girón |
| Vocal: | Licda. Patricia López Maldonado |

Segunda Fase:

| | |
|-------------|--|
| Presidenta: | Licda. Irma Leticia Mejicanos Jol |
| Secretaria: | Licda. María del Carmen Mansilla Girón |
| Vocal: | Licda. Rosa Herlinda Acevedo Nolasco |

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. MIRIAM ALICIA SANTELIZ
ABOGADA Y NOTARIA

Colegiado: 5957

Ave. Elena "C" 15-65, Zona 1, Guatemala, Ciudad.

Teléfonos: 22515482, 58991000

Guatemala, 21 de enero de 2010.

Licenciado:

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Tengo el honor de dirigirme a usted, para dar cumplimiento a la resolución emanada por su digno cargo, a través de la cual se me designó revisor de la tesis de la Bachiller: **MARÍA ROSELIA GALLARDO HERNÁNDEZ**, con el tema intitulado **PROCEDIMIENTO PARA RECOBRAR LOS BIENES CUANDO EL MUERTO PRESUNTO APARECE O SE PRUEBA SU EXISTENCIA** del cual al respecto me permito manifestar:

La Bachiller en su trabajo de tesis, enfoca realmente la problemática actual respecto al tema de los bienes del muerto presunto y su procedimiento para recuperar dichos bienes, el tema lo ha abordado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando: doctrina, definiciones concretas y legislación comparada, en la cual se puede observar que el cuerpo legal en mención regula asuntos distintos y tramitados de forma diferente, pero en realidad todos podrían interponerse pasando por un mismo procedimiento en cuanto a plazos, etc., por esta razón es necesario regular un solo procedimiento para que el muerto presunto recobre sus bienes luego de establecerse su supervivencia.

Se utilizaron los métodos y técnicas de investigación: inductivo y analítico que permitieron a la estudiante desarrollar el trabajo con precisión y con ello seleccionar la información necesaria al tema.

La estudiante enfoca sus conclusiones y recomendaciones sobre la importancia del tema elaborado dando así un acercamiento a la posible solución de la problemática sobre el procedimiento referente a los bienes del muerto presunto.

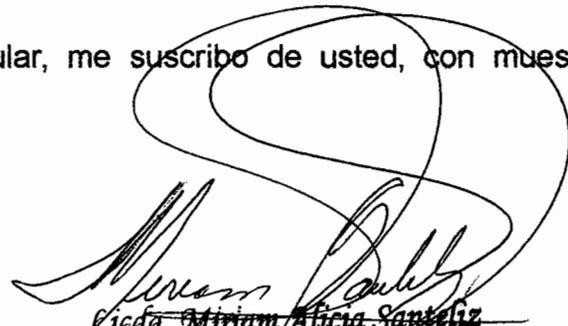


Las fuentes bibliográficas fueron correctamente seleccionadas, ya que con ello se logró elaborar el contenido del trabajo de investigación de una manera adecuada.

Por lo anterior expuesto considero que el trabajo de tesis de la Bachiller **MARÍA ROSELIA GALLARDO HERNÁNDEZ**, llena los requisitos necesarios exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público por lo cual me permito emitir mi **DICTAMEN Y OPINIÓN FAVORABLE** a efecto de que dicho trabajo sea discutido en Examen Público de Tesis.

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

Atentamente,



~~Licda. Miriam Alicia Santeliz~~
~~Abogada y Notaria~~
LIC. MIRIAM ALICIA SANTELIZ
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiado: 5957
Asesora

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciséis de febrero de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) LUIS ALFONSO AGUIRRE MEJÍA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARÍA ROSELIA GALLARDO HERNÁNDEZ, Intitulado: "PROCEDIMIENTO PARA RECOBRAR LOS BIENES CUANDO EL MUERTO PRESUNTO APARECE O SE PRUEBA SU EXISTENCIA".

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 la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del 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. ROLANDO SEGURA GRAJEDA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
RSG/nmr.



LIC. LUIS ALFONSO AGUIRRE MEJÍA
ABOGADO Y NOTARIO

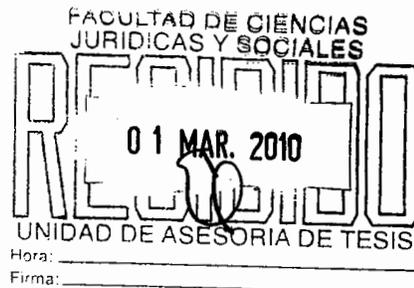
Colegiado: 5860

10 Av.4-46 Zona 1 departamento de Chiquimula
Teléfonos: 79422849, 44205494



Guatemala, 01 de Marzo de 2010

Licenciado Rolando Segura Grajeda
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que conforme a resolución de su despacho, he revisado el trabajo de la Bachiller: **MARÍA ROSELIA GALLARDO HERNÁNDEZ**, en la preparación de su trabajo de tesis denominado: **“PROCEDIMIENTO PARA RECOBRAR LOS BIENES CUANDO EL MUERTO PRESUNTO APARECE O SE PRUEBA SU EXISTENCIA”**.

A este respecto y en cumplimiento a lo que se establece en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito rendir a usted el siguiente informe:

- a) El tema trabajado es importante, ya que se trata del la necesidad de establecer un procedimiento para recobrar los bienes el muerto presunto. El contenido del trabajo de investigación tiene las características de ser novedoso y de actualidad y se refiere específicamente a que es de vital importancia de que en la legislación guatemalteca se tome en cuenta un procedimiento para que el muerto presunto recupere sus bienes luego de constatarse que está vivo.
- b) Los métodos y técnicas empleados en la investigación son idóneos, utilizando el método inductivo y analítico, los cuales permitieron a la estudiante la facilidad y eficiencia en cuanto a la recopilación y selección de la información para desarrollar el tema deseado.
- c) La estudiante observó las instrucciones y recomendaciones hechas en cuanto a la presentación y desarrollo del mismo.

LIC. LUIS ALFONSO AGUIRRE MEJÍA
ABOGADO Y NOTARIO

Colegiado: 5860

10 Av.446 Zona 1 departamento de Chiquimula

Teléfonos: 79422849, 44205494

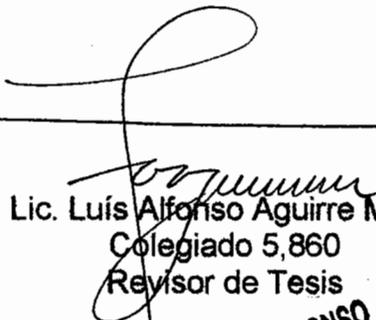


- d) Las conclusiones y recomendaciones concuerdan con el plan y el contenido de la investigación, constituyendo un aporte para la solución al tema elaborado.
- e) En cuanto a la fuente bibliográfica consultada es suficiente y adecuada para el tema desarrollado, ya que contiene la exposición de autores nacionales y extranjeros, además de incluir legislación comparada que hacen que el contenido del tema sea más completo.
- f) El trabajo realizado constituye un aporte para los estudiantes y profesionales del derecho por el enfoque que se le ha dado y además porque es un tema de la realidad jurídica del país.

Por lo anterior expuesto, considero que el trabajo de investigación de la bachiller **MARÍA ROSELIA GALLARDO HERNÁNDEZ**, puede servir de base para la sustentación del examen público respectivo y en virtud de ello, emito mi dictamen y opinión favorable y así se pueda continuar con el trámite respectivo.

Atentamente,

Id y Enseñad a Todos


Lic. Luis Alfonso Aguirre Mejía
Colegiado 5,860
Revisor de Tesis

LIC. LUIS ALFONSO AGUIRRE MEJIA
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, once de octubre del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARÍA ROSELIA GALLARDO HERNÁNDEZ, Titulado PROCEDIMIENTO PARA RECOBRAR LOS BIENES CUANDO EL MUERTO PRESUNTO APARECE O SE PRUEBA SU EXISTENCIA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh



MTCL/sllh

DEDICATORIA



A DIOS:

Supremo creador del Universo, por permitirme llegar a realizar uno de mis mayores anhelos, con toda mi gratitud, amor y respeto.

A MIS PADRES:

Hugo René Gallardo López y Victoria Hernández, a quienes debo mi ser, lo que soy y lo que tengo.

A MIS HERMANOS:

Rony René Gallardo Hernández, Hugo Armando Gallardo Hernández y Alicia Aracely Gallardo Hernández, que comparten esta alegría conmigo, y por haberme brindado su apoyo.

A MI PRIMA:

Ada Alejandra Saenz, que comparte esta alegría conmigo, y por haberme brindado su apoyo.

A MIS AMIGOS:

Andrea, Daniel, Hector, Julio, Nadeida, Rita, Rosalba y Yoselin por el acompañamiento, apoyo, ánimo y tantos momentos compartidos.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala casa de estudio y formación que orgullosamente represento y en

especial a la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales.



A:

Guatemala, lugar que me vio nacer, y con quien tengo el compromiso de devolver lo que me ha dado.

ÍNDICE



| | |
|-------------------|-------|
| Introducción..... | |
|-------------------|-------|

CAPÍTULO I

| | |
|---|----|
| 1. La ausencia..... | 1 |
| 1.1. Concepto..... | 1 |
| 1.2. Antecedentes | 2 |
| 1.2.1. Sistema francés latino | 8 |
| 1.2.2. Sistema alemán o germánico | 8 |
| 1.3. Diferencia entre ausencia y muerte presunta..... | 11 |

CAPÍTULO II

| | |
|---|----|
| 2. La muerte presunta | 13 |
| 2.1. Evolución histórica de la muerte presunta | 17 |
| 2.1.1. En Grecia..... | 17 |
| 2.1.2. En Roma..... | 18 |
| 2.1.3. La concepción de la muerte en la edad media | 18 |
| 2.2. La concepción de la muerte en la edad moderna | 18 |
| 2.2.1. El problema de la muerte: diversas concepciones..... | 19 |
| 2.2.1.1. Concepción biológica..... | 19 |
| 2.2.1.2. Concepción antropológica: la muerte como proceso cultural..... | 20 |
| 2.3. La muerte como fenómeno social | 21 |



| | |
|---|----|
| 2.4. Concepción médica..... | 22 |
| 2.5. Concepción jurídica..... | 23 |
| 2.6. Concepción doctrinaria | 24 |
| 2.6.1. Diferencia entre muerte cerebral, estado de coma y otros estados similares..... | 25 |
| 2.6.1.1. Estado de coma..... | 25 |
| 2.6.1.2. Muerte cortical..... | 25 |
| 2.6.1.3. Muerte encefálica o cerebral | 26 |
| 2.7. Legislación comparada | 27 |
| 2.7.1. España | 27 |
| 2.7.2. Venezuela..... | 34 |
| 2.8. Razones para declarar la muerte presunta en Guatemala..... | 47 |

CAPÍTULO III

| | |
|---|----|
| 3. De la forma de recobrar sus bienes el muerto presunto y el trámite | 51 |
| 3.1. Estudio jurídico doctrinario..... | 51 |
| 3.2. Definición de muerte presunta en Guatemala | 52 |
| 3.3. Clases de procedimientos | 52 |
| 3.3.1. Código Civil, Decreto Ley 106. | 52 |
| 3.3.2. Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 | 54 |
| 3.3.3. Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77..... | 54 |

CAPÍTULO IV



| | |
|---|-----------|
| 4. Solución al problema de la carencia de procedimiento para que el presunto muerto recobre sus bienes..... | 73 |
| 4.1. Efectos jurídicos de la muerte presunta | 78 |
| 4.2. Del problema en Guatemala | 81 |
| 4.3. Análisis jurídico de la posible solución al problema..... | 81 |
| CONCLUSIONES | 85 |
| RECOMENDACIONES | 87 |
| BIBLIOGRAFÍA | 89 |

INTRODUCCIÓN



Uno de los motivos para la elección del presente trabajo de investigación jurídica, fue que en Guatemala, se encuentra regulado lo referente a la muerte presunta en el Código Civil, Decreto Ley 106, el cual establece en qué casos una persona puede ser declarada muerta presuntamente; sin embargo, no existe procedimiento alguno que se refiera a la forma o manera en la que el presunto muerto recupere su bienes y demás pertenencias.

El tema se define como el procedimiento para recobrar los bienes cuando el muerto presunto aparece o se prueba su existencia, ya que el problema radica, desde el punto de vista jurídico, en que no se encuentra regulado el procedimiento dentro de la normativa jurídica.

La hipótesis planteada, fue que el problema resulta cuando aparece la persona que ya fue declarada muerta presuntamente, según el procedimiento de ley, pero no sabe qué hacer para recobrar sus bienes y pertenencias, principalmente si éstos están en manos de personas que no son su familia directa.

Los objetivos propuestos fueron: Demostrar que es necesario crear una norma jurídica que regule el procedimiento legal para que el presunto muerto, que apareciere o se probare su existencia, recobre sus bienes con el fin de darle claridad y celeridad al desarrollo de los derechos del presunto muerto; establecer que nuestra legislación necesita que las normas reflejen y se acoplen a las necesidades de las personas respecto la forma legal de recobrar los bienes del muerto presunto que aparezca o se probare su existencia; y demostrar que la regulación civil no contempla disposición alguna en la que se regule la forma de recobrar los bienes.

La presente investigación, se divide en cuatro capítulos, mismos que se describen a continuación: el capítulo uno, se refiere a la ausencia, indicando el concepto, antecedentes y la diferencia entre ausencia y muerte presunta; el capítulo dos hace referencia a la muerte presunta, indicando la evolución histórica de la misma, la concepción de la muerte como fenómeno social, concepción médica, concepción jurídica,



doctrinara, diferencia entre muerte cerebral, estado de coma, y otros estados similares, y la legislación comparada; el capítulo tres, describe la forma de recobrar sus bienes el muerto presunto y el trámite correspondiente, indicando el estudio jurídico doctrinario, definición de muerte presunta en Guatemala, clases, estudios en los juzgados de Guatemala; en el capítulo cuatro, se plantea un procedimiento para que el presunto muerto recobre sus bienes, los efectos jurídicos de la muerte presunta y un análisis jurídico de la posible solución al problema y las nuevas normas que deben agregarse al Código Procesal Civil y Mercantil.

Los métodos utilizados fueron: el dialéctico, ya que con el presente método se trató de relacionar los hechos investigados para alcanzar una verdad; es decir, que se investigó la necesidad de que las normas jurídicas prevean la forma de recobrar los bienes del muerto presunto que aparezca; el analítico, por medio de éste se hicieron los análisis correspondientes para establecer la ventajas que ofrece la investigación en el ámbito jurídico; y el deductivo, por medio de éste método se analizaron las causas que provocan la necesidad de legislar o reformar normas jurídicas. Lo cual fue posible mediante la utilización de la técnica bibliográfica y documental.

De lo anterior, se puede indicar que es de vital importancia regular en el ordenamiento jurídico guatemalteco una forma de recuperar los bienes de las personas que se presumen muertas por disposición de la ley, ya que no existe disposición legal para el caso.



CAPÍTULO I

1. La ausencia

1.1. Concepto

Varias son las instituciones jurídicas que dan problema a los tratadistas para ponerse de acuerdo o para que coincidan en dar un concepto o una definición de la misma; sin embargo, los autores al establecer una definición de ausencia coinciden en muchos aspectos, siendo muy pocas las diferencias. Para el efecto analizamos las definiciones de los siguientes tratadistas; por ejemplo, Marcel Planiol, la define así: "Ausencia, en sentido legal de la palabra es la que da la idea de incertidumbre sobre la existencia de la persona. El ausente, es por tanto quien ha desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticias de él, de manera que no se sepa si ha muerto o vive."¹

Diego Espín Cánovas, en su manual de derecho civil determina la ausencia diciendo que: "Se llama ausente, en sentido vulgar, al que está afuera 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."²

Puig Peña, al tratar la institución de la ausencia dice: "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."³

Pero establece el tratadista antes citado que no basta la simple no presencia para constituir el concepto jurídico de la ausencia, debe agregar otro elemento como es el paradero ignorado, estableciendo además, que la doctrina moderna busca ir más allá al establecer otro requisito, como el de la duda de la existencia de la persona y cita

¹ Planiol, Marcel. **Tratado elemental de derecho civil**. Pág. 332

² Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág. 290.

³ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 309



a Paul Oertmann quien conceptúa a la ausencia diciendo que: "Es el estado de indecisión acerca de la existencia del individuo."⁴

Guillermo Cabanellas, en su diccionario de derecho usual, al referirse a la ausencia, al igual que los tratadistas que con anterioridad he mencionado, hace la división de la ausencia en dos sentidos; el primero llamado por Espín Cánovas, sentido técnico, dice que: "La ausencia es la situación de quien se encuentra fuera del lugar de su domicilio, sin que se sepa de su paradero, sin constar además si vive o ha muerto, y sin haber dejado representante."⁵

Jurídicamente también se ha establecido el concepto de la ausencia, es así como el Código Civil guatemalteco vigente, lo contempla en el Artículo 42, el que regula: "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."

Con anterioridad se ha visto el interés que los estudios del derecho le han dirigido a la institución de la ausencia, a tal grado que cada tratadista trata de dar su concepto sobre la misma, aunque no se niega que unos y otros coinciden en determinados elementos, pero en mi opinión la definición mas concreta es la del tratadista Marcel Planiol.

1.2. Antecedentes

La fuente histórica del derecho que más ha impactado en las legislaciones ha sido el derecho romano, cuyo imperio reguló la mayoría de instituciones que jurídicamente hoy conocemos. A pesar de lo anterior, faltó una sistemática sobre la ausencia puesto que únicamente se encontraban disposiciones aisladas.

⁴ *Ibid.* Pág. 309

⁵ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Pág. 239

Los efectos de la ausencia que regulaba el derecho romano, no implicaba la muerte presunta mientras no se probare, lo que impedía abrir sucesión de los bienes del ausente, entregándose a los herederos, sin perjuicio de los derechos del ausente.



El derecho germánico regulaba de forma diferente la institución de la ausencia, ya que: “éste presumía la muerte del ausente después del transcurso de un lapso de tiempo breve y si durante el transcurso de tres años no hubiere dado noticias de si se abriese su sucesión, y la mujer podía obtener el permiso del rey para elegir otro marido.”⁶

Las cruzadas y las continuas guerras, contribuyeron durante la edad media a que se dieran constantemente los supuestos de la ausencia, y por falta de una sistemática doctrinaria y legislativa se buscó la forma de solucionar la desaparición de los guerreros, presumiendo la muerte de los mismos transcurridos cien años desde el nacimiento del ausente, vencido dicho término se hacía la entrega a los herederos del ausente, los bienes de aquél, constituyendo ésta una sucesión verdadera y legítima.

En el siglo XVI los jurisconsultos italianos lucharon por sistematizar lo relacionado con la ausencia, lo que sirvió de fundamento en la creación de las Leyes de Partidas, las que determinaban que si la persona ausente se dirigió a tierras lejanas y si había conocimiento público de su muerte; bastaba diez años de ausencia para declarar su muerte; pero si viajó a lugar cercano donde se hace difícil determinar su paradero y la fecha de su muerte o si la ausencia no excedía de cinco años, entonces sólo había que probar los conocimientos públicos de su posible muerte. “La ley 12 Título XI Partida 3° establecía que si el ausente era demandado se le nombraría un curador o administrador de sus bienes.”⁷

⁶ Puig Peña, Federico. *Ob. Cit.* Pág. 311

⁷ *Ibid.* Pág. 311



Conforme las relaciones entre los pueblos se fueron facilitando, creció también la necesidad de regular en forma más sistematizada la institución de la ausencia, y es así como en 1616, en Silesia, surgió la opinión que era procedente exigir el transcurso del plazo de prescripción, que en aquel tiempo era de treinta años, los que más tarde se fueron reduciendo a veinte y luego a diez, a partir de las últimas noticias del ausente, lo que dio origen al llamado silesiano. En el cual no únicamente se buscaba la declaración de ausencia por el transcurso de cierto tiempo, sino también implicaba la presunción de muerte.

