



**UNIVERSIDAD  
DEL AZUAY**

**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
ESCUELA DE DERECHO**

**Trabajo de Graduación previo a la obtención de título de  
Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador**

**“ANÁLISIS CRÍTICO DE LA INSTITUCIÓN DE LA MUERTE PRESUNTA:  
NECESIDAD DE INNOVAR LA REGULACIÓN ACTUAL”.**

**Autor:** Erika Rocio Vázquez Brito

**Director:** Dr. Olmedo Piedra Iglesias

**CUENCA- ECUADOR**

**2020**

## **Dedicatoria**

El presente trabajo y mi carrera como estudiante de Derecho lo dedico:

A Lila mi apoyo incondicional, mi modelo a seguir en la vida, quien siempre me alentó a seguir, sin duda alguna la más fundamental en mi vida, quien me enseñó a ser fuerte, capaz de levantarme cada vez que me caía y sin la cual no hubiera culminado esta meta. El Motor de mi corazón.

A Santiago guía y sabiduría de mis primeros pasos que, aunque ya no está con nosotros, sé que estaría orgulloso de mis logros obtenidos. Mi ángel

A Estefanía, quien siempre con su alegría y cariño estuvo dispuesta a protegerme y ayudarme en los momentos difíciles de mi vida y carrera universitaria. Mi Cómplice y orgullo.

A Erik mi amor, amigo, cómplice, esposo y apoyo incondicional, quien con nuestra hija Alianne son el motivo para seguir adelante, debido que con su amor y comprensión puedo alcanzar este y muchos logros más. Mi inspiración en la vida.

A mi abuelita Carmelina, por su amor, su fe y siempre creer en mí, fuiste una luchadora de vida y aunque no estés hoy conmigo tu amor se quedó en mí. Ejemplo de Vida.

A Paola, la hermana que la vida me dio, siempre estuvo dispuesta a ayudarme y fue mi apoyo en mi vida universitaria. Amiga incondicional.

A todos los que de alguna manera confían en mí y los cuales me apoyaron en mis estudios, mis éxitos y fracasos. Con los cuales podré llegar a ser una persona de bien y alcanzar un peldaño más hacia mi gran éxito en el futuro.

*Erika*

## **Agradecimientos**

Mi eterno agradecimiento a Dios por darme la oportunidad de poder ver cristalizados mis sueños, por permitirme tener una familia, de igual manera agradezco a mi madre, esposo, hija, hermana y cuñado, gracias a ustedes, a su amor incondicional, sabiduría, y apoyo en cada decisión, a mis familiares y amigos, sentimientos de eterna gratitud por el apoyo incondicional y sus palabras de ánimo.

De manera especial agradezco expresamente a mi Director de tesis Doctor Olmedo Piedra Iglesias, quién me guio como director y como profesor me transmitió todos sus conocimientos, su sabiduría y experiencias profesionales necesarias para poder concluir este trabajo de titulación con éxito.

A la facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, a la carrera de Derecho, a los excelentes profesionales, es muy grato para mí darles las gracias por haberme permitido aprender e iniciar mis primeros pasos en esta carrera, gracias por los años de aprendizaje, por los conocimientos impartidos a cada uno de sus estudiantes, enseñanzas que nos contribuyen a formar excelentes profesionales.

Gracias a cada uno de ustedes por el amor incondicional.

*Erika*

# Índice

<b>Dedicatoria</b> .....	ii
<b>Agradecimientos</b> .....	iii
<b>Resumen</b> .....	vii
<b>Abstract</b> .....	viii
<b>Introducción</b> .....	ix
<b>Capítulo I</b> .....	1
<b>La Muerte Presunta</b> .....	1
1.1. Muerte Presunta: Etimología, Conceptos y Elementos. ....	1
1.2. Etimología.....	1
1.3. Ámbitos de la Muerte .....	2
1.4. Conceptos Doctrinales.....	5
1.5. Elementos de la Muerte Presunta.....	11
1.6. Reducción de Plazos Relativos a la Muerte Presunta .....	13
1.7. Etapas del Proceso de la Declaración de la Muerte Presunta .....	15
1.8. Efectos de la Declaración de la Muerte Presunta.....	20
1.9. Juez Competente. Generalidades .....	22
1.10. Publicidad de Acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos .....	26
1.11. Tutela a los Intereses del Ausente ¿Quiénes pueden ser sujetos activos de la declaración de la muerte presunta?.....	27
1.12. Consecuencia de la Declaración de la Muerte Presunta .....	30
1.13. Determinación del Día Presuntivo de Muerte: Regla General y Regla Calificada o de Excepción.....	31
1.14. Presunción Iuris Tantum.....	33
1.15. Reducción de plazos relativos a la muerte presunta en las reglas calificadas.....	33
1.16. Herida Grave en Guerra o Naufragio: Día Presuntivo de Muerte. ....	34
1.17. Reparición del Desaparecido Frente a la Posesión Definitiva .....	34
1.18. Concepción de la Institución Jurídica Muerte Presunta y Desaparición Forzada.....	35
<b>Capítulo II</b> .....	42
<b>Etapas de la Muerte Presunta</b> .....	42