“La legislación alemana reguló la declaración de fallecimiento determinando que éste era procedente cuando sea el fin del año en el cual el desaparecido, según las noticias disponibles existe duda sobre su sobrevivencia, o cuando el momento de la declaratoria de muerte, hayan transcurrido cinco años a partir de haberse consumado el octogésimo año de vida del desaparecido.”⁸

Le legislación suiza, regula la declaración de ausencia con plenos efectos para la apertura de la sucesión, transcurriendo cinco años después de las últimas noticias del ausente, o también transcurrido un año cuando la desaparición se apareja con peligro inminente de muerte.

En Francia como consecuencia de varias guerras que contra esta república se declararon, la cantidad de personas desaparecidas era mayor, lo que preocupó bastante a los legisladores franceses y lo que influyó en éstos a redactar el Código de Napoleón en 1792 donde regularon esta institución en forma más sistemática que otras legislaciones pero bastante complicada, ya que se basaron en el principio de la duración de la ausencia que indicaba lo siguiente: “Cuando más dura la ausencia más aumentan las responsabilidades de muerte.” Principio que fue criticado por otros jurisconsultos que argumentaban que tal presunción nunca era absoluta, siempre era relativa.

La legislación francesa distingue tres periodos de la ausencia, que son:

⁸ Arce Valenzuela, Eduardo. *La ausencia y la muerte presunta en la legislación guatemalteca*. Pág. 14



- a) La presunción de ausencia como la que se marca desde el desaparecimiento de la persona,
- b) La declaración de ausencia la que se realizaba a los cinco u once años, los primeros si el ausente constituyó apoderado y los segundos cuando no los constituyó, y
- c) A los treinta años de declarada ausente la persona o los cien que se inician a contar desde la fecha del nacimiento del ausente, se otorgaban la posesión definitiva, a los herederos del ausente de los bienes de éste.

Varios de los elementos que la legislación francesa aplicó para regular jurídicamente la ausencia, sirvieron de base al Código Civil italiano de 1865 y al Código español de 1889, el Código español se fundamentó bastante en el francés para regular la ausencia, pero con cambios que fueron importantes tal el caso de la reducción de los términos, la posesión provisional la convierte en una administración de los bienes y la posesión definitiva como efecto ya de la declaración de muerte. De mucha importancia es la creación del Registro Central de Ausentes que creó la legislación española.

El tratadista José Castán Tobeñas indica que: “En el nuevo derecho civil de Rusia Soviética, puede un ciudadano ser considerado por los tribunales en situación de ausencia legal si pasa 1 año de su desaparición, en su domicilio no tienen noticias suyas y puede ser declarado por los tribunales fallecido si durante tres años no se tienen noticias de su paradero. En caso su desaparición haya tenido lugar en condiciones de peligro de muerte o que permitan suponer su muerte en accidente, los tribunales podrán proceder a la declaración de procedimiento a los seis meses de su desaparición, y tratándose de militares o ciudadanos civiles desaparecidos durante operaciones de campaña la declaración de fallecimiento puede hacerse luego de transcurridos dos años contados desde la fecha del final de las guerras.”⁹

“Con respecto a la legislación guatemalteca, fue en el Código Civil de 1887 donde se reguló la ausencia, dicho Código establecía el concepto y el nombramiento de un defensor judicial para responder a la demanda o hacer valer algo en un juicio, otorgando

⁹ Castán Tobeñas, José. *Derecho civil español y foral*. Pág. 294

la posesión provisional de los bienes del ausente, y a los tres años de la última noticia del ausente se declaraba la muerte presunta.”¹⁰



Seguidamente el Código Civil guatemalteco de 1933 en el libro I título 3 capítulo 1 reguló la ausencia y muerte presunta estableciéndola así: “Ausente es la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella y también la persona que haya desaparecido y su paradero se ignora.”

El Código Civil de 1887, en los Artículos 84 al 113 consideraba ausente al individuo cuyo paradero se ignoraba o se hallare fuera de la República y en caso no hubiese dejado apoderado e hijos mayores, ni guardador se le nombraría defensor para responder demandas o hacer valer algo en juicio.

En 1933, el Código Civil guatemalteco fue influenciado por el sistema alemán que desplazó al francés, ya que dicho sistema además de regular la ausencia simple regulaba también la ausencia calificada o sea lo relativo a los desaparecidos, de lo anterior se pueden establecer las diferencias entre unos y otros Códigos Civiles que han estado vigentes en Guatemala, siendo éstas las fundamentales:

- a) **Plazo:** el Código de 1887 establecía que podía pedirse la posesión provisional de los bienes del ausente transcurridos tres años sin tener noticias del mismo, en la actualidad y en base al Código Civil vigente, en el Artículo 47: “Cualquier persona capaz o la Procuraduría General de la Nación puede denunciar la ausencia y solicitar el nombramiento de guardador de sus bienes.”
- b) **Posesión definitiva:** Según el Código Civil de 1933 ésta se solicitaba una vez transcurrido los siete años de haberse decretado la posesión provisional, o con otra fórmula que era transcurridos diez años después de la última noticia del ausente, mientras que el actual Código establece en el Artículo 63 que: “Transcurridos cinco años desde que se decretó la administración por los parientes, o desde que se tuvo la última noticia del ausente, podrá declararse la muerte o desde que se tuvo la

¹⁰ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Pág. 96

última noticia del ausente, podrá declararse la muerte presunta de éste y en tal caso podrán sus herederos testamentarios o legales pedir la posesión de la herencia.”



- c) **De la declaración de muerte presunta:** Igual fórmula que las anteriores establecía el Código anterior y el actual, o sea de siete o diez años el primero y a los cinco años en el segundo, sirviendo de fundamento el mismo Artículo 63 del Código civil vigente.
- d) **En cuanto a la relación marital:** El Código de 1933 no reguló como resolver el problema del cónyuge que se encontraba presente, mientras que el Código vigente en el Artículo 77 resuelve este problema estableciendo que: “Si el cónyuge de la persona declarada muerte contrae matrimonio, éste será válido aunque el ausente viva, a no ser que los cónyuges o uno de ellos conociera de las circunstancias de estar vivo el ausente.”

De lo expuesto con anterioridad se llega a la conclusión de que tanto en épocas pasadas como en la actual, la institución de la ausencia ha sido de mucha importancia, lo que ha hecho que los estudiosos del derecho se hayan preocupado con sumo interés en sistematizar en forma más amplia los casos de ausencia y de sus efectos, a tal grado que en la actualidad es muy poco lo que esta institución tiene que cambiar, pero esto será permanente puesto que una de las características del derecho es que dicha disciplina es constantemente cambiante.

Con relación a la legislación guatemalteca, como puede establecerse en el Código Civil vigente, los legisladores han buscado no sólo el aseguramiento de los bienes que forman el patrimonio del ausente sino también de sus bienes personales, para beneficio del mismo ausente, sus parientes o cónyuges.

La doctrina divide la ausencia en dos formas: a) Ausencia simple, que es la misma del caso ordinario; y b) Ausencia calificada, que es la del caso extraordinario, llamada también sistema jurídico respecto de la ausencia.



Dichos sistemas son: a) Sistema francés, también denominado sistema latino y b) El sistema alemán, denominado también germánico.

1.2.1. Sistema francés latino

Este sistema surgió con el Código Civil francés, partiendo de las concepciones del Código de Napoleón, promulgando en 1804, sus principales características las señala el tratadista Espín Cánovas, estableciendo que: “Dicho sistema se basa en tres periodos o fases: el de presunción de ausencia; ausencia declarada con posesión provisoria y la posesión definitiva. Durante el periodo de presunción de ausencia dice, se toman sólo medidas provisionales; en la ausencia declarada se entregan los bienes a determinadas personas. Finalizando con la posesión definitiva, para lo cual es necesario el transcurso de determinados plazos.”¹¹

1.2.2. Sistema alemán o germánico

“Este sistema es que el sirve de base al Código Civil alemán, el cual fue promulgado en 1900, la innovación de este sistema es que hace una distinción entre la simple ausencia material o sea la falta de presencia, de la desaparición. En la ausencia material el derecho alemán posibilita medidas provisionales mediante el nombramiento de una especie de curador de los bienes. En cuanto a la desaparición o sea en la propiamente llamada ausencia, se distingue la simple desaparición y la desaparición con peligro grave para la vida, llamada también ausencia calificada. En la simple desaparición el término es de diez años para la declaración de la muerte presunta, la cual no puede hacerse hasta que termine el año en que el desaparecido habría cumplido treinta años de edad, plazo que se reduce a cinco cuando, se trata de ancianos de setenta años, con menos posibilidades de subsistir. En los casos de ausencia calificada, reduce los plazos a tres años y a uno en caso de naufragio.” Este sistema también fue seguido por el Código suizo.

¹¹ Espín Cánovas, Diego. *Ob. Cit.* Pág. 310



Fue en 1877 cuando la legislación guatemalteca reguló la figura de ausencia, y que el sistema francés se hizo sentir, puesto que se estableció: “Se considera ausente al individuo cuyo paradero se ignora o que se hallare fuera de la República, y que no hubiese dejado apoderado, cónyuge, hijos mayores, se le nombraría defensor para responder demandas o hacer valer algo en juicio.”¹²

Para la declaración de muerte, debía transcurrir el tiempo suficiente para que cumpliera la edad de setenta años; y si habían noticias que el ausente vivía se revocaba la posesión provisional o definitiva.

Con posterioridad, el Código Civil de 1933 reguló la ausencia indicando que: “Ausente, es la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio y cuyo paradero es ignorado.” Dicho Código también reguló los casos de personas desaparecidas por razón de guerra, naufragio, accidente de aviación, explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro. De lo anterior se establece que ya el segundo Código Civil guatemalteco no se fundó en el sistema francés, sino en el germano o alemán.

En la actualidad el Código Civil vigente hace, si bien no lo expresa, la clasificación de ausencia simple y calificada, regulando en el Artículo 42 lo concerniente a la ausencia simple; puesto que como se indicó con anterioridad, se está regulando la prolongada ausencia sin noticias; mientras que el Artículo 64 regula lo que doctrinariamente se conoce como ausencia calificada, puesto que además de la ausencia prolongada, este Artículo suma varias circunstancias de peligro extraordinario, del cual depende el tiempo para declarar la muerte presunta, llamando la atención el literal c) que dice: “De la persona cuyo cadáver no haya sido encontrado y hubiere desaparecido por causas de explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro.” También se nota que no establece el tiempo en que la muerte presunta puede declararse, lo que implica que ésta puede declararse en días.

¹² Puig Peña, Federico. Ob. Cit. Pág. 312



En conclusión, el Código Civil reconoce la clasificación de ausencia en simple calificada, teniendo como punto de apoyo la doctrina alemana, separándose desde 1933 de la doctrina francesa que era la que influyó en el Código Civil de 1877.

Ya se ha establecido que la institución de la ausencia ha sido dividida en simple ausencia material y ausencia calificada o la ausencia propiamente dicha, siendo la diferencia de éstas el origen de esa ausencia o desaparecimiento de la persona; así se encuentra que los presupuestos de la simple ausencia material y la propiamente llamada ausencia, se deducen del Artículo 42 del Código Civil, el cual reza: "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." Siendo entonces los presupuestos de la ausencia los siguientes:

- a) Que la persona se encuentre fuera de la república,
- b) Que la persona haya tenido su domicilio en ella, y
- c) Que aunque la persona no se halle fuera de la república, se ignore su paradero.

De lo anterior se establece que el Artículo 42 regula la simple ausencia material en su primer párrafo y en el segundo la ausencia propiamente dicha, la que tiene que ser prolongada, en la cual no se tienen noticias del ausente; por lo que, a los presupuestos anteriores, se puede agregar una más, que es la falta de peligro inminente para la vida del ausente.

En el Artículo 64 del mismo cuerpo legal, se regula lo concerniente a la ausencia calificada, el cual indica: "Podrá asimismo, declararse la muerte presunta:

- 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 noticias de ella;



- b) De la persona que se hubiere encontrado a bordo de un buque naufragado, 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 u otro siniestro”.

Aquí se nota que en los supuestos que contempla el Artículo 64, además de la ausencia, existe el caso de peligro inminente de la vida del ausente, aunque como dice Puig Peña, es mejor emplear el término desaparecido y no ausente.

De lo anterior se establece como presupuestos de la ausencia calificada, los siguientes:

- a) Desaparición de una persona con peligro inminente,
- b) Que la persona desaparecida se encuentre en el lugar del siniestro, tal los casos de los incisos a) y c); o que viaje en la nave o aeronave accidentada,
- c) Que la declaración de muerte no necesita la previa declaración de ausencia,
- d) De encontrarse la persona desaparecida en el lugar o en la nave o aeronave objeto de siniestro, el juez fijará el día y hora en que sucedió la muerte, tal lo establece el Artículo 65 del Código Civil.

1.3. Diferencia entre ausencia y muerte presunta

La ausencia es como se estableció con anterioridad, la no presencia de una persona en el lugar determinado durante cierto tiempo; en forma técnica, como dice Paul Oertmann citado por el autor Castán Tobeñas indica que: “El estado de indecisión acerca de la existencia del individuo”, o como dice Puig Peña, citando al profesor Serrano: “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 circunstancias de peligro para la vida, sin haberse vuelto a saber
ella.”¹³



El Código Civil guatemalteco, en el Artículo 42 regula el concepto legal de ausencia, ya citado anteriormente.

La muerte presunta en cambio es el efecto de esa indecisión de la existencia del sujeto, o mejor dicho del desconocimiento del paradero de la persona durante cierto tiempo establecido por la ley, en la legislación guatemalteca este tiempo es de cinco años a partir de haberse tenido la última noticia del ausente; o bien, a partir del momento en que se decretó la administración de los bienes del ausente por los parientes, así lo establece el Artículo 63 del Código Civil.

Para concluir se puede indicar que la diferencia entre ausencia y muerte presunta estriba en que en la ausencia existe duda sobre el paradero, entendiéndose este término por existencia de la persona; mientras que la muerte presunta, es la declaración judicial que hace el juez en la que se presume la muerte de una persona.

¹³ Castán Tobeñas, José. Ob. Cit. Pág. 312

CAPÍTULO II



2. La muerte presunta

A pesar de que la muerte presunta es una consecuencia derivada de la ausencia de una persona por determinado tiempo establecido en la ley, es poco sobre lo que de ella se ha escrito, estimando que debe ser porque es el fin de la declaración de ausencia, la que abarca mayor enfoque; Manuel Ossorio, da un concepto de muerte presunta y establece lo siguiente: "La supuesta muerte, aún no habiendo encontrado el cadáver. Lo que se declara tras prolongada ausencia y sin noticias de la persona de que se trate."¹⁴

El Código Civil, regula en el Artículo 63 que: "Transcurridos cinco años desde que se decretó la administración por los parientes, o desde que se tuvo la última noticia del ausente podrá declararse la muerte presunta de éste."

De la lectura de los Artículos 66, 67, 75 y 77 del Código Civil, se puede deducir que los efectos principales de la declaración de la muerte presunta son los siguientes: a) apertura de la sucesión; b) Libertad para que el cónyuge sobreviviente contraiga nuevas nupcias.

Guillermo Cabanellas, dice que la declaración de muerte del ausente es: "El caso más incierto y complejo, se procede mediante presunciones, concretadas en la resolución judicial que declara el fallecimiento de una persona ausente o en ignorado paradero cuando ha transcurrido considerable plazo sin noticias, de la misma."¹⁵

De lo anterior se puede concluir que la muerte presunta es consecuencia de la ausencia durante determinado tiempo de una persona, siendo ésta una presunción y no un aseguramiento, la que se puede incluir dentro de las presunciones juris tantum, ya que puede desvanecerse con prueba en contrario. El derecho romano

¹⁴ Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág. 474

¹⁵ Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 588



pone acento a la declaración del fallecimiento, el derecho francés a la ausencia sin llegar a otra declaración.

Con relación a la ausencia, se puede determinar que actualmente esta institución se encuentra, sino total, en su mayor parte regulada jurídicamente en la legislación guatemalteca, dividiéndose en dos clases: a) Ausencia simple; b) Ausencia calificada, misma que regula el Código Civil en sus Artículos 42 y 64, estableciendo en este último, las circunstancias por las cuales puede declararse la muerte de la persona.

En una forma más sencilla, la ausencia prolongada sin noticias, constituye un caso ordinario de ausencia, mientras que la ausencia prolongada sin noticias, más peligro o circunstancia inminente de muerte, constituye caso extraordinario de ausencia.

“La muerte es en esencia la extinción del proceso homeostático, por ende el fin de la vida. Suceso obtenido como resultado de la incapacidad orgánica de sostener la homeostasis. Dada la degradación del ácido desoxirribonucleico (ADN) contenido en los núcleos celulares, la réplica de las células se hace cada vez más costosa. Es el fin de la vida, opuesto al nacimiento. El evento de la muerte es la culminación de la vida de un organismo vivo. Sinónimos de muerto son occiso (muerto violentamente) y difunto. Se suele decir que una de las características clave de la muerte es que es definitiva, y en efecto, los científicos no han sido capaces hasta ahora de presenciar la recomposición del proceso homeostático desde un punto termodinámicamente recuperable.”¹⁶

El tipo de muerte más importante para el ser humano es sin duda la muerte humana. Conocer con certeza el instante de una muerte sirve, entre otras cosas, para asegurar que el testamento del difunto será únicamente aplicado tras su muerte y, en general, conocer cuándo se debe actuar bajo las condiciones establecidas ante una persona difunta.

¹⁶ Arroyo Camaño, Dulio. *Ausencia y muerte presunta*. Pág. 349.



En particular, identificar el momento exacto de la muerte es importante en casos de trasplante, ya que los órganos deben ser retirados del cuerpo lo más pronto posible tras la muerte.

“Históricamente los intentos por definir el momento preciso de la muerte han sido problemáticos. Antiguamente se definía la muerte (evento) como el momento en que cesan los latidos del corazón y la respiración, pero el desarrollo de la ciencia ha permitido establecer que realmente la muerte es un proceso, el cual en un determinado momento, se torna irreversible. Hoy en día, cuando es precisa una definición del momento de la muerte, se considera que éste corresponde al momento en que se produce la irreversibilidad de este proceso. Existen en medicina protocolos clínicos que permiten establecer con certeza el momento de la muerte, es decir, que se ha cumplido una condición suficiente y necesaria para la irreversibilidad del proceso de muerte.

Gracias al avance tecnológico de la medicina, hoy es posible mantener una actividad cardiaca y ventilatoria artificial en cuidados intensivos, en una persona cuyo corazón ha dejado de latir y no es capaz de respirar por sí mismo, por lo cual esto demuestra que no es estar muerto. El protocolo utilizado para el diagnóstico de la muerte en este caso es diferente y debe ser aplicado por especialistas en ciencias neurológicas, hablándose entonces de muerte cerebral o muerte encefálica. En el pasado, algunos consideraban que era suficiente con el cese de actividad eléctrica en la corteza cerebral (lo que implica el fin de la conciencia) para determinar la muerte encefálica, es decir, el cese definitivo de la conciencia equivaldría a estar muerto, pero hoy se considera, en casi todo el mundo, difunta a una persona (aun si permanece con actividad cardiaca y ventilatoria gracias al soporte artificial en una unidad de cuidados intensivos), tras el cese irreversible de la actividad vital de todo el cerebro incluido el tallo cerebral (estructura más baja del encéfalo encargada de la gran mayoría de las funciones vitales), comprobada mediante protocolos clínicos neurológicos bien definidos y soportada por pruebas especializadas.”¹⁷

Algunas personas, en momentos determinados de su vida, experimentan el sentimiento autodestructivo de terminar su existencia. El acto para conseguirlo es lo que

¹⁷ Ibid. Pág. 355.



llamamos suicidio. Lo contrario es el deseo de vivir, el cual no contraria al instinto de supervivencia, ya que éste impulsa a esquivar la muerte. Por ejemplo, suicidas que saltan al vacío intentan agarrarse a algo para no morir, eso es el instinto de supervivencia.

En torno a la muerte giran todas las culturas y organizaciones sociales humanas. Así, su concepción de la muerte como fin o como tránsito, su creencia en una vida después de la muerte, en el juicio final actúan como condicionantes para la actuación de los individuos en un sentido u otro. La idea de inmortalidad y la creencia en el más allá aparecen de una forma u otra en prácticamente todas las sociedades y momentos históricos. Sin embargo, hasta ahora no existen evidencias concluyentes a favor de esa vida ultraterrena. Usualmente se deja al arbitrio de los individuos, en el marco de los conceptos dados por su sociedad, la decisión de creer o no creer y en qué creer exactamente. La esperanza de vida en el entorno social determina la presencia en la vida de los individuos de la muerte, y su relación con ella. Su presencia en el arte es constante, siendo uno de los elementos dramáticos a los que más se recurre tanto en el teatro, como en el cine o en novelas y relatos.

La religión cristiana considera la muerte como el fin de la permanencia física del ser humano en su estado carnal, el espíritu abandona el cuerpo físico que se deteriora y que es incapaz de sostenerse bajo las leyes de este universo finito, e inmediatamente vuelve a Dios (Eclesiastés 12:7). El alma, dependiendo de si conoció y reconoció a Jesucristo como su Dios y Salvador (Romanos 10:9) se va a un lugar de reposo a la espera de la segunda venida de Jesucristo (1 Tesalonicenses 4:16) en ese lugar de reposo su relación con el Ser Supremo sería directa (El paraíso), y el otro, el de los espíritus encarcelados quienes no reconocieron a Jesús como su Señor y Salvador deberán presentarse en el juicio final. Aquellos espíritus que acceden al paraíso tienen la oportunidad de volver a ver a sus seres queridos que ya habían partido. El paraíso es un mundo dinámico donde se realiza una interacción con la obra de Dios y con las personas en la tierra mediante ministerio de ángeles. Según esta religión la obra de Dios se resume en las siguientes frases: Ésta es mi obra y mi gloria, llevar a cabo la inmortalidad y la vida eterna del hombre.



Según la religión cristiana de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (Mormona), el espíritu que abandona el cuerpo es semejante en apariencia al que deja en estado carnal, pero en su forma más joven. Los conocimientos adquiridos, la apariencia física se conservan pero en un estado de perfección intangible para este mundo y más puro.

Para los Testigos de Jehová cuando la nueva tierra (nuevo sistema, 2 Pedro 3:13) se encuentre establecida bajo el reinado milenar de Cristo, la resurrección se llevará a cabo en todo el globo y es allí donde serán juzgados según sus actos, los que obraron mal a la muerte eterna (lago de fuego y azufre) y los que obraron bien a la vida eterna en un paraíso terrenal. Asegurando que la muerte será reducida a nada.

Muchos antropólogos creen que los entierros dedicados de los neandertales son evidencia de su creencia en la vida después de la muerte.

2.1. Evolución histórica de la muerte presunta

2.1.1. En Grecia

“El mito nos dice a la letra: En la mitología griega, Tánatos (en griego Θάνατος Thánatos, ‘muerte’) era la personificación de la muerte no violenta. Su toque era suave, como el de su hermano gemelo Hipnos, el sueño. La muerte violenta, por el contrario, era el dominio de sus hermanas amantes de la sangre, las Keres, asiduas al campo de batalla. Su equivalente, en la mitología romana era Mors. Era una criatura de una oscuridad escalofriante, hijo de Nix, la noche, y gemelo de Hipnos. Se decía que ambos hermanos discutían cada noche quién se llevaría a cada hombre, o que el Sueño anulaba cada noche a los mortales en un intento de imitar a su hermano mayor.¹⁸”

¹⁸ Ibid. Pág. 300.

2.1.2. En Roma

En Roma, la muerte resulta ser el **factum biológico con ineludibles consecuencias jurídicas**, influyen la capacidad jurídica del hombre extinguiéndola por completo, por ello, el Sujeto de derecho llamado persona física que ya no existe, no podrá ser en lo sucesivo reconocida con aptitud para ser sujeto de una relación jurídica y por la misma razón no podrá realizar en el futuro actos jurídicos eficaces.



2.1.3. La concepción de la muerte en la edad media

“En esta época, se creía que la muerte se presentaba como un hecho antinatural, es decir, que la muerte era un mal que se sufría y que en sí misma, ésta carecía de sentido, por cuanto constituía el opuesto a la vida.

Sin embargo, también podemos decir que la muerte puede ser considerada como un hecho natural en tanto todos los días hay personas que fallecen a diario, porque nuestros cuerpos se desgastan, siendo esto percibido de manera natural por nuestra conciencia. Esto es una paradoja que conviene descifrar, tal y como nos lo argumenta José Ángel García Cuadrado.”¹⁹

“Tomás de Aquino nos da dos afirmaciones sobre la muerte: La muerte es la privación de la vida y, por otro lado, la muerte es la separación del alma y del cuerpo. Así, podemos apreciar un doble concepto: privación y separación. Con esto podemos deducir que la unidad sustancial de la persona humana se pierde dramáticamente en el momento de la muerte.”²⁰

2.2. La concepción de la muerte en la edad moderna

Para Hegel: “La razón rige el mundo y, por tanto, la historia ha transcurrido racionalmente, para él la razón es la sustancia de la historia y así mismo la historia ha transcurrido

¹⁹ García, José Ángel. **Antropología filosófica: Una introducción a la filosofía del hombre.** Pág. 228.

²⁰ **Ibid.** Pág. 301.



racionalmente, esto significa que ha transcurrido de acuerdo con unas categorías o leyes. Una de estas categorías es la negatividad, en la cual Hegel da una idea de muerte ya que explica que el espíritu en su recorrido histórico no cesa de destruirse y construirse constantemente. Es decir que las etapas históricas tienen un desarrollo interno dialéctico que las hace desaparecer para transformarlas en otras más ricas y potentes: es la dialéctica aplicada a la historia. Cada estadio histórico se muestra como un individuo y, como tal, nace, florece, madura, decae y muere.²¹

Francis Bacon, a pesar de ser más antiguo que Hegel, este filósofo inglés desarrolló su planteamiento en su libro ensayos en el cual pasa a explicar que para él, los hombres temen la muerte como los niños temen adentrarse en la oscuridad; y al igual que ese miedo natural de los niños se acrecienta con los cuentos, así ocurre a los primeros. En verdad, la contemplación de la muerte es como el supuesto precio del pecado y tránsito al otro mundo. Sin embargo, en las meditaciones religiosas hay cierta mezcla de vanidad y superstición. Por ejemplo, en todo ese contexto se veía claramente en términos de cómo era la mortificación de los frailes que creían que un hombre pensara para sí cuan doloroso es que tuviera las puntas de los dedos oprimidas o torturadas; y de ahí imagina cuales son los dolores de la muerte cuando todo el cuerpo se corrompe y disuelve; cuando muchas veces pasa la muerte con menos dolor que la tortura de un miembro, porque las partes más vitales no son las de sensibilidad más rápida. Y por él, que habla sólo como filósofo y hombre natural, bien se dijo: *Pompa mortis magis terret, quam mors ipsa*. Los gemidos y convulsiones, la palidez del rostro, las lágrimas de los amigos, lutos, exequias y demás presentan terrible a la muerte.

2.2.1. El problema de la muerte: diversas concepciones

2.2.1.1. Concepción biológica

En términos médicos se define así: “La muerte es el cese de la vida indicado por la ausencia de latido cardíaco o respiración. Sin embargo, esta concepción de muerte biológica, o celular como la llaman algunos actualmente, queda totalmente desfasada ya

²¹ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. Pág. 388.



que ésta da por entendido que la muerte de este tipo se da de manera instantánea cuando ésta es resultado de todo un proceso. Así, la persona puede haber sido declarada muerta, pero existen células como las de las uñas y de los cabellos, que siguen creciendo en el cadáver, continuando una vida independiente, diferente a la del organismo antes existente.”²²

Tal y como lo expresa Espinoza: “La muerte biológica o celular puede ser entendida como aquella que se determina con la cesación definitiva de todas las células del cuerpo humano, ya sea por descomposición, putrefacción, o simplemente porque dejan de existir.”²³ En la misma línea, José Tobías dice que la muerte, biológicamente hablando: “Es el pasaje de la vida a la muerte no constituye un fenómeno instantáneo o de un momento, sino algo que sucede de manera gradual, es decir, un proceso con fases sucesivas, ya que cesan de vivir singularmente en un orden gradual que depende de la resistencia de cada grupo de células a la falta de oxígeno. De aquí, se desprende lo que afirmamos anteriormente sobre las células del cabello y de las uñas.”²⁴

2.2.1.2. Concepción antropológica: La muerte como proceso cultural

“Para partir en una concepción antropológica de la muerte tendríamos que definir en primer lugar sobre lo que es la religión, pero tomando a esta última como un sistema de creencias (creencias y prácticas). Como afirman muchos antropólogos esto surge de acuerdo a diversos niveles de espiritualidad que existe en diversas culturas, para dar explicación a diversos fenómenos, uno de los que afirman tal tesis es Tylor, que con el animismo trata de abarcar todas las forma de creencias en seres espirituales y la división en dos clases principales: la doctrina de las almas o idea de que los seres humanos poseen un alma, que sobrevive a su muerte, y la doctrina de los espíritus, o idea de que existen seres espirituales (personalizados); por eso, sabemos que todo esto es en relación con la muerte y la creencia de que haya una existencia más allá de ésta, tomando en cuenta de que cada cultura tiene sus propios seres animistas distintivos y su elaboración específica de su concepto de alma. Para hablar de tal punto se hace

²² Diccionario Ilustrado de términos médicos. *Mediclopedia*, Pág.678.

²³ Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de las Personas*. Pág. 618.

²⁴ Tobías, José. *Fin de la existencia de las personas físicas*. Pág. 7



necesario explicar que existen culturas como las que creen que con la muerte la persona tienen dos o más almas, mientras que otros creen que todo esto depende de cada individuo. Tomemos como ejemplo a los jíbaros del este de Ecuador (Harnes, 1982), quienes creen que con la muerte el alma abandona el cuerpo y experimenta una serie de cambios, y es aquí donde se reconocen tres tipos de almas: una ordinaria o verdadera, una alma arutam y una alma mursak.²⁵

También existieron culturas como las de los aztecas que tenían una forma muy peculiar de rendirle culto a la muerte. El pueblo mexicano tiene dos obsesiones: el gusto por la muerte y el amor a las flores. Antes de que nosotros habláramos castilla hubo un día del mes consagrado a la muerte; había una extraña guerra que llamaron florida y en sangre los altares chorreaban buena suerte.

Para los antiguos mexicanos, la oposición entre muerte y vida no era tan absoluta como para nosotros. La vida se prolongaba en la muerte, y a la inversa. Esta afirmación encuentra plena confirmación en los testimonios escritos y arqueológicos que hablan de cómo los pueblos nahuas concebían la muerte.

2.3 La muerte como fenómeno social

La muerte del hombre como destino final inexorable trasciende el mero proceso biológico para plantear importantes repercusiones desde los puntos de vista antropológico, moral, filosófico, etc. Es una situación ante la que la neutralidad o la indiferencia resultan muy difíciles.

“El profesional sanitario se va a enfrentar al fenómeno de la muerte en su trabajo cotidiano y va a proyectar todo su bagaje de ideas, creencias y experiencias en el enfermo agonizante. Debe conocer hasta que punto su actitud ante la muerte no es el fruto de una impregnación cultural, que puede actuar, en muchos casos, más como un factor de enrarecimiento que de ayuda. En cada momento, debe ser capaz de realizar un análisis crítico de las respuestas sociales y descubrir la mejor forma de ayudar al enfermo

²⁵ Meir, Lucy. *Introducción a la antropología social*. Pág. 205.



agonizante enfrentarse con su situación. Las relaciones institucionalizadas, los procesos de psicología social y los valores y actitudes sociales, en el marco de los procesos de socialización, configuran una teoría social de la agonía. La cultura de cualquier sociedad no puede evitar enfrentarse al fenómeno de la muerte, integrándolo en un sistema de creencias, que tienen como finalidad ayudar al individuo enfrentarse a su destino. Como todos los temas trascendentes y nucleares, éste ha sido, es y será objeto de manipulaciones que buscan una utilidad para el grupo social donde se desenvuelve el hombre y tiene, en muchos casos, la finalidad de consolidar la estructura social. Esta puede definirse como la ordenación permanente de la persona en relaciones definidas y controladas por normas o pautas de comportamiento establecidas socialmente.²⁶

2.4. Concepción médica

La muerte clínica es la cesación total e irreversible de cualquier actividad del sistema nervioso central, este último concepto es el que recoge el mayor número de adhesiones en la actual doctrina médico-legal. La muerte clínica significaría el momento de la muerte para todos los efectos jurídicos, a partir del cual es también posible practicar los trasplantes de órganos.

“Definiendo el instante de la muerte cabe preguntarse por el o los métodos adecuados para cerciorarse del hecho de la muerte clínica. La doctrina nos presenta al respecto una pluralidad de métodos, unos clínicos y otros instrumentales. Así, al método tradicional, al diagnóstico clínico de la muerte, se añade en nuestros días la contribución del método electrocardiográfico y del método electroencefalográfico. Este último, ofrecería, en el momento actual, la certeza de haberse producido la muerte clínica. Como afirma un destacado jurista, el inicio y simultaneidad de las condiciones requeridas para verificar el estado de muerte –coma profundo, ausencia de respiración espontánea- requieren de una verificación de ininterrumpida continuidad por doce horas; pero la hora cero: es decir, el momento de la muerte, no se ubica al final de la verificación, sino más bien en el instante en el cual las circunstancias surgieron, con el indicado carácter de simultaneidad. En todo caso, queda abierto al futuro, con el desarrollo de la ciencia y tecnología, la posibilidad de

²⁶ Ibid. Pág. 230.



que otros métodos más precisos y sofisticados puedan sumarse hasta los hoy conocidos y aplicados.²⁷

Problemas arduos de resolver, son aquellos vinculados con la determinación de la muerte clínica, al menos en el caso de que la vida de la persona subsista sólo en base a especializados aparatos de reanimación. La doctrina, la legislación y la jurisprudencia debaten actualmente sobre las diversas implicancias del tema.

2.5. Concepción jurídica

“La persona es un centro de imputación de derechos y obligaciones, en otras palabras, es un sujeto de derecho. El ser humano durante su vida es relación coexistencial con otros seres humanos, pero cuando esta relación se termina, culmina su finalidad como ente vigente (ser existencia y coexistencia a la vez), deja de ser sujeto de derecho, también culmina y como tal muere. En el caso de las personas colectivas y las organizaciones de personas no inscritas no cabe decir que su muerte pone fin a su existencia como centro de imputación de derechos y obligaciones, más propiamente cabría decir que su fin llega como la extinción a que llegan estos sujetos de derecho.

La muerte tiene relevancia jurídica, cuando es determinada clínicamente. Es importante porque con su delimitación se va a dar lugar a que surjan derechos como los de suceder y al protección jurídica de la memoria del difunto, así como la de su cadáver.²⁸

El diagnóstico fundado de cese definitivo de la actividad cerebral verifica la muerte. Cuando no es posible establecer tal diagnóstico, la constatación de paro cardio-respiratorio irreversible confirma la muerte.

Ninguno de estos criterios demuestra por diagnóstico o corroboran por constatación la muerte del individuo, pero podrán figurar como causa de la misma en los documentos que la certifiquen.

²⁷ **Ibid.** Pág. 456.

²⁸ Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho de las personas.** Pág. 132.



2.6. Concepción doctrinaria

“Tal y como lo dice el biólogo Nasif Nahle, para poder tener una definición de muerte, tenemos que también tener una definición de lo que es vida. La vida no es un aliento divino, sino una cualidad térmica de una restringida organización de la materia que no puede ser transferida, infundida o introducida, sino continuada. La vida solamente puede ser mantenida por las estructuras que se han derivado de estructuras vivientes preexistentes. Así, la muerte siempre ocurre como un evento determinístico porque todos los seres vivientes moriremos. Tal y como lo dijo el biólogo Nasif, estamos seguros de que usted, nuestros familiares, nuestros vecinos y nosotros, moriremos algún día. Los sueños sobre una vida eterna son solo eso, sueños.”²⁹

“Sin embargo, no podremos considerar el concepto biológico para completar nuestra concepción integral acerca de la muerte, ya que su complejidad, como hemos podido ver, nos ciñe en un campo demasiado amplio como para explorarlo en un acápite como éste, que lo que busca es dar concepciones que nos ayudarán a dilucidar como entenderemos nosotros el término muerte cuando hablemos de éste. Por ello, nos centraremos en los demás conceptos para poder realizar una integración de éstos que nos ayude para efectos de explicar de lo que es la muerte.

Tal y como lo refiere Rico Lara, citando al filósofo católico Karl Rahner: El morir y la muerte son temas obligados de la biología, la medicina, la filosofía, el derecho, la teología; temas que ninguna de estas ciencias puede confiar despreocupadamente en cualquiera de las otras. Cada una de ellas tiene su propio saber acerca del morir, y de la muerte, que no coincide de manera adecuada con el concepto que las demás tienen de esta realidad, pero que tampoco les es indiferente. En efecto, lo dicho por este filósofo, nos traslada a pensar que cada rama del saber que se preocupa del estudio de lo que la muerte significa para la sociedad, desde distintos puntos de vista, tiene su mira puesta en fijar un concepto de ésta; haciéndolo con las virtudes que posee cada una de dichas ramas, pero también con sus defectos y limitaciones.

²⁹ **Ibid.** Pág. 348.



Así, podemos citar a Morales Godo, quien nos dice que la muerte es uno de los hechos ciertos e inevitables en la existencia del ser humano, ha sido objeto de distintas nociones a través de la historia y, en la actualidad, existen simultáneamente diferentes concepciones que es necesario comprender para arribar a la noción jurídica de la misma.³⁰

Por tanto, se puede decir, basados en la unidad de todos los conceptos que se han desarrollado previamente, que se tiene que llegar a una noción global de lo que muerte significa.

2.6.1. Diferencia entre muerte cerebral, estado de coma y otros estados similares

2.6.1.1. Estado de coma

“Se define el estado de coma como una situación que se caracteriza por la inconsciencia total resistente a los estímulos externos, es decir es una persona que tiene estupor profundo y no responde, ni siquiera al dolor.

Es un síndrome y no una enfermedad en sí, ya que es provocado por alguna enfermedad, lesión o daño cerebral que puede o no ser tratable, según sea el caso. El nivel de conciencia cerebral depende de los grupos neuronales troncoencefálicos que forman el sistema reticular activador ascendente o SARA y para que se produzca un estado de coma, la lesión o enfermedad tiene que afectar este sistema de forma bilateral, es decir en los dos hemisferios y de forma extensa.

2.6.1.2. Muerte cortical

La muerte cortical, tiene la condición discriminante entre vida y muerte, está marcada por la capacidad de autoconciencia o por la posibilidad de poder desarrollar una actividad simbólica y la traducción de este criterio al ámbito axiológico implica la negación de la

³⁰ Morales Godo, Juan. *Hacia una concepción jurídica unitaria de la muerte*. Pág. 19.



calificación al anencéfalo como persona. La aceptación del criterio de la muerte cortical como indicador de la muerte de la persona crea una especie de pendiente resbaladiza (slippery slope en inglés), o se iría más allá de las intenciones originales y en el caso en cuestión se puede hacer referencia, por ejemplo, a los enfermos en estado vegetativo persistente o con graves daños neurológicos y a los ancianos en estado demencial.

2.6.1.3. Muerte encefálica o cerebral

Actualmente, el término de muerte cerebral ha sido sustituido por el de muerte encefálica (M.E.) por ser este último término más consistente con su definición. Así, en el proceso de diagnóstico de la muerte de un ser humano (desde la pérdida inicial de la conciencia hasta la aparición de los fenómenos cadavéricos), definimos como muerte encefálica el momento a partir del cual podemos demostrar que se ha producido un cese irreversible de las funciones de todo el encéfalo. En este diagnóstico la mayor dificultad consiste en demostrar que el proceso es irreversible. Tal y como lo hemos mencionado anteriormente, la muerte encefálica, conocida como muerte cerebral, hace referencia a la cesación definitiva e irreversible de toda función cerebral. Sin embargo, debemos mostrarnos críticos ante esta definición, puesto que, tal y como lo señala Espinoza: "Si apuntamos a un concepto unitario de la muerte, que denominaremos muerte clínica, vale decir, el cese definitivo e irreversible de la actividad cerebral, se verifica la muerte real del ser humano. En efecto, tal y como lo hemos sostenido a lo largo del trabajo, es preferible poseer un término único y global de lo que muerte significa, ya que evitaría confusiones entre el concepto de muerte que estamos proponiendo y otros estados que son similares, pero que no pueden ser denominados como muerte."³¹ Por ello, concordamos con lo que dice el estudioso argentino cuando manifiesta que el término muerte cerebral o muerte encefálica es, por consiguiente, impropio y equívoco y a la situación descrita con esa terminología cabe catalogarla como muerte, sin ninguna clase de adjetivaciones.

Muerte presunta es aquélla declarada por el juez del último domicilio conocido de quien ha desaparecido y se ignora si vive o no, a través de una sentencia ejecutoriada que se

³¹ Espinoza Espinoza, Ob. Cit. Pág. 618.

inscribe en el Registro Civil e Identificación, ante la solicitud de cualquiera que tenga interés en ello.³²



2.7 Legislación comparada

La comparación es fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanza.

2.7.1. España

Período de mera ausencia

Comienza desde que han dejado de tenerse noticias del ausente. Es un estado de hecho en el cual el objetivo fundamental es proteger los derechos del ausente, para lo cual se tiende a la administración de sus bienes (representantes legales, apoderados, curador de bienes). Este período termina por:

- a) Reaparecimiento de ausente
- b) Conocimiento efectivo de la fecha real de muerte del desaparecido
- c) Cumplimiento de los plazos para la declaración de muerte presunta y posesión definitiva o provisoria según el caso: normalmente serán cinco años, pero será un año si la desaparición se produjo en un sismo o catástrofe (Artículo 81 del Código Civil), o 6 meses si provino de la pérdida de una nave o aeronave. Cumplidos éstos sin que aparezca el desaparecido se procede a la declaración de la muerte presunta.

Prueba de la ausencia

Implica que no se hayan tenido noticias y se hayan hecho las gestiones necesarias para averiguar el paradero.

³² Morales Godo, Juan. Ob. Cit. Pág. 33.

Fijación del día presuntivo de muerte



El juez lo fijará de acuerdo a las siguientes reglas (Artículo 81 del Código Civil): Norma general: último día del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias. En caso de herida grave en la guerra u otro peligro semejante: día de la acción de guerra o peligro; si no es determinado, término medio entre principio y fin de la época en que pudo ocurrir. Lo mismo en caso de pérdida de nave o aeronave. En caso de sismo, catástrofe o fenómeno natural: fecha de tal evento.

Período de posesión provisoria

Se decreta trascurrido los plazos arriba señalados. No existe en los casos de guerra ni de catástrofe recién señalados, en los cuales se concede de inmediato la posesión definitiva. Ocurre lo mismo en el caso de que pasados cinco años desde las últimas noticias, se pruebe que han transcurrido 70 desde el nacimiento del desaparecido:

- a) Puede solicitarla: Sólo los herederos presuntivos y a falta de ellos, tras la declaración de herencia yacente se nombrará curador. Ellos serán obligados a realizar inventario de bienes y caución de conservación y restitución y harán suyos los respectivos frutos e intereses. Poseen a título de usufructo legal o como propietarios a condición resolutoria.
- b) Disposición de los bienes: se hace por pública subasta. Muebles: requiere calificación de conveniencia por el juez, previa audiencia del defensor de ausentes. Inmuebles: sólo puede autorizarla el juez con conocimiento de causa por causa necesaria o utilidad evidente

Efectos del decreto de posesión provisoria

- a) Término de la sociedad conyugal o participación en los gananciales (Artículo 84 del Código Civil)



- b) Emancipación de los hijos (Artículos 6 y 7 del Código Civil).
- c) Apertura de la sucesión (Artículo 84 del Código Civil).

Término de la posesión provisoria

- a) Reparación del ausente
- b) Conocimiento efectivo de la fecha real de muerte del desaparecido
- c) *Decreto de la posesión definitiva*

Período de posesión definitiva

El juez concederá posesión definitiva transcurridos 10 años desde la fecha de las últimas noticias. En los casos en que no hay posesión provisoria, los plazos son distintos: un año desde el día presuntivo de la muerte en caso de sismo, catástrofe y pérdida de nave o aeronave; cinco años desde las últimas noticias en caso de herida de guerra u otro peligro o habiendo transcurrido 70 años desde el nacimiento (Artículo 43) Puede pedirla cualquiera que tenga interés en ello y debe inscribirse. Efectos del decreto de posesión definitiva:

- a) Disolución del matrimonio.
- b) Todos aquellos que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido podrán hacerlos valer (Artículo 91 del Código Civil).
- c) Apertura de la sucesión en caso de no haber posesión provisoria (Artículo 90 del Código Civil).
- d) Cancelación de las cauciones constituidas por los herederos provisorios y cesación de las restricciones impuestas a ellos (Artículo 90 del Código Civil).
- e) Puede procederse a la partición de los bienes.



Rescisión de la posesión definitiva

Este decreto puede rescindirse si el desaparecido reaparece, a favor del desaparecido, de sus legitimarios habidos durante el desaparecimiento, o de su cónyuge por matrimonio contraído en esa época de conformidad con el Artículo 93 del Código Civil.

- a) Causales:** Procede con el reaparecimiento del ausente, si se tuvieren noticias exactas de su existencia o de la muerte real del mismo.
- b) Quienes pueden pedirla:** El mismo ausente, sus legitimarios habidos durante el desaparecimiento cuya existencia se desconocía y la cónyuge del desaparecido por matrimonio contraído en la época del desaparecimiento.
- c) Plazo para pedirla:** *El desaparecido puede pedirla en cualquier plazo y los demás en el tiempo de prescripción contado desde la fecha de la verdadera muerte.*
- d) Efectos de la posesión definitiva:** Los herederos presuntivos deben restituir los bienes en el estado en que se encuentren, y son considerados poseedores de buena fe. Ocultar la verdadera muerte o existencia del desaparecido constituye mala fe (Artículo 94 del Código Civil).
- e) Respecto a los terceros, el reaparecido no tiene acciones (Artículo 94 del Código Civil)**

La institución jurídica de la ausencia por desaparición forzada fue normada en España a través de la Ley 28413, publicada el 11 de diciembre 2004. Su finalidad es otorgar una solución práctica y eficaz al reconocimiento de los derechos de aquellos familiares e interesados de quienes por motivos especiales se desconoce su paradero, habiéndose producido su desaparición en la forma y oportunidad que establece la ley.

En España se regula una situación jurídica en especial, la posición frente al ordenamiento jurídico que asume aquel sujeto cuyo paradero desconocemos, atribuyéndole el estado civil de muerto, no de desaparecido ni ausente, en la medida que los efectos directos son



la declaración de muerte presunta a través de un proceso judicial específico de acuerdo
Artículo 13 de la citada ley.

Como fenómeno jurídico, la ausencia por desaparición forzada se subsume dentro de la figura de la ausencia. Sin embargo, técnicamente, si bien no está considerado en el Artículo 63 del Código Civil, es un supuesto para declarar la muerte presunta incorporado a la normatividad a través de la ley española (descodificación de un supuesto).

En base a todo lo anterior, concerniente a la legislación española, en cuanto a la ausencia y la muerte presunta, a continuación se plantean algunos de los puntos más relevantes en cuanto a lo expuesto:

- A) La ley española es una norma especial que sigue la tendencia, en el derecho comparado, de aquellos países que sufrieron innumerables desapariciones involuntarias de sus ciudadanos sin tener noticias de su paradero (por la guerrilla, terrorismo, narcotráfico, conflictos sociales, etc.), estando en armonía, además, con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Brasil, 9 de junio de 1994), así como con la doctrina jurisprudencial dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- B) La ausencia por desaparición forzada tiene como naturaleza jurídica la de ser un hecho con trascendencia legal. Es decir, se trata de un hecho jurídico que genera consecuencias normativas en las relaciones personales, por lo que amerita un *tratamiento sui géneris* a efectos de brindar una eficiente seguridad jurídica.

- C) Como institución, no es una modalidad de la ausencia en sí. Por el contrario, es un supuesto adicional consagrado en la ley a través del cual se decreta judicialmente la muerte presunta. Por el mismo mérito de su naturaleza, el hecho jurídico creado precisa ser inscrito, no de acuerdo a su construcción legal de la ausencia en sí, sino por el contrario a su consecuencia directa que es la muerte judicialmente declarada de la persona.



- D) Para evitar este tipo de confusiones se considera que la institución debió llamarse diferente: declaración de muerte presunta por desaparición forzada. Esta es la denominación real que evita la errónea categorización generada por el actual nomen iuris que se condice con la situación jurídica tratada. Es una ausencia extrema que permite presumir y declarar la finiquitación del desaparecido en las situaciones indicadas.
- E) La sentencia de mérito del proceso judicial seguido para los así desaparecidos tiene como única finalidad acabar con la incertidumbre de la falta de presencia del individuo lo que, sumado a las circunstancias indicadas en la ley, genera la presumibilidad de la muerte, determinando efectos especiales que trascienden la vida en relación.
- F) La sentencia fija como fecha presunta de la desaparición forzada la que aparece en la constancia expedida por el Registro Especial de Ausencia por Desaparición Forzada de la Defensoría del Pueblo (como lo indica el Artículo 11.2) en concordancia con el Artículo 4 de la ley). Esta fecha indica el día presuntivo del fallecimiento. Mismo es el sentido del Artículo 65 del Código Civil dado que, indicándose las fechas, se permite tener claramente establecido el momento a partir de cuándo surte efecto la muerte.
- G) Así las cosas, las consecuencias de la declaración de ausencia por desaparición forzada son los de la declaración judicial de muerte presunta consagrada en el Código Civil; es decir la muerte, generando la disolución del matrimonio, apertura de la sucesión y, entre otros más, extinción de los mandatos y poderes para lo cual se requiere la previa inscripción de la muerte en el Registro Personal. Y es que, como hecho jurídico, la muerte (judicialmente declarada o clínicamente comprobada) debe ser inscrita para dar pie a la trascendencia social y jurídica de afectación a las relaciones personales del difunto y sus familiares. Esta sentencia debe inscribirse en el Registro de Defunciones del Registro del Estado Civil al tratarse de una declaración de muerte presunta con efectos jurídicos, únicos y exclusivos, como son la muerte de la persona, no otros, conforme reza el Artículo 64 del Código Civil. Esta situación es corroborada por la propia ley cuando indica que concluido el proceso judicial el Juez de Paz Letrado ordena la inscripción de la sentencia en el Registro Nacional de

Identificación y Estado Civil según lo dispuesto en el Artículo 7º literal b) de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Artículo 11.3).



- H) La recomendación de la Defensoría en su Informe Defensoría Número 128 que pide implementar los instrumentos necesarios para la adecuada inscripción de las sentencias que declaran judicialmente la ausencia por desaparición forzada en RENIEC, de manera tal que dejen de utilizarse actas de defunción para su registro, no sólo carece de sentido sino que es inaplicable e inorgánicamente funcional.
- I) La recomendación de la Defensoría del Pueblo de implementar un Registro Especial generaría una triple inscripción: (i) la ausencia por desaparición forzada como estado civil carente de consecuencia jurídica, (ii) la declaración de muerte presunta en el registro personal y, (iii) la muerte en el registro de defunción. Esto rompe el principio del derecho registral en materia de estado civil referido a la unidad y exclusividad, en el sentido que no pueden tramitarse inscripciones diversas sobre un mismo hecho jurídico.

Regulación de la muerte presunta en España

“Artículo 63. Declaración de muerte presunta (España)

1. Cuando hayan transcurrido 10 años
2. Cuando hayan transcurrido 2 años
3. Cuando exista certeza de la muerte”

En el inciso primero, se procede a declarar la muerte presunta cuando han transcurrido diez años desde que se tuvo las últimas noticias de la desaparición, o en caso contrario ese plazo se reduce a cinco años si la persona tiene ochenta años debido a que el fallecimiento de una persona que supera dicha edad tiene mayor probabilidad de producirse.

En el Artículo 63 inciso 1, la ley no requiere la existencia de ninguna causa que haga suponer el fallecimiento del ausente. Pero en el ordenamiento jurídico español el legislador

ve que el plazo de 10 años es suficiente para pedir la declaración de muerte presunta, un plazo que varía en diversas legislaciones.



En el segundo inciso, el plazo se ve reducido hasta dos años si hubo circunstancias constitutivas de peligro de muerte. Estas circunstancias podrían ser violencia, como por ejemplo en el caso de Perú en la época de los 80, una guerra, el naufragio de barcos, caída y destrucción de una aeronave, terremoto, etc. Teniendo en cuenta que el cómputo de los dos años que se señala en el inciso, se inicia a partir del cese del evento peligroso.

En el tercer inciso, prima la certeza, el estar seguro de que una persona ha muerto, sin la necesidad de que su cadáver sea encontrado o reconocido. La certeza se vale del testimonio indubitable, que permita llegar a la nacional evidencia tanto del hecho que originó la muerte de la persona, como que, de tal acontecimiento no se podía salir con vida.

“Se puede indicar como ejemplo: el incendio en Mesa Redonda, donde los cadáveres estuvieron tan calcinados que para los familiares de los comerciantes y ambulantes fue imposible identificar a los suyos. Pero era tal la certeza de que nadie sobreviviera a ese acontecimiento desastroso que a toda persona que se reportaba desaparecida procedía a que se declararan muertos presuntos.”³³

2.7.2. Venezuela

La ausencia en cuanto a la legislación venezolana no es más que la condición de la persona física cuya existencia es incierta debido a determinados hechos señalados por la ley. Es característica de la ausencia, la duda acerca de si la persona está viva o ha muerto ya; pero no basta cualquier duda sino que es necesario que la duda resulte de los hechos determinados por la ley.

³³ López Blanco, Hernán Fabio, **Instituciones de derecho procesal civil colombiano**. Pág.141.

La ausencia de las personas naturales



En el régimen ordinario de la ausencia, la ley distingue tres fases, etapas o grados

- a) La ausencia presunta,
- b) La ausencia declarada y
- c) La muerte presunta.

En otras legislaciones está regulada que la declaración de muerte cuando se considera que la posibilidad de supervivencia es prácticamente nula; pero, sólo se llega hasta una presunción de muerte cuyos efectos jurídicos no se equiparan a los de la muerte propiamente dicha.

- a) Supuesto. La ley presume ausente a la persona cuando concurren las dos circunstancias siguientes:
 - a) Que la persona haya desaparecido de su último domicilio o residencia; y
 - b) Que no se tenga noticias de la persona (Código Civil, Artículo 418), ni emanadas de ella ni de otro. En cuanto a la persona que haya desaparecido de su último domicilio o residencia, debe aclararse que el verbo desaparecer no debe tomarse en su acepción más propia de ocultarse o quitarse de la vista de uno con presteza o velocidad, sino que para considerar que una persona ha desaparecido de su último domicilio o residencia, basta con que el individuo haya dejado de aparecer o presentarse allí, aunque conste que originalmente se alejó del lugar en forma regular por ejemplo: embarcándose para tratar negocios en el exterior.
- b) Carácter. La presunción de ausencia es una presunción iuris tantum, o sea, que admite prueba en contrario.

Mientras dura la presunción de ausencia, la ley prácticamente se limita a proteger los intereses del presunto ausente (aunque con ello indirectamente protege también los intereses de otras personas como por ejemplo el de los presuntos herederos).



A) Las medidas legales de protección del ausente, varían según que éste ~~haya dejado~~ apoderado o no lo haya dejado.

a) Si el presunto ausente no ha dejado apoderado, el juez del último domicilio o de la última residencia del ausente puede, a instancia de los interesados o de los herederos presuntos, nombrar una persona que represente al ausente en juicio, en la formación de inventarios o cuentas, o en las liquidaciones y particiones en que el ausente tenga interés: y dictar cualesquiera otras providencias necesarias a la conservación de su patrimonio (Código Civil, Artículo 419). Las facultades del representante en juicio serán las mismas atribuidas al defensor del no presente (Código Civil, Artículo 419). Para el nombramiento de representante se preferirá al cónyuge no separado legalmente, salvo motivos graves que apreciará el juez de conformidad con el Código Civil, Artículo 419.

Entre los interesados que pueden solicitar las medidas arriba señaladas pueden indicarse al cónyuge, los condueños y los acreedores del presunto ausente; los herederos presuntos a quienes se refiere la ley son las personas que hubieran sido los herederos del presunto ausente si éste hubiera muerto el día de las últimas noticias.

b) Si el presunto ausente ha dejado apoderado, el juez proveerá sólo los casos para los cuales dicho apoderado no tenga facultades y se las dará a éste si no encontrare motivos que se opongan (Código Civil, Artículo 419).

B) En todo caso, desde que ocurra la presunción de ausencia de uno de los padres, el otro ejercerá la patria potestad y si éste ha fallecido o estuviere en la imposibilidad de ejercerla, se abrirá la tutela (Código Civil, Artículo 420),

Asimismo se puede indicar que la presunción de ausencia cesa en tres casos:

A. Cuando se prueba la existencia de quien se presumía ausente;

- B. Cuando se prueba su muerte; y
- C. Cuando se dicta sentencia definitivamente firme que declare su ausencia.



Ausencia declarada

La declaración de ausencia presupone que hayan transcurrido dos años de ausencia presunta, si el causante no dejó mandatario para administración de sus bienes, o tres, en caso contrario (Código Civil, Artículo 421). La diferencia del plazo entre uno y otro caso se debe a que el hecho de dejar esa clase de mandatario, constituye un indicio de que el propio interesado previó un alejamiento prolongado y de que, por ende, es menos probable que el mismo se deba a su muerte. Siendo esa la razón de la diferencia, debe concluirse que el plazo no se modifica por el hecho de que el mandatario haya muerto o haya renunciado al mandato.

Obsérvese que la ley se refiere a que el ausente hubiere dejado mandatario para la administración de sus bienes y no para otros efectos. Por lo demás, no es necesario que el apoderado esté facultado para administrar todos los bienes del ausente siendo suficiente que pueda administrar los más importantes de ellos. Asimismo, pueden pedir solicitud de declaración de ausencia:

- a) Los presuntos herederos ab intestato, y contradictoriamente con ellos, ya que tienen intereses opuestos, los presuntos herederos testamentarios, si los hubiere, y
- b) Las personas que tengan sobre los bienes del ausente un derecho que dependa de la muerte de éste, por ejemplo: el nudo propietario de un bien sobre el cual el ausente tenga un usufructo vitalicio.

Estas personas actuarán contradictoriamente con los presuntos herederos.

El cónyuge así como puede solicitar la declaración de ausencia de su cónyuge, también está legitimado para tomar la posición opuesta, o sea, contradecir en juicio cualquier solicitud de esa clase que haya hecho otra persona (Código Civil, Artículo 425) facultad que

se explica por el interés que pueda tener en que no se declare la ausencia para evitar la disolución de la comunidad conyugal.



Procedimiento

Acreditados los supuestos necesarios para que se declare la ausencia, el juez ordenará que se emplace a la persona de cuya ausencia se trata para que comparezca o dé aviso, en forma auténtica, de su existencia, en un lapso de tres meses (Código Civil, Artículo 422, este emplazamiento se hará por medio de publicación en un periódico, repetido cada quince días durante el lapso de la comparecencia (Código Civil, Artículo 422).

Si transcurrido el lapso de citación, no comparece el ausente por sí o por medio de su apoderado, ni da aviso en forma auténtica de su existencia, el juez le nombrará un defensor con quien se seguirá juicio ordinario sobre la declaración de ausencia (Código Civil, Artículo 423).

En cualquier estado del juicio, se declarará terminado al comparecer el presunto ausente u obtenerse en forma auténtica noticia de su existencia (Código Civil, Artículo 424).

La sentencia que cause ejecutoria se publicará también en un periódico (Código Civil, Artículo 424).

Efectos de la declaración de ausencia

A) Ejecutoriada la sentencia que declare la ausencia, el tribunal a solicitud de cualquier interesado ordenará la apertura de los actos de última voluntad del ausente (Código Civil, Artículo 426). Se discute quienes son los interesados a este efecto. Los presuntos herederos ab intestato y las personas que tienen un derecho u obligación que dependa de la muerte del ausente, porque estas personas no pueden hacer valer sus pretensiones sino contradictoriamente con los herederos del ausente, de modo que necesitan saber quiénes son esos herederos.



- B) Los herederos del ausente, si éste hubiera muerto el día de las últimas noticias de su existencia, o los herederos de aquéllas, pueden pedir al juez la posesión provisional de los bienes del ausente (Código Civil, Artículo 426).
- a) No se pondrá en posesión de los bienes a los herederos sino dando caución hipotecaria, prendaria o fiduciario (fianza) por una cantidad que fijará el juez, o mediante cualesquiera otras precauciones que el juez estime convenientes en interés del ausente, si no pudieren prestar la caución (Código Civil, Artículo 426).
 - b) La posesión provisional de los bienes deberá darse por formal inventario (Código Civil, Artículo 429).
- C) La posesión provisional da a los que la obtienen y a sus sucesores, la administración de los bienes del ausente, el derecho de ejercer en juicio las acciones que a éste competan y el goce de los bienes en la proporción que se indicará (Código Civil, Artículo 428).
- a) En cuanto a los poderes de administrar debe señalarse que la ley exige a los poseedores provisionales que obtengan autorización judicial para todos los actos que excedan de la simple administración (Artículo 429, Código Civil).
 - b) Así como la ley atribuye a los poseedores provisionales la facultad de ejercer en juicio las acciones del ausente dispone, que después del decreto que haya acordado la posesión provisional, las acciones contra el ausente, se dirigirán contra los que hubieren obtenido dicha posesión (Código Civil, Artículo 433). En consecuencia, a partir del decreto indicado, el juez competente para conocer de las demandas contra el ausente no será el del último domicilio de éste, sino el del domicilio del poseedor provisional.
 - c) En cuanto al goce de los bienes la ley establece que: I. Los ascendientes, descendientes y el cónyuge que tengan la posesión provisional, hacen suyos el producto íntegro de las rentas de los bienes del ausente desde el día en que obtuvieron la posesión (Código Civil, Artículo 429). Y II. Las demás personas harán

suya la mitad de dichas rentas en los cinco primeros años, a contar desde el día en que obtuvieron la posesión provisional; y harán suyo el total de dichas rentas después de dicho plazo (Código Civil, Artículo 429).



d) El juez acordará, si lo creyere conveniente, la venta en totalidad o en parte de los bienes muebles, determinando el empleo que debe dársele al precio para dejarlo asegurado, y cuidará de que se cumpla esta determinación (Código Civil Artículo 429)

D) Declarada la ausencia, quienes tengan derecho sobre los bienes del ausente que dependan de su muerte, pueden pedir, contradictoriamente con los herederos, el ejercicio provisional de esos derechos (Código Civil, Artículo 426)

E) Aunque no lo diga expresamente la ley, los deudores cuya liberación dependa de la muerte del ausente (Ejemplo: el obligado a pagarle vitaliciamente una suma), por analogía, pueden pedir al juez que declare su liberación provisional, previa caución u otra precaución que al supla si no pueden prestarla.

F) La declaración de ausencia disuelve la comunidad de los bienes en el matrimonio (Código Civil, Artículo 173) si bien el matrimonio mismo subsiste.

G) El cónyuge del ausente, además de lo que le corresponde por los convenios de matrimonio y por sucesión, puede en caso necesario, obtener una pensión alimenticia, que se determinará por la condición de la familia y la cuantía del patrimonio del ausente (Código Civil, Artículo 427).

Cesación de los efectos de la declaración de ausencia

A) La cesación absoluta (erga omnes)

a. Si durante la posesión provisional vuelve el ausente o se prueba su existencia, cesan los efectos de la declaración, salvo, si hay lugar a las garantías de conservación y



administración del patrimonio constituido conforme a las exigencias de la ley (Código Civil, Artículo 431). En tal caso, los poseedores provisionales de los bienes deben restituirlos con las rentas en la proporción en que no las han hecho suyas (Código Civil, Artículo 431). Si los poseedores provisionales han efectuado gastos de conservación de los bienes del ausente creemos que no tienen acción contra éste para obtener su reembolso; pero si efectuaron mejoras en dichos bienes pueden reclamar la suma menor entre el mayor valor dado a la cosa y el monto de las dispensas.

- b. Si durante la posesión provisional se descubre de una manera cierta la época de la muerte del ausente, se abre la sucesión a favor de los que en esa época eran sus herederos, y si fueren otros lo que han gozado de los bienes, están obligados a restituirlos con las rentas en la proporción en que respecto de éstos corresponda (Código Civil, Artículo 432).

B) La cesación relativa

La cesación relativa sólo está prevista expresamente por la ley en orden a la posesión provisional de los bienes, aunque la respectiva norma se aplicamutatis mutandis a los otros efectos de la declaración de ausencia.

En cuanto a la posesión provisional dispone al ley que si durante aquélla, alguien prueba que al tiempo de las últimas noticias tenía un derecho superior o igual al del poseedor actual, puede, según los casos, excluir a éste de la posesión o hacerse asociar a dicha posesión, pero no tiene derechos a los frutos, sino desde el día en que proponga demanda (Artículo 430 del Código Civil). Esta limitación relativa a los frutos suele explicarse como una sanción para quien no pidió oportunamente la posesión provisional o como una garantía mínima a la persona del poseedor provisional. La explicación no es satisfactoria porque la limitación afecta incluso a quien prueba haberse encontrado sin su culpa en la imposibilidad de pedir la posesión provisional con anterioridad y porque beneficia incluso al poseedor de mala fe.



Presunción de muerte

Si la ausencia ha continuado por espacio de diez años desde que fue declarada, o si han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente, el juez, a petición de cualquier interesado, declarará la presunción de muerte y junto con ella acordará la posesión definitiva de los bienes y la cesación de las garantías que se han impuesto (Código Civil, Artículo 434). Esa determinación se publicará por la imprenta (Código Civil, Artículo 434, 2ª disposición).

No es necesario intentar un nuevo juicio para obtener la correspondiente decisión del juez; pero sí se requiere la constatación judicial de que procede declarar la presunción de muerte.

Efectos de la presunción de muerte

- A) La declaración judicial de la presunción de muerte cambia la posesión provisional de los bienes del ausente, en posesión definitiva. Ésta permite a los presuntos herederos proceder a la partición y disponer libremente de los bienes (Código Civil, Artículo 435) y hacer cesar las garantías exigidas para la posesión provisional (Código Civil, Artículo 434).

Aunque cuando la hipótesis normal es que al declararse la presunción de muerte, los poseedores provisionales se conviertan en poseedores definitivos, lo cierto es que las personas que tenían derecho a pedir la posesión provisional, pero que no la obtuvieron.

- B) Aun cuando la ley no lo establezca expresamente, el ejercicio provisional de derechos y la liberación temporal de obligaciones decretados a consecuencia de la declaración de ausencia, se hacen definitivos al decretarse la presunción de muerte.

C) La presunción de muerte no disuelve el matrimonio ni constituye causal de divorcio ni de separación de cuerpos. Pero si el cónyuge del ausente, aunque se trate de un presunto o declarado ausente y no de un presunto muerto, contrae matrimonio – a pesar de la prohibición legal –, ese matrimonio no puede impugnarse mientras dure la ausencia (Código Civil, Artículo 122, ap. 1º). Esta deposición es perfectamente explicable. No puede anularse el nuevo matrimonio si no consta de certeza que subsiste el vínculo anterior, y como en caso de ausencia se duda acerca de la existencia del ausente, no hay seguridad de que el vínculo anterior subsista (ya que si realmente el ausente ha muerto, su matrimonio se disolvió, y caso contrario, subsiste).

Cesación de los efectos de la presunción de muerte

A) Si después de la toma de posesión definitiva, volviere el ausente o se probare su existencia, recobrará los bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho a reclamar el precio de los que hayan sido enajenados si aún se debiere, o los bienes provenientes del empleo de este precio (Código Civil, Artículo 436).

Por otra parte, el ausente no puede reclamar nada al poseedor definitivo por el hecho de haber enajenado bienes a título gratuito o por haber dejado que perecieran o sufrieran deterioros. En cambio, los poseedores definitivos no pueden pedir el reembolso de los gastos de conservación que hubieren efectuado en razón del principio general de que tales gastos son a cargo de quien hace suyos los frutos de la cosa.

B) Si después de la posesión definitiva se descubriere de una manera cierta la época de la muerte del ausente, los que en esa época eran los herederos o legatarios, o hubiesen adquirido algún derecho a cusa de su muerte, o en su caso, los sucesores de unos u otros, podrán intentar las acciones que les competan, salvo los derechos que los poseedores hayan adquirido por prescripción o por percepción de frutos de buena fe (Código Civil, Artículo 437).



Presunción de muerte por accidente

Dentro de los supuestos para que proceda, la declaratoria de la presunción de muerte por accidente son:

- A) Supuestos. Sólo procede la presunción de muerte por accidente cuando ocurran las dos circunstancias siguientes:
- a) Que una persona se haya encontrado en un naufragio, incendio, terremoto, guerra u otro siniestro semejante (Código Civil, Artículo 438, encabezado). A este propósito es necesario destacar: a. que tal enumeración es enunciativa, de modo que deben considerarse incluidos otros siniestros semejantes, tales como caída violenta de aeronaves, explosión de calderas en una fábrica, etc. Y b. que, en su caso deben probarse dos hechos: el siniestro y la presencia de la persona en él.
 - b) Que a raíz del siniestro no se haya tenido noticia de la existencia de la persona de que se trata (Código Civil, Artículo 438, encabezado). Es obvio que si se ha tenido noticia de que ha sobrevivido al siniestro no procede la presunción de muerte por accidente y que si se sabe que ha muerto en el accidente se está frente a un caso de muerte que se acreditará con la partida de defunción, levantada con las formalidades de ley o por cualquier medio de prueba en los casos previsto en el Artículo 486 del Código Civil.
- B) Legitimación activa. Puede pedir que se declare la presunción de muerte por accidente:
- a) Cualquier presunto heredero ab intestato o testamentario, o
 - b) Quienquiera que tenga acciones eventuales que dependan de la muerte de la persona de que se trata (Código Civil, Artículo 438, encabezado).



- C) Intervención del cónyuge. Por analogía con las normas sobre el juicio de declaración de ausencia, debe admitirse que el cónyuge del pretendido ausente pueda contradecir la solicitud de que se declare la presunción de muerte por accidente.

- D) Procedimiento. El procedimiento comienza por solicitud dirigida al Juez de Primera Instancia que ejerza la jurisdicción civil en el lugar del último domicilio del pretendido ausente (Código Civil, Artículo 438), o de la última residencia si no se conociese aquél (Código Civil, Artículo 438, aparte único 1ª disposición). Pasado dicho período se evacuarán las pruebas y luego el juez decidirá (Código Civil, Artículo 438, aparte único, 2ª disposición)

Efectos de la presunción de muerte por accidente

- A) Los efectos inmediatos de la declaración de la presunción de muerte por accidente son los mismos efectos de la declaración (ordinaria) de ausencia (Código Civil, Artículo 439). En consecuencia, la presunción de muerte por accidente suprime la primera fase ordinaria de la ausencia, o sea, la presunción de ausencia.

- B) Pasados tres años de haberse declarado la presunción de muerte por accidente, el Tribunal, a petición de cualquier interesado, acordará la posesión definitiva de los bienes y la cesación de las garantías que se han impuesto, o sea, las medidas establecidas para la presunción (ordinaria) de la muerte (Código Civil, Artículo 440), sin que al efecto tenga relevancia el tiempo transcurrido desde el nacimiento del ausente.

Caso en el que se constate la existencia del declarado presunto muerto por accidente

El principio fundamental en la materia, es que no se admitirá la reclamación de ningún derecho en nombre de una persona cuya existencia se ignore, si no se prueba que dicha persona existía cuando el derecho tuvo nacimiento (Código Civil, Artículo 441). En consecuencia, los derechos nacidos antes de la ausencia, pueden ser reclamados por el

representante del ausente presunto o por los poseedores provisionales, o ~~definitivos del~~ declarado ausente o del presunto muerto, respectivamente; pero en cambio ~~nadie puede~~ reclamar en nombre del ausente, los derechos nacidos después de su ausencia.



La no presencia de las personas naturales

No presente es la persona que no se encuentra en el país en un momento dado, sin que exista motivo legal para dudar de su existencia. Asimismo, cuando se compruebe que el demandado no está en la república, se le citará en la persona de su apoderado, si lo tuviere. Si no lo tuviere, o si el que tenga se negare a representarlo, se convocará al demandado por carteles, para que dentro de un término que fijará el juez, el cual no podrá ser menor de treinta días ni mayor de cuarenta y cinco, según las circunstancias, comparezca personalmente o por medio de apoderado. Estos carteles deberán contener las menciones indicadas en el Artículo anterior y se publicarán en dos diarios de los de mayor circulación en la localidad, que indicará expresamente el juez, durante treinta días continuos, una vez por semana. Si pasado dicho término no compareciere el no presente, ni ningún representante suyo, el tribunal le nombrará defensor, con quien se entenderá la citación.

La no presencia produce dos efectos civiles principales:

- A) La exclusión del no presente del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos (Código Civil, Artículo 262)

- B) El nombramiento de un defensor al no presente:
 - a) Cuando sea demandada una persona no presente en el país, cuya existencia no esté en duda y que no tenga quien legalmente la represente (Código Civil, Artículo 417, encabezado), todo de acuerdo con la ley procesal que agrega otras exigencias (Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 224). En este caso, es necesario pues que a la no presencia del sujeto, se unan las circunstancias de haber sido

demandado en Venezuela, carecer de quien pueda representarlo en dicho juicio y haberse llenado algunas exigencias procesales y,



- b) Cuando haya de practicarse alguna diligencia judicial o extrajudicial, para lo cual sea indispensable la citación o representación del no presente (Código Civil, Artículo 417), siempre que éste carezca de quien pueda representarlo a tales efectos. Este segundo caso fue previsto expresamente en el Código Civil de 1942, con lo cual se consagró el criterio de la jurisprudencia anterior que, por analogía con el caso de la demanda intentada contra el no presente, nombraba a éste defensor para las diligencias señaladas.
- c) El defensor puede y debe representar al no presente en el juicio o diligencia de que se trate, en defensa de sus intereses; pero sus poderes están limitados en el sentido de que no podrá convenir en la demanda ni transigir si no obtuviere el dictamen favorable y conforme de dos asesores de notoria competencia y probidad que, para estos casos nombrará el Tribunal de Primera Instancia de la jurisdicción en donde curse el asunto, a petición del defensor (Código Civil, Artículo 418, último aparte). Es de observar que, obtenido ese dictamen con las condiciones exigidas, el defensor no requiere autorización judicial para convenir o transigir.

2.8. Razones para declarar la muerte presunta en Guatemala

De conformidad con el Código Civil guatemalteco la muerte presunta procede después de haberse declarado la ausencia; y según el mismo cuerpo legal es ausente la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella. También se considera ausente, para los efectos legales, la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora.

Cuando se haya declarado la ausencia, legalmente, se procede a nombrar el guardador de los bienes del ausente, y posteriormente se declarará la administración de ellos. Transcurridos cinco años desde que se decretó la administración de los bienes del ausente



o desde que se tuvo la última noticia del ausente, en caso que no haber bienes, podrá declararse la muerte presunta de éste.

La legislación guatemalteca también contempla ciertos casos excepcionales en los que no es necesario que se declare la usencia previo a declarar la muerte presunta, ni tampoco que transcurran cinco años después de desaparecida la persona, ya que regula que en caso de que una persona desapareciere durante una guerra en que haya tomado parte o se hubiere encontrado en la zona de operaciones, o que haya desaparecido mientras se encontraba a bordo de un buque náufrago o en un accidente de aviación sólo es necesario que transcurra un año después de finalizado u ocurrido el acontecimiento, respectivamente. Y en caso de que se tratase de que la persona hubiere desaparecido por causa de explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro se declarará de inmediato sin necesidad de que transcurra algún plazo.

De las diferentes legislaciones, que forman parte de la presente investigación, concretamente España, Venezuela y Guatemala, es importante indicar la preocupación por parte del Organismo Legislativo en cada país antes mencionado de establecer normas y soluciones con respecto a la ausencia, y a la muerte presunta; principalmente en aquellos casos en que el presunto muerto aparece o se prueba su existencia.

Con respecto a la legislación española, ésta regula la institución de la ausencia desde el momento en que se ha dejado de tener noticia del ausente; por lo tanto, es necesario la prueba de la misma e importante indicar que el plazo comienza a correr desde el día presunto de dicha muerte y así mismo le corresponde a los herederos un periodo provisorio para la administración de los bienes y para el efecto, una vez en posición de los mismos, se debe declarar judicialmente dicho acto con relación a los bienes del presunto muerto.

Por su parte la legislación de Venezuela, establece que en la ausencia, existe duda si la persona está viva o muerta, y le corresponde al juez la declaración respectiva y para el efecto regula la ausencia presunta, ausencia declarada y la muerte presunta y algo importante como lo es la presunción de ausencia, misma que es considerada iuris tantum, lo que significa que admite prueba en contraria. Con respecto a las medidas legales de



protección al ausente, en dicha legislación varían, según éste haya dejado o no **apoderado** para representarlo. Dándole la oportunidad a los padres del ausente en caso de **falta de** mandatario para la administración exclusiva de los bienes, algo que no ocurre en la legislación española; además, fija el procedimiento para la declaración de la ausencia, emplazando el juez competente, para que comparezcan en un plazo fijado en dicha ley; de no hacerlo, se nombrará un representante legal quien recibe el nombre de defensor y finalmente, la resolución que resuelva el litigio deberá de ser publicada en un periódico de mayor circulación.

Interesante resultan algunas particularidades de la regulación venezolana arriba indicada, como lo es, la muerte presunta, lo que permite a los herederos proceder a la partición libremente de los bienes, pudiendo declararse aun la declaración de muerte por accidente; asimismo, los efectos de la presunción de muerte por accidente, coinciden con la declaración ordinaria de ausencia; en consecuencia, la presunción de muerte por accidente suprime la fase ordinaria de la ausencia, únicamente para efectos legales.

Para el caso de Guatemala, el Código Civil, desarrolla toda la institución de la ausencia, particularmente admite la clasificación doctrinaria, en cuanto a la ausencia material y simple en el Artículo 42; y la muerte presunta en el Artículo 64, reconociendo algunas similitudes de la legislación venezolana en cuanto al nombramiento del representante del ausente, quien para efectos legales se denomina administrador de los bienes de éste y; los motivos por los cuales termina el cargo de guardador, quien tendrá derecho a una retribución anual no estableciéndola de esta manera la legislación española y venezolana.

En cuanto a la administración por los parientes, tanto España como Venezuela y Guatemala, coinciden que la misma podrá ser solicitada y ejercida por el cónyuge o el hijo del ausente y a falta de ellos, por parientes legales, constituyéndose estos últimos en representantes legales del ausente. Con respecto a la muerte presunta la legislación guatemalteca contempla dos situaciones para su declaración, siendo éstos de cinco años después de la ausencia y por causa de explosión, derrumbe o terremoto, inundación u otro siniestro no establece plazo y la tramitación se puede hacer después de ocurrido uno de los percances antes mencionados.

CAPÍTULO III



3. De la forma de recobrar sus bienes el muerto presunto y el trámite

3.1. Estudio jurídico doctrinario

La sucesión hereditaria es un mecanismo utilizado por el derecho para traspasar los elementos que constituyen una herencia tales como los bienes, derechos y obligaciones. Al respecto el tratadista Hugo Alsina expone lo siguiente: "A excepción de los que se extinguen en el momento de la muerte. Los cuales quedan sin titular llegado el fallecimiento de una persona. Es un derecho que tiene su fundamento en las relaciones familiares de patrimonio y en las de no patrimonio teniendo como punto de partida la muerte. Las legislaciones de todo el mundo contemplan este derecho desde la antigüedad. Existen distintas clases de herederos, un heredero puede ser la persona que figura en el testamento dejado por la persona antes de su fallecimiento. También pueden ser aquellos que la ley estipule por legitimidad, por ausencia o nulidad en el testamento."³⁴

Los herederos están en plena libertad de aceptar o renunciar a la herencia, disponer de ella desde el momento que sea asignada, impugnar el testamento y valerse de todas los mecanismos judiciales necesarios si considera que se efectuó de modo ilegal para hacer valer sus derechos.

Los herederos forzosos: son aquellos que según la ley, no pueden quedar por fuera de la herencia ya sean los hijos, por parentesco de consanguinidad y el cónyuge. En caso de no tener hijos ni cónyuge, serían los descendientes respecto de sus padres y ascendientes.

Dentro de los tipos de sucesión testamentaria, se pueden indicar: "La sucesión testamentaria puede ser a título universal o a título particular. Cualquier persona independientemente de las propiedades o activos que posea puede valerse del acto

³⁴ Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Pág. 456.

jurídico que representa el testamento, para disponer dada su muerte de su patrimonio e incluso dar por sentado actos no patrimoniales como el reconocimiento de un hijo.



El testamento se otorga con la voluntad de la persona por vía notarial y en la mayoría de los casos en presencia de testigos para garantizar su validez. El testamento es la expresión de la última voluntad de un individuo, es de carácter personalísimo, unilateral, solemne y revocable.³⁵

Con relación a la sucesión intestada se indica que es la forma de distribuir una herencia cuando una persona fallece sin dejar testamento o en caso de que su testamento no tenga validez jurídica. Este procedimiento se lleva a cabo por vía notarial o judicial. En este caso los sucesores son establecidos por la ley, basándose en los niveles de herederos. Llegado el caso de no encontrar herederos hasta el cuarto nivel, será el Estado quien se quede con la herencia. A los herederos de una sucesión intestada se les conoce con el nombre de herederos ab intestato.

3.2. Definición de muerte presunta en Guatemala

Aunque no existe definición legal de la muerte presunta, se indica que ésta no es más que la situación jurídica que una persona guarda frente al Estado de Guatemala por haber sido declarado ausente o bien desaparecido por un plazo determinado.

3.3. Clases de procedimientos

A continuación se hace un breve análisis de las normas guatemaltecas, relacionadas con la solicitud para que se declare la muerte presunta de una persona.

3.3.1. Código Civil, Decreto Ley 106

El derecho civil objetivo es el derecho escrito o positivo, así el civil de éste o aquel país, varía y se considera como el conjunto de normas que regulan con carácter obligatorio las

³⁵ Ibid. Pág. 459.



relaciones sociales, entre ellas el derecho civil, es objetivo ya que se tiene un Código Civil así como otras leyes que lo regulan; el subjetivo es el inherente a una persona como titular de un derecho real, como acreedor o deudor de una relación obligatoria; consiste en la facultad que tiene una persona de aplicar o hacer valer el derecho objetivo, es el derecho objetivo puesto en función.

El análisis se inicia con el Código Civil, por ser éste el derecho sustantivo, y el enfoque primario es de la ausencia, por ser ésta un antecedente para que se declare la muerte presunta. Los Artículos del Código Civil (Decreto Ley 106), que regulan la ausencia están comprendidos del 42 al 62.

De ese análisis se puede concluir indicado que se considera ausente tanto a la persona que quien se ignora su paradero, como la que se encuentra fuera de la república y ha tenido su domicilio en ella. Resulta necesario regular este extremo, toda vez que así se puede llegar a establecer lo procedente en caso de que se quiera demandar a la persona ausente, y ésta haya dejado o no representante o apoderado, con las facultades necesarias para contestar demandas o no.

Las disposiciones legales antes mencionadas, también estatuyen lo relativo al tiempo en que puede tener vigencia el cargo de guardador y de representante, así como las facultades de éstos.

Resulta particularmente importante de comentar el contenido del Artículo 62 del Código Civil, toda vez que aun y considerándosele ausente a una persona, no se le considera muerta (es decir no se presume muerta), puesto que dicha norma señala que se reputa vivo al ausente, para el efecto de adquirir por cualquier título derechos y obligaciones, mientras no se haya decretado la posesión definitiva de sus bienes. Sin embargo, más importante aún se consideran los contenidos de los Artículos del 63 al 67 del Código Civil, puesto que establecen la normativa de la muerte presunta, tema central de la presente investigación.



El Artículo 63 señala que transcurridos cinco años sin noticia del ausente se puede decretar la muerte presunta de éste. Además de que regula lo que procede en caso de tener noticia de que el ausente está vivo, si ya habían sido tomadas ciertas disposiciones con respecto a los bienes del ausente, el análisis se describe con normas de derecho adjetivo, contenidas en el Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil.

3.3.2. Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107

Los Artículos 411 al 417, del Código referido regulan la tramitación mencionada la muerte presunta), que se trata de un proceso durante el curso del cual se comprueba debidamente lo pretendido por el interesado; y sobre todo, los elementos que representan su interés. Ser heredero, la necesidad de entablar alguna acción, o la simple posesión definitiva de los bienes que constituyen la herencia de la persona de la cual se solicita la muerte presunta.

3.3.3. Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77 y estudio de un caso en sede notarial y judicial

El cuarto considerando de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de los Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, señala que el notario puede tramitar procesos sucesorios extrajudiciales; lo que también está regulado en el Decreto Ley 107 dentro de la jurisdicción voluntaria, siendo este Decreto Ley el antecedente razonable para que una ley específica regulara todo lo concerniente a la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria. En 1977, el Congreso de la República de Guatemala, promulgó mediante el Decreto 54-77 la ley citada que ya contemplaba en forma especial la tramitación de varios asuntos no contenciosos. Un antecedente importante para la investigación, es que esta ley contempla que la solicitud para que se declare la ausencia de una persona puede ser presentada ante notario. La naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria en lo que se refiere a la tramitación notarial, descansa en el principio de funcionario dotado de fe pública, que tiene el notario, así como en el principio contenido en el Código Procesal Civil y Mercantil, que en su Artículo 33 incluye al notario como auxiliar del juez, quedando facultado para llevar a cabo determinados actos, incluso notificaciones y discernimientos.



Son los principios de la función notarial los que obligan al notario a actuar con ética en observancia de la ley, con una preparación académica adecuada y con imparcialidad absoluta, que ha logrado que a él se confíen asuntos que tradicionalmente fueron de la esfera judicial en el pasado.

En consecuencia, al notario le han ido trasladando asuntos no contenciosos, ampliando su función, tal y como lo establece la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria resultado de lo aconsejado en los diferentes congresos científicos que han señalado la trascendencia de la función notarial, las ventajas de su gestión y la necesidad de ampliar su campo de acción.

En los procesos de jurisdicción voluntaria tramitados ante notario, se establece una relación similar a la que en los asuntos de jurisdicción voluntaria tramitados judicialmente, se establece entre juez y partes. En estos asuntos la relación es entre el notario y el o los requirentes o solicitantes; relación dentro de la cual se da intervención a la Procuraduría General de la Nación como un ente fiscalizador de la actuación del notario, por lo que su opinión es vinculante. Dentro de los asuntos de jurisdicción voluntaria tramitados por notario, la función de éste es de ser fedante, deliberante y órgano de decisión. Es fedante al dotar de fe pública los actos en que interviene; es deliberante cuando analiza antes de resolver y es órgano de decisión cuando resuelve declarando un derecho o una situación jurídica. El observar los preceptos legales y los principios que la función notarial conlleva incrementa los asuntos que puedan tramitarse ante notario.

La tendencia moderna es ampliar este campo de acción, pues se persigue la perfección de la función notarial. Dentro del proceso que nos ocupa, la función notarial consiste en el fraccionamiento de actas, resoluciones, notificaciones y autos que para llevar a cabo el trámite del expediente realiza el notario, poniendo en ejercicio su función creadora, modeladora, autenticadora y de fedación que tiene dicho funcionario, es por ello que se estima pertinente que la solicitud para que se declare la muerte presunta de una persona sea susceptible de ser tramitada en la jurisdicción voluntaria notarial.



Es necesario, para poder plantear la cuestión principal de la presente investigación, establecer con precisión los efectos que conlleva la sustanciación de la solicitud de declaratoria de muerte presunta en la jurisdicción voluntaria notarial, lo que constituye además la utilidad a favor de los requirentes; es decir, que se declare la muerte presunta de una persona. Dichos efectos a los que se hace mención son: a) Considerar abierta la sucesión para el efecto de declarar quiénes son los herederos. b) Proferir la resolución que otorgue la posesión definitiva de los bienes, y c) Ordenar la inscripción en los registros del estado civil de las personas y de la propiedad inmueble que correspondan.

La referida ley establece en los Artículos 8 al 10 lo relativo a la ausencia y el trámite que hay que sustanciar, siendo de naturaleza mixta, porque se inicia ante notario pero lo finaliza un juez, en igual forma la resolución de la declaratoria de la ausencia sería la solicitud para que se declare la muerte presunta de una persona. A continuación se expondrá paso a paso el procedimiento o trámite para la declaratoria de muerte presunta y a la vez se va a ir ejemplificando con un caso real, tomando en cuenta que dicho trámite es de carácter mixto, es decir, que inicia en la vía notarial y finaliza en la vía judicial. Por lo que se plantea la propuesta de que dicho trámite sea puramente notarial.

- a) Acta notarial de requerimiento. La persona interesada expone la muerte presunta del ausente y la falta de un mandatario del ausente, además del tiempo que lleva el hecho. Debe acompañar prueba documental y, aclarar el interés que tiene en promover la declaratoria de ausencia.

Caso Notarial

En la ciudad de Guatemala, a las dieciocho horas, del día diecinueve de octubre de dos mil diez, constituido en la quinta calle uno guión sesenta y uno zona siete de la Colonia Landívar de esta Ciudad Capital, a solicitud del señor GASPAR PÉREZ TOMA, de veintiocho años, casado, guatemalteco, estudiante, de este domicilio, quien se identifica con cédula de vecindad número de orden N guión catorce y registro catorce mil cuarenta y nueve, extendida por el Alcalde del Municipio de Juan Cotzal del Departamento de El



Quiché, con el objeto de tramitar las **DILIGENCIAS VOLUNTARIAS DE DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA**, de su señor padre **GASPAR PÉREZ PÉREZ**, procediéndose de la forma siguiente: **PRIMERO**: El requirente es juramentado de conformidad con la ley para que se conduzca con la verdad en la presente acta, así ofrece hacerlo y se le advierte lo relativo al delito de perjurio; declara que su señor padre Gaspar Pérez Pérez, se ausentó hace más de ocho años del lugar de su residencia habitual, en el departamento de El Quiché, **SEGUNDO**: Para el efecto el requirente presenta y ofrece los medios de prueba siguientes: a) Declaración de las partes, brindando su propia declaración, en la que informa sobre los motivos por los que solicita las diligencias mencionadas, b) Documentos, consistentes en la certificación de partida de nacimiento número setecientos noventa y cinco, folio trescientos noventa y ocho, del libro sesenta y seis de nacimientos del Municipio de San Juan Cotzal, Departamento de El Quiché, c) Declaración de testigos, proponiendo como tales a **MIGUEL ANGEL MONZÓN MONZÓN**, quien se identifica con la cédula de vecindad número de orden A guión uno y registro ochocientos cuatro, extendida por el alcalde municipal de Guatemala, quien puede ser notificado en la doce avenida once guión veinte de la zona cuatro de esta ciudad, y a **JUAN CARLOS LÓPEZ GONZÁLEZ**, quien se identifica con la cédula de vecindad número de orden A guión uno y registro ochocientos veinte mil, extendida por el alcalde municipal de Guatemala, quien puede ser notificado en trece avenida cinco guión catorce de la zona uno de esta ciudad. **TERCERO**: En virtud de lo anterior el requirente solicita: a) que se tengan por iniciadas las diligencias voluntarias extrajudiciales mencionadas, b) por presentadas y ofrecidas como pruebas el documento ya identificado, c) que se tenga por recibida la información del caso, d) se elaboren los edictos que manda la ley en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación; e) en su oportunidad se dicte la resolución correspondiente,



ordenando se haga la publicación final y la modificación en el Registro Civil de San Juan Cotzal, del departamento de El Quiché. Se da por termina la presente en el mismo lugar y fecha, cuarenta minutos después de su inicio, y queda contenida en una hoja de papel bond simple a la cual se le adhieren los timbres de ley, leo lo escrito al requirente quien enterado del contenido, valor y demás efectos legales la acepta, ratifica y firma.

Caso Judicial

EXPEDIENTE DE AUSENCIA

SEÑOR JUEZ QUINTO DE PRIMERA INSTANCIA DEL RAMO CIVIL:

LILIAN ELIZABETH RODRÍGUEZ MARROQUÍN, de cuarenta y tres años de edad, soltera, ama de casa, guatemalteca y de este domicilio; actúo bajo la Dirección y Procuración del abogado que me auxilia cuya oficina profesional situada en la doce calle número once guión diez zona uno, segundo nivel, Oficina siete del Edificio Amado de esta ciudad señalo como lugar para recibir notificaciones, ante usted con el debido respeto comparezco a promover **DILIGENCIAS VOLUNTARIAS DE AUSENCIA** de mi hermana señora **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN**, con base en los siguientes:

HECHOS:

- a) Que el día diecinueve de abril de mil novecientos noventa y uno, con el objeto de eludir responsabilidades personales tanto civiles como penales mi hermana señora **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN**, salió de Guatemala por la vía aérea rumbo a los Estados Unidos de Norteamérica, como lo demuestro con la certificación extendida por la Dirección General de Migración. Sin saber donde se encuentra actualmente.-----
- b) Que al abandonar el país la señora María del Carmen Rodríguez Marroquín no otorgó mandato de ninguna clase con facultades suficientes para ser representada en los



derechos que tenga que ejercitar u obligaciones que cumplir, situación ésta que demuestro con la certificación extendida por el Archivo General de Protocolos que acompaño, razón por la cual promuevo las presentes diligencias al no dejar mandatario legalmente constituido con todas las facultades especiales para responder de las obligaciones del mandante, para que se le declare ausente, siendo dicha declaratoria con el único objeto de nombrarle DEFENSOR JUDICIAL para que tenga a su cargo la representación judicial de la ausente y pueda responder a una demanda o hacer valer algún derecho en juicio, proponiendo para ocupar dicho cargo, al abogado LUIS ENRIQUE MEJÍA FRANCO, persona de reconocida honradez, arraigo y competencia, a quien se le hará saber el cargo en él recaído para su aceptación, discernimiento y demás efectos legales, a quien presentaré en su momento oportuno.-----

c) Que con base a lo expuesto, los medios de prueba aportados y con la intervención de la Procuraduría General de la Nación se declare LA AUSENCIA de mi hermana señora MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN, debiéndose ordenar en la resolución respectiva que se ordene la publicación de mi solicitud en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación por tres veces durante un mes de conformidad con la ley.-----

FUNDAMENTO DE DERECHO:

Regula el Artículo 42 del Código Civil que es ausente la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella.- El Artículo 42 del mismo Código dice que toda persona que tenga derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir en la república y se ausente de ella, deberá dejar mandatario legalmente constituido, con todas las facultades especiales para responder de las obligaciones del mandante; y si no lo hiciere, se le declarará ausente a petición de parte. El Artículo 44 del citado cuerpo legal dice que la declaratoria anterior tendrá como único objeto, nombrar defensor judicial al



ausente, para los casos en que deba responder a una demanda o hacer valer algún derecho en juicio. Regulan los Artículos 411 y 412 del Código Procesal Civil y Mercantil respectivamente, que pedida la declaración de ausencia al juez con intervención de la Procuraduría General de la Nación, mandará recibir información que compruebe lo siguiente: 1º. El hecho de la ausencia; 2º. La circunstancia de no tener el ausente parientes, o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor o incapacitado; y 3º. El tiempo de la ausencia. 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. En la misma resolución se ordenará 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 el que ha sido pedida la declaración de ausencia, la citación al presunto ausente, la convocatoria a los que se consideren con derecho a representarlo, la fecha y la firma del secretario del tribunal.-----

MEDIOS DE PRUEBA:

1) DOCUMENTOS: a) Certificación extendida por la Dirección General de Migración con la cual se acredita que la señora **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN** salió de Guatemala. b) Certificación extendida por el Archivo General de Protocolos con la cual se acredita que la presunta ausente no otorgó mandato a favor de determinada persona para que la represente legalmente en esta república.-----

2) DECLARACIÓN DE TESTIGOS: Las declaraciones testimoniales del señor **HÉCTOR MARIO ALVARADO MONTERROSO** y de la señora **BLANCA AZUCENA MOTA RUANO** quienes declararán de conformidad con el siguiente interrogatorio:



- a) Sobre sus generales de ley; b) Diga el testigo si conoce a la señora **MARIA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN**?
- c) Diga el testigo se es de su conocimiento que la señora **MARIA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN** salió de la República de Guatemala el día diecinueve de abril de mil novecientos noventa y uno por la vía aérea rumbo al extranjero?
- d) Diga el testigo si es cierto que es de su conocimiento que en Guatemala la señora **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN** no tiene parientes?
- e) Diga el testigo si es de su conocimiento que hasta la fecha se ignora el lugar donde se encuentra la señora **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN**?
- f) Diga el testigo si es de su conocimiento que a la señora **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN** desde la fecha en que abandonó el país no se le ha vuelto a ver en Guatemala?
- g) Diga el testigo si es de su conocimiento que la señora **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN** en ningún momento otorgó mandato a favor de determinada persona para que la represente legalmente en esta República?
- h) Diga el testigo si es de su conocimiento el motivo por el cual dijo la señora **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN** que abandonaba Guatemala?
- i) Diga el testigo la razón de su dicho?
- 3) **PRESUNCIONES:** Legales y Humanas que de los hechos se deriven.

PETICIÓN DE TRÁMITE:

- a) Que se admitan para su trámite en la vía voluntaria las presentes **DILIGENCIAS DE AUSENCIA** de la señora **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN**.-----
- b) Que se tenga como lugar para recibir notificaciones el señalado y como mi abogado director y procurador al auxiliante.



- c) Que se tengan por ofrecidos los medios de prueba individualizados en el apartado respectivo del presente memorial.
- d) Que se tengan por presentados los documentos acompañados.
- e) Que se nombre como defensor judicial de la presunta ausente al abogado Luis Enrique Mejía Franco a quien deberá hacerse saber el cargo en él recaído para su aceptación, discernimiento y demás efectos legales.
- f) Que se dé intervención a la Procuraduría General de la Nación.
- g) Que se señale día y hora para recibir las declaraciones de los testigos propuestos de conformidad con el interrogatorio inserto en el presente memorial.
- h) Que se ordene la publicación de mi solicitud en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación por tres veces durante un mes.

DE FONDO:

Que agotados los trámites procesales se dicte el AUTO correspondiente en el que se **DECLARE:** a) **CON LUGAR** las presentes diligencias voluntaria de **AUSENCIA**; b) Que como consecuencia **AUSENTE** a la señora **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN** por encontrarse fuera de la República de Guatemala sin haber dejado mandatario legalmente constituido con todas las facultades especiales para responder de las obligaciones de la misma o ejercitar sus derechos, tomándose en cuenta para el efecto de la ausencia el día diecinueve de abril de mil novecientos noventa y uno.- **CITA DE LEYES:** Artículos: 42,43,44,45,46 del Código Civil; 25,26,28, 29,44,50,51,61,62,63,66, 67,68,69,70,71,72,73,74,75,106,108,126,127,128,142,143,144,177,178,186,194,195,401, 02,403,404,405,411,412,413, 414 del Código Procesal Civil y Mercantil; 141,142,143 de la Ley del Organismo Judicial.

Acompaño tres copias del presente memorial y de los documentos adjuntos.

Guatemala, 27 de febrero de 1995.



- b) Primera resolución. Con ésta se da trámite a la solicitud; ordenándose la notificación a la Procuraduría General de la Nación, reciben prueba testimonial y publicar los edictos en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación.

Primera Resolución

AUSENCIA 150/95 Not. 2do. JUZGADO QUINTO DE PRIMERA INSTANCIA CIVIL:
Guatemala, ocho de marzo de mil novecientos noventa y cinco. I) Para su trámite en la vía voluntaria se admite la solicitud de declaratoria de ausencia, promovida por LILIAN ELIZABETH RODRÍGUEZ MARROQUÍN; de su hermana MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN, teniéndose como parte de la misma los documentos adjuntos y por ofrecidos los medios de prueba individualizados; II) Se tiene como abogado director y procurador al propuesto y por señalado lugar para recibir notificaciones; III) Hágase las publicaciones de conformidad la ley, fraccionándose para el efecto el edicto respectivo; IV) Se nombra como defensor judicial de la presunta ausente María del Carmen Rodríguez Marroquín, al licenciado Luis Enrique Mejía Franco, a quien se le hará saber el cargo en él recaído para su aceptación, discernimiento y demás efectos legales; V) Recíbese la declaración testimonial propuesta de conformidad con el interrogatorio acompañado; VI) Oportunamente dése audiencia al Ministerio Público. VII) Lo demás solicitado presente en su oportunidad. Artículos: 29,31,44,50,51,61, 142,401,402,403,411, 62,63,66,67,69,70,75,79,106,107,128,177,178,412 del Código Procesal Civil y Mercantil.

- c) Declaración testimonial. Aquí se recibe la declaración testimonial de las personas que conocieron o tienen conocimiento de la persona presuntamente muerta, asimismo, se redactan las actas notariales que prueban los hechos vertidos.



Certificación de la Dirección General de Migración de la Republica de Guatemala

EL INFRANSCRITO SECRETARIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA.-----

CERTIFICA

Que, para el efecto se tiene a la vista el informe rendido por el Departamento de Inspectoría, en oficio número mil setecientos cuarenta y dos, de fecha doce de octubre de mil novecientos noventa y tres, el cual textualmente dice: Revisados y consultados los listados de personas salidas del país, del Departamento de Inspectoría, se estableció: Que **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN**, guatemalteca, SALIÓ del país el día diecinueve de abril de mil novecientos noventa y uno, en el vuelo de **PANAMERICAN**, número cuatrocientos quince, con destino a Los Ángeles California, Estados Unidos de Norte América, amparada con su pasaporte número un millón doscientos veintiocho mil doscientos cincuenta, por la Delegación de Migración del Aeropuerto Internacional La Aurora.

Reina I. Méndez García Inspectora de Migración. Visto Bueno, Rolando Azurdia Sandoval, Inspector General de Migración Interino. Están las firmas, respectivas, así como el sello del Departamento de Inspectoría. Y para los usos legales que al interesado convengan, se extiende, sella y firma la presente certificación, en una hoja de papel membretado de esta

Dependencia, en la ciudad de Guatemala a los trece días del mes de octubre de mil
novecientos noventa y tres. Hnos. de Ley Decreto Leg. 20-75._____



LIC. RODOLFO MORALES
SECRETARIO GENERAL EN FUNCIONES
DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN

LA INFRASCrita SECRETARIA GENERAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE
MIGRACIÓN: _____

CERTIFICA

Que para el efecto ha tenido a la vista el informe número ochenta (80) de fecha veintinueve
(29) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993) rendido por el Departamento de
Pasaportes Nacionales de esta Dirección General, el cual en su parte conducente dice:_____

Que habiendo consultado los archivos correspondientes se pudo establecer que el número
de pasaporte un millón doscientos veintiocho mil doscientos cincuenta (1228250) le fue
expedido a la señora MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN el día siete (7) de
marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), aparece la firma ilegible del encargado
del Archivo de Pasaportes Nacionales y sellos correspondientes._____

Y para los usos que a la interesada convengan se extiende la presente certificación en una
hoja de papel membretado de esta Dirección General la que va debidamente firmada y
sellada en la ciudad de Guatemala el doce de noviembre de mil novecientos noventa y tres.
Honorarios de Ley, Decreto veinte guión setenta y cinco (20-75) del Congreso de la
República._____



Certificación del Archivo General de Protocolos de la Corte Suprema de Justicia

EL INFRASCrito SUB-DIRECTOR DEL ARCHIVO GENERAL DE PROTOCOLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, C E R T I F I C A: _____

“Que, después de revisar los registros correspondientes y en un lapso que comprende desde el año de mil novecientos setenta y cuatro (1974) a la presente fecha, se pudo establecer que no aparece registrado en este Archivo, Mandato alguno que hubiere otorgado la señora **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN**, a favor de persona determinada” _____

Y para entregar al licenciado **RAÚL ALFREDO SAGASTUME CABRERA**, se extiende, firma y sella la presente **CERTIFICACIÓN**, en esta hoja de papel membretado. En la ciudad de Guatemala, a los veinte días del mes de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

LIC. ALLENDE E. AGUILAR J.

SUB-DIRECTOR

ARCHIVO GENERAL DE PROTOCOLOS

- d) **Publicación de edictos.** En este caso el notario manda a publicar los edictos, indicando quien solicitó el procedimiento o sea la declaratoria de muerte presunta y con qué objeto, para que las personas con interés o con derecho puedan oponerse al trámite.

Memorial de incorporación de edictos

SEÑOR JUEZ QUINTO DE PRIMERA INSTANCIA DEL RAMO CIVIL: LILIAN ELIZABETH RODRÍGUEZ MARROQUÍN, de datos de identificación personales conocidos en el proceso arriba indicado, ante usted con el debido respeto comparezco y al efecto expongo los siguientes,



HECHOS:

Que por medio del presente memorial vengo a incorporar al proceso las publicaciones de la solicitud de declaración de ausencia de mi hermana **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN**, hechas de la siguiente manera:

1) PRIMERA PUBLICACIÓN: DIARIO DE CENTRO AMÉRICA No. 42 de fecha 12 de mayo de 1995 en la página 25 segunda columna.- 2) SEGUNDA PUBLICACIÓN: DIARIO DE CENTRO AMÉRICA No. 52 de fecha 26 de mayo de 1995 en la página 1501 primera columna; DIARIO LA HORA de fecha 26 de mayo de 1995 en la sección E página 23 cuarta columna.- 3) TERCERA PUBLICACIÓN: DIARIO DE CENTRO AMÉRICA No. 63 de fecha 12 de junio de 1995 en la página 1797 tercera columna; DIARIO LA HORA de fecha 12 de junio de 1995 en la página 26 segunda columna.

PETICIÓN:

- a) Que se agregue al proceso el presente memorial y publicaciones adjuntas.
- b) Que se tengan por presentadas y se incorporen al proceso las publicaciones acompañadas. CITA DE LEYES: Artículos: 25,44,50,51,61,62,63, 66,67,176,177,178, 186, 401,402,403,404,405,411,412,412,414 del Código Procesal Civil y Mercantil. Acompaño tres copias del presente memorial y las publicaciones relacionadas.

Guatemala 27 de junio de 1995.

JUZGADO QUINTO DE PRIMERA INSTANCIA DEL RAMO CIVIL.

Resolución de admisión de edictos

Voluntario No. 150-95. Of. 2º. JUZGADO QUINTO DE PRIMERA INSTANCIA DEL RAMO CIVIL: Guatemala, veintiocho de junio de mil novecientos noventa y cinco.-----l)



A sus antecedentes el memorial que precede con registro número cuatro mil ciento veintiuno y publicaciones adjuntas. Artículos: 29,31,44,51,62,63, 66 al 79,401,412,413, 414,415, del Código Procesal Civil y Mercantil.

José Joaquín Fernando Castellán González

Secretario.

- e) Oposición. Después de publicados los edictos puede haber oposición, ya sea que se presente el representante legal del ausente o bien se presente una persona con derecho a representarlo, en ambos casos el juez declara el asunto contencioso y se prosigue en la vía sumaria.
- f) Nombramiento de defensor judicial. Si no existe oposición, recibidas las pruebas y publicados los edictos debe presentarse el expediente al juzgado competente para que se nombre representante judicial y continuar con el trámite. Nótese que en este caso, este proceso también es mixto por la participación del juez.
- g) Dictamen de la Procuraduría General de la Nación, favorable o desfavorable.
- h) Resolución o auto final declarando la muerte presunta. Por razones de jurisdicción, es el juez competente el que dicta la resolución final, luego del dictamen favorable de la Procuraduría General de la Nación (como representante del Estado ante los particulares). Seguidamente en la resolución se nombra guardador quien asume la representación judicial del presunto muerto y la guarda y custodia de sus bienes.

Resolución final

Voluntario No. 150-95. Of. 2º. JUZGADO QUINTO DE PRIMERA INSTANCIA DEL RAMO CIVIL: GUATEMALA, VEINTIOCHO DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO.-----

Se tiene a la vista para resolver, el proceso voluntario de declaración de muerte presunta arriba identificado, de la señora MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARROQUÍN-----

CONSIDERANDO: Que de conformidad con el Artículo 411 y 412 del Código Procesal Civil y Mercantil, contenido en el Decreto Ley 107, establece: Pedida la declaración de ausencia el juez con intervención de la Procuraduría General de la Nación mandará a pedir información de tener el ausente parientes o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor o incapacitado, además del tiempo de ausencia. Con la solicitud deberán acompañarse los documentos que conduzcan a probar los extremos indicados en este Artículo. De conformidad con el Artículo 412 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. En la misma resolución se ordenará 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 el que ha sido pedida la declaración de ausencia, la citación al presunto ausente, la convocatoria a los que se consideren con derecho a representarlo, la fecha y la firma del secretario del Tribunal en donde se actúe. Además el Artículo 414 regula: 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 si procediere y nombrará un guardador, quién asumirá la representación judicial del ausente y el depósito de los bienes, si los hubiere.





Asimismo, el Artículo 415 establece: 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 la garantía de la manera establecida en el Código Civil, se le hará entrega de los mismos. Discernido el cargo, o formalizada la entrega de 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 de guardador. -----

CONSIDERANDO: Que en el presente caso la Señora **LILIAN ELIZABETH RODRÍGUEZ MARROQUÍN**, promovió ante el Juzgado Quinto de Primera Instancia del Ramo Civil, del departamento de Guatemala el proceso voluntario mediante el cual solicita la declaración de muerte presunta de **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MAROQUÍN**, acreditando para el efecto la documentación necesaria, consistentes en la certificación de la partida de nacimiento, movimiento migratorio, declaración testimonial, y la publicación de los edictos respectivos-----

CONSIDERANDO: Que dentro del proceso voluntario de declaración de muerte presunta tramitado ante este juzgado y con las certificaciones antes relacionadas, se promovió la ausencia en el territorio guatemalteco de la señora **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MAROQUÍN**, en consecuencia habiéndose llenado los requisitos que la ley establece, es procedente emitir la resolución correspondiente, dictando lo que en derecho corresponde-----



CITA DE LEYES: Artículos 2,4,12,28,29,32,39,44,175,204, de la Constitución Política de la República, 28,29,31,42,43,44,45,50,51,61,62,63, 66,69,70,72,73,74, 75,76,77,78, 79,80,81,82,83,84,85,105,106,126,128,172,173,174,176,177,178,184,401,402,411,412,413 ,414,415,450,451,452,453,455,456,457,478,479,480,481 del Código Procesal Civil y Mercantil, 42,43,44,45,46,47,48,49,63, del Código Civil, 10,11,15,16,17, 45,57,67,94, 108,141,142,143 del a Ley del Organismo Judicial.-----

POR TANTO: Este Juzgado con fundamento en lo antes considerado leyes citadas al resolver declara: I) La muerte presunta de la señora MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MAROQUÍN; II) Oportunamente a costa de la parte interesada y con las formalidades de ley extiéndasele copia certificada del presente auto; III) Al estar firme el presente auto archívese.

FIRMA JUEZ

FIRMA SECRETARIO



El Código Procesal Civil y Mercantil, contenido en el Decreto Ley 107, en el libro cuarto regula los denominados procesos de jurisdicción voluntaria, al considerarlos como procesos especiales, y determina que la jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o que por solicitud de los interesados se requiere la intervención del Juez, sin que esté promovida o se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

Existe un principio general el cual determina que las informaciones que las leyes exigen para la realización de ciertos actos, como el otorgamiento de autorizaciones judiciales, y todos los que no estuvieren especialmente reglamentados, se sujetarán a lo dispuesto en dicho libro, aplicándose, además, lo que particularmente establezcan como requisito especial las leyes respectivas.

Otro aspecto de gran relevancia es que las solicitudes relativas a la jurisdicción voluntaria se formularan por escrito ante los Jueces de Primera Instancia, los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren serán recibidas sin necesidad de citación, se correrá audiencia a las Procuraduría General de la Nación, siempre y cuando que la solicitud promovida afecte los intereses públicos y cuando se refiere a personas incapaces o ausente. Si a la solicitud presentada se opusiere alguno que tenga derecho para hacerlo, el asunto será declarado contencioso para que las partes acudan a donde corresponde a deducir sus derechos. Asimismo, el Juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujetarse a los términos y formas establecidas para la jurisdicción contenciosa.

Con respecto al proceso antes indicado, es importante señalar que la solicitud de la declaración de la ausencia, misma que fue presentada por la hermana de la ausente el Juez la declaro con lugar y seguidamente se promovió en sede judicial la declaración de muerte presunta, y una vez llenados los requisitos procesales que la ley y el Juez exige se emitió la resolución final declarando procedente, la muerte presunta de la señora María del Carmen Rodríguez Marroquín.

CAPÍTULO IV



4. Solución al problema de la carencia de procedimiento para que el presunto muerto recobre sus bienes

De las instituciones que comprende la ausencia y la muerte presunta, quedan perfectamente marcados los tres periodos que comprenden dichas instituciones, siendo éstas la declaración de ausencia inicialmente, la administración de los bienes por los parientes del ausente y la posesión de los mismos. Denunciada la ausencia y seguido el procedimiento que regula el Código Procesal Civil y Mercantil, contenido en el Decreto Ley 107, el juez competente, deberá declarar los bienes, mismos que se deberán entregar en administración al guardador. Asimismo, el cónyuge y los parientes consanguíneos en el orden de sucesión legal, pueden pedir en cualquier tiempo que se les entreguen los bienes en administración y transcurridos cinco años desde la declaración de ausencia, podrá declararse la muerte presunta o abrirse la sucesión o entregarse los bienes a los herederos, sean éstos testamentarios o legales.

Con respecto a la posesión provisional, pueden pedirla los herederos testamentarios o legales, si no se han tenido noticias del ausente durante tres años, pero para este efecto es necesario abrir la sucesión, con la finalidad de conocer quiénes son los herederos y como consecuencia de ello, no se puede abrir una sucesión sin que se conozca la existencia de un testamento estando vivo el ausente, puesto que la declaración de fallecimiento no podría hacerse sino varios años después de la posesión provisional de los bienes, por tales razones, la posesión provisional se debe sustituir por la administración de los bienes para que puedan solicitarla los parientes consanguíneos, quienes en el mismo orden de sucesión que ordena la ley, y como probables herederos recibirán los bienes del guardador. Los parientes interesados en cuidar los bienes que podrán ser suyos a futuro, siempre y cuando resultaren herederos del causante, lo que no podrá saberse mientras no se conozca el testamento o se declare judicialmente quiénes son los respectivos herederos.



Además, conviene separar y caracterizar bien estos períodos, pueden reducirse los términos, determinar los casos en que proceda la declaratoria de muerte presunta y suprimir la posesión provisional de los herederos, son los aspectos necesarios para una mayor efectividad en el trámite de ausencia y declaración de muerte presunta. Tomando en consideración la facilidad de las comunicaciones y los servicios internacionales que facilitan toda clase de noticias, no se hace necesario esperar largos años para definir la situación del ausente, por lo que los legisladores modernos reducen los largos términos antes señalados en las instituciones legales vigentes.

Como propuesta, para efectos de la presente investigación, es necesario para el caso concreto, se considere unificar los términos fijados en la ley mediante el plazo de dos años para cualquier acontecimiento, sea éste de una guerra, de la persona que se hubiere encontrado a bordo de un buque náufrago, un accidente de aviación, de la persona cuyo cadáver no haya sido encontrado, de las personas que desaparecen por causa de explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundaciones u otros siniestros, específicamente.

Por lo antes indicado, es importante analizar jurídica y socialmente la anterior propuesta como un mecanismo para la solución a la problemática legal existente, ya que la institución de la ausencia regulada en el Código Civil guatemalteco, señala y enumera la forma de promover la declaración de ausencia y muerte presunta, sin tener un criterio unificado en la actualidad por parte de los operadores de justicia.

Por otra parte, el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, contiene conjuntamente la ausencia y muerte presunta, dentro de los denominados procesos especiales, específicamente en el libro cuarto de dicha normativa legal y para el efecto, en cuanto a la administración de los bienes del ausente, establece que pueden promoverla los que se consideren con derecho a ello, según las normas del Código Civil, dejándolo a la interpretación de la norma sustantiva antes mencionada, en lugar de regularlo específicamente.



Básicamente, la problemática planteada respecto a la posesión de los bienes de herencia las personas interesadas o parientes deben llenar el requisito establecido en el Artículo 55 del Código Civil antes señalado, de esta forma, deberán probar que la ausencia a continuado desde que se confirió la administración de los bienes y sobre todo que se haya declarado la muerte presunta al tiempo de pedirse la posesión, si se prueba lo establecido en la ley, se tiene derecho a los bienes, ya sea en calidad de heredero testamentario o legales, de conformidad con las leyes civiles antes señaladas.

Con respecto a la declaración de ausencia y muerte presunta contenida en el Código Procesal Civil y Mercantil, se hace referencia que en un solo Artículo se enumeran los requisitos y los documentos que deberán acompañarse con la solicitud, con la finalidad de probar los extremos indicados, especialmente en el Artículo 411 de dicha normativa.

Además, se conserva lo fundamental, las normas que establecen la circunstancia de probar si el ausente dejó mandatario en el territorio guatemalteco, lo que representa una ligera confusión con la norma establecida en el Código Civil antes mencionado, que regula que el cargo de defensor recaerá de preferencia en el mandatario cuando éste carezca de facultades suficientes para la defensa en juicio, lo que significa que puede declararse la ausencia en los casos en que haya mandatario sin facultades suficientes; por lo tanto, es necesario una reforma al inciso 2 del Artículo 411 antes citado, ya que dicha norma contempla los casos posibles; como por ejemplo, que el ausente no haya dejado mandatario, o que habiéndolo dejado el mandato carezca de facultades suficientes, tanto para responder de las obligaciones del mandante como para su defensa en juicio.

Lo relativo al Artículo 412 del mismo cuerpo legal antes citado, determina que el juez competente deberá nombrar un defensor judicial que exclusivamente tendrá a su cargo la representación judicial del presunto ausente, debiendo dictar las providencias necesarias para asegurar sus bienes nombrando para el efecto al depositario, que puede ser el mismo defensor, para lo cual es necesario una vez emitida dicha resolución, se ordene la publicación de la solicitud en el Diario Oficial, y en otro de mayor circulación lo que se conoce como edictos de ley, debiendo contener dichas publicaciones la relación del asunto para el que ha sido pedida la declaración de ausente, otro aspecto relevante es la situación



del presunto ausente, la convocatoria a los que se consideren con derecho a representarlo, la fecha y firma del secretario del tribunal en donde se actúe. La norma antes establecida, ordena preceptos dispersos de la legislación vigente, lo cual hace necesario también un análisis y una pronta reforma.

Con respecto a la declaración de ausencia, una vez pasado el término de las publicaciones, le corresponde al Juez de Primera Instancia del Ramo Civil, con intervención de la Procuraduría General de la Nación y del defensor judicial, proceder a declarar la ausencia si ésta fuera procedente y nombrar inmediatamente un guardador, quien deberá asumir la representación judicial del ausente y en todo caso el depósito de los bienes si los hubiere.

De lo anterior, se debe señalar que el Código Civil guatemalteco, no establece que el nombramiento del guardador se haga de una vez, mismo que será el llamado a representar judicialmente al ausente y sobre todo a asumir la responsabilidad por el depósito de los bienes, lo que hace necesaria también una futura reforma al Código Procesal Civil antes señalado.

Con respecto a la figura del guardador, éste queda investido por ministerio de la ley 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, donaciones y legados necesita de autorización judicial. La aceptación de herencia la hará siempre con beneficio de inventario, lo que significa aceptarla hasta el monto de los bienes del ausente comprendidos en la herencia, incluyendo derechos, deberes y obligaciones hereditarios.

Para la figura del defensor judicial, es decir la persona nombrada para representar al presunto ausente durante las diligencias judiciales en que sea necesaria su intervención. El Juez de Primera Instancia del Ramo civil, discernirá el cargo y extenderá la credencial que acredite la representación, previo inventario y avalúo de los bienes, además del otorgamiento de la garantía de la forma establecida en el derecho civil guatemalteco; posteriormente, se procederá a la entrega de los bienes. Discernido el cargo, o formalizada la entrega de bienes si los hubiere, el guardador asumirá la representación del ausente, cesando desde ese momento en su cargo el defensor judicial y el depositario, si no hubiere



recaído en alguno de ellos el nombramiento de guardador; por lo tanto, es necesario aclarar cuál es la figura y situación del guardador y su relación con las diferentes atribuciones del defensor judicial y el depositario.

Otro aspecto de gran relevancia se refiere a la administración de los bienes, y para el efecto pueden obtener la administración de los bienes del ausente, los que se consideren con derecho a ello; para lo cual, se establece la publicación de un edicto, lo que representa que no hace mención al requisito de justificar la calidad de heredero, testamentario o legal, para pedir la posesión provisional de los bienes del ausente, sino que legitima a determinadas personas, como los parientes del presunto ausente para hacer dicha petición, lo cual representa también una ausencia de regulación en las normas civiles en Guatemala, que para el efecto es necesario analizar algunas reformas.

Finalmente, me refiero al principal de los problemas que motivaron la presente investigación. En la actualidad en Guatemala, no existe ninguna norma que regule la forma en la que el presunto muerto que si aparece pueda recuperar los bienes que son de su pertenencia, ya que el Código Civil guatemalteco no regula nada al respecto. Pues únicamente regula lo relativo al momento en el que se puede iniciar el trámite de sucesión hereditaria, que es a partir de la fecha señalada, legalmente, como día en que la persona murió presuntamente, en esa fecha se considerará abierta la sucesión para el efecto de declarar quienes son los herederos.

Una vez declarada la fecha en la que la muerte presunta ocurrió y otorgada la posesión definitiva de los bienes, si existieren, deberá ser inscrita en los registros del estado civil y de la propiedad inmueble que correspondan, y todos aquellos que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del ausente, podrán hacerlos valer ante los poseedores. Los poseedores de los bienes también tienen el deber de proveer de alimentos a los que tengan derecho a recibirlos, en los términos que la ley establece.

Asimismo, la ley establece que el acto por el cual se declara la posesión definitiva de los bienes de la persona declarada muerta presuntamente puede ser revocado por la



existencia de un testamento posterior a dicho acto, o bien posterior al dejado por el ausente, confiriéndoles la herencia a los que resulten herederos según los documentos últimamente aparecidos. La ley también establece que la posesión definitiva cesa cuando haya noticia comprobada de que el ausente vive, y desde ese momento el declarado heredero quedará con el carácter de guardador y sujeto a todas las obligaciones de éste, y quedan obligados a su entrega inmediata al ausente que regrese o a la persona que legalmente lo represente, ya que el ausente conserva la posesión civil de estos bienes, bajo el amparo de la ley.

Por último el Código Civil, en el Artículo 75 establece que en caso de que aparezca el muerto presunto, éste recobrará sus bienes o en su defecto el dinero de los mismos. Como se puede observar dicho cuerpo legal no contiene norma alguna en la que se establezca el procedimiento por medio del cual sea posible dicha recuperación, teniendo como consecuencia un vacío legal que se pretende solventar, ya que es preciso que sean recuperados los bienes del muerto presunto por razón de que no es posible que sean adquiridos por prescripción.

4.1. Efectos jurídicos de la muerte presunta

Para poder definir la declaración de muerte presunta hay que tener en cuenta aspectos como la desaparición y ausencia, debido que la muerte presunta es una forma de proceder ante el tiempo prolongado desde que una persona no da noticias de su paradero.

Es por eso que desde los primeros 60 días desde que no se tienen noticias de una persona o de su paradero se tiene que dar como desaparecido. Pasados o transcurridos dos años se le declarará ausente y a los diez años o por algún acontecimiento que demuestre su deceso se declara la muerte presunta.

Como indica Arturo Yungano: "La ley crea un mecanismo legal sustitutivo de la muerte real: la ausencia con presunción de fallecimiento, cuya declaración judicial equivale a la

partida de defunción y, con ello, surgirán los efectos personales y patrimoniales de esta figura legal.”³⁶



Este tipo de muerte civil es una presunción y no una ficción, esa presunción es la consecuencia de un estado de hecho, fortalecida por resoluciones judiciales que; sin embargo, y por lo mismo que no declaran una verdad absoluta, tendrán que ceder ante la realidad demostrada por el reaparecimiento del desaparecido o ante la prueba en contrario producida por quien tenga interés en acreditar que el desaparecido vive o murió realmente en una fecha distinta y es importante ver que esta presunción no quita la personalidad, la personalidad se conserva.

Para poder operar la presunción de muerte, se requiere el cumplimiento de determinados requisitos:

- a) Que la persona se encuentre fuera del lugar de su domicilio y que no se tenga noticias de ella.
- b) Que el lapso de ausencia se ajuste a los plazos establecidos en los incisos 1) y 2) del Artículo 63 del Código Civil, o que, exista certeza de la muerte.
- c) Que haya una resolución que declare la muerte presunta.

Causas que la motivan

Las causas que motivan la declaración de muerte presunta se encuentran reguladas en el Artículo 64 del Código Civil guatemalteco, de la siguiente manera:

- “1) De la persona que desapareciere durante una guerra en que haya tomado parte ó se hubiere encontrado en la zona de operaciones, cuando haya transcurrido un año de terminada la guerra sin que se tenga noticia de ella;

³⁶ Yungano Arturo. *Derecho civil, parte general*. Pág. 204

- 
- 2) De la persona que se hubiera encontrado a bordo de un buque naufragado o al verificarse un accidente de aviación, cuando haya transcurrido un año desde su muerte;
 - 3) De la persona cuyo cadáver no haya sido encontrado y hubiere desaparecido por causa de explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro.”

Efectos jurídicos de la muerte presunta

La muerte, definida como la cesación absoluta e irreversible de todos los fenómenos de la vida, produce el término de la persona, y en particular los siguientes efectos jurídicos:

- a) Termina la existencia legal
- b) Da paso a la sucesión por causa de muerte
- c) Pone fin al matrimonio
- d) Da fuerza legal al testamento otorgado válidamente
- e) Pone fin a ciertos contratos (personalísimos)
- f) Terminan algunos cargos como las guardas y cargos otorgados en atención a las personas
- g) Se extinguen acciones civiles como la de nulidad de matrimonio (excepciones) o divorcio
- h) Se extinguen los derechos intransmisibles, como los alimentos, usufructo, uso y habitación.

Regulación legal en Guatemala

Lo referente a la muerte presunta se encuentra regulado en el Código Civil; así:

“**Artículo 63.** Transcurridos cinco años desde que se decretó la administración de los bienes por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente, podrá



declararse la muerte presunta de éste y, en tal caso, podrán sus herederos testamentarios o legales, pedir la posesión de la herencia.”

Casos en los que procede la declaración de muerte presunta

Para declarar la muerte presunta de una persona; deja de cumplir ciertas condiciones para afirmar tal hecho. Por eso el Código Civil de Guatemala en el Artículo 64, prescribe una serie de casos; casos que de cumplirse se podría afirmar la muerte de un sujeto claro de manera presunta.

4.2. Del problema en Guatemala

Lo que motiva el problema social, es la razón de que no existe un procedimiento o trámite para ser seguido por los interesados al respecto, ya que la legislación guatemalteca presenta, como quedó establecido, un vacío legal el cual es de vital importancia atender con el solo fin de que medios legales establecidos por ley para que un muerto que se presumió muerto y que realmente no lo estaba, recupere los bienes que por derecho le corresponden.

4.3. Análisis jurídico de la posible solución al problema

La solución al problema, de la falta de trámite para que el presunto muerto recupere sus bienes es a través de un nuevo procedimiento, el cual se plantea de la siguiente forma:

Solicitud

Pedida la recuperación de los bienes por parte del muerto presunto, el juez, con intervención de la Procuraduría General de la Nación, mandará recibir información que compruebe lo siguiente:



- a) El hecho de la existencia verídica del sujeto presuntamente muerto.
- b) El tiempo de haber aparecido éste.

Con la solicitud deberán acompañarse los documentos que conduzcan a probar los extremos indicados.

Trámite

- a) En la misma resolución, se ordenará 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 el que ha sido pedida la recuperación de los bienes del muerto presunto,
- b) La citación al presunto muerto,
- c) La convocatoria a los que se consideren con asuntos que hacer saber al juez, antes de declarar la recuperación de dichos bienes,
- d) La fecha y la firma del secretario del tribunal en donde se actúe.

Oposiciones

Si varias personas se opusieren, deberán concurrir con sus medios de prueba sobre los cuales basan sus solicitudes.

Dicha cuestión se resolverá en forma de incidente;



Declaratoria de recuperación de los bienes del muerto presunto

- Recibida la información y pasado el término de las publicaciones; el juez, con intervención de la Procuraduría General de la Nación declarada la recuperación de los bienes si procediere.

- Ordenará la entrega de los bienes por los familiares y si en caso no los tuvieren ordenará el pago, para ambas casos se otorgará un plazo de 3 meses, contados a partir de que la resolución quede firme.





CONCLUSIONES

1. La ausencia es una institución del derecho de familia, que se promueve cuando una persona se halla fuera de la república de Guatemala, se ignora su paradero, o bien se encuentra desaparecido de su domicilio.
2. Se observa deficiencia legislativa en cuanto al desarrollo de un procedimiento de recuperación de los bienes inmuebles de un muerto presunto, en caso éste apareciera, ya que no existe ley o norma que regule lo referente a dicho trámite.
3. Las personas que tuvieron en su posesión los bienes de la persona declarada muerta presunta, están en la obligación de devolverlos al momento en que dicha persona apareciera, pero no se encuentra regulado nada respecto a la forma y plazo en que deba cumplirse tal obligación, ni tampoco el caso en que el obligado no tuviere dinero para cumplir con dicha obligación.
4. De conformidad con lo investigado y lo establecido en el ordenamiento jurídico se pudo constatar que la persona que tiene el cargo de guardador de bienes del ausente tiene derecho a una remuneración; sin embargo, no existe norma alguna que regule la forma ni la cantidad monetaria para realizar dicho pago.
5. Los plazos establecidos en la ley para el trámite de la declaratoria de usencia y posteriormente la de muerte presunta, resultan obsoletos y no se ajustan a la realidad de Guatemala.



RECOMENDACIONES



1. El órgano supremo del Organismo Judicial, que es la Corte Suprema de Justicia, debe unificar criterios a efectos de requerir a los solicitantes, cuando se promueva la ausencia, los requisitos mínimos necesarios para promover, tramitar y resolver dicha declaración.
2. El Congreso de la República de Guatemala debe establecer un procedimiento único y uniforme para que las personas que han sido declaradas presuntamente muertas, y aparezcan con posterioridad, puedan recuperar sus bienes sin problema alguno.
3. La Universidad de San Carlos de Guatemala, por tener iniciativa de ley, debe solicitar la reforma al Código Civil, con el objeto de fijar un plazo prudencial para la devolución de los bienes de la persona muerta presuntamente y que luego aparece, con la aclaración de que se harán las deducciones económicas por la guarda y custodia de los bienes.
4. El Congreso de la República de Guatemala debe crear un arancel para poder tener una base sobre la cual calcular los honorarios que le corresponden al guardador, ya que la ley considera que es el juez quien los debe fijar.

5. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Artículo 63 del Código Procesal Civil y Mercantil, en cuanto a fijar nuevos plazos para promover la declaración de muerte presunta, tomando en consideración los procesos planteados, y las causas que los han promovido.



BIBLIOGRAFÍA



- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial.** Tomos I y II. Buenos Aires, Argentina: Ed. Sorox, 2006.
- ARROYO CAMAÑO, Dulio. **Ausencia y muerte presunta.** Tomo I. 2ª. ed. Panamá: Ed. Mizrachi & Pujol, 1997.
- ARCE VALENZUELA, Eduardo. **La ausencia y la muerte presunta en la legislación guatemalteca.** Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, 1983.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 1998.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1977.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español.** Madrid, España: Ed. Reus, 1976.
- Diccionario Ilustrado de Términos Médicos: **Mediclopedia.** S. E. Madrid, España: Instituto de Investigación y Desarrollo Químico – Biológico, 2006.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español.** Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1956.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. **Derecho de las personas.** Lima, Perú: Ed. Gaceta Jurídica, 2004.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Código Civil peruano.** Lima, Perú: Ed. Librería Studium, 1986.
- GARCÍA, José Ángel. **Antropología filosófica: Una introducción a la filosofía del hombre.** Pamplona, Navarra, España: Ed. Universidad de Navarra, S.A., 2001.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Lecciones sobre la filosofía de la historia universal.** 1ª. ed. Madrid, España: Ed. Alianza, 1999.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. **Instituciones de derecho procesal civil colombiano,** Tomo II, 7ª. ed. Santa Fé de Bogotá, Colombia: Ed. Dupre, 2005.

MEIR, Lucy. Introducción a la antropología social. España: Ed. Alianza, 1982.

MORALES GODÓ, Juan. Hacia una concepción jurídica unitaria de la muerte. Lima, Perú: Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2000.

PLANIOL, Marcel. Tratado elemental de derecho civil. México: Ed. José M. Cajica, 1947.

PUIG PEÑA, Federico. Compendio de derecho civil español. Madrid, España: Ed. Pirámide, 1976.

TOBIÁS, José. Fin de la existencia de las personas físicas. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1988.

YUNGANO, Arturo. Derecho civil, parte general. México: Ed. Jurídicas, 1990.

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 54-77, 1977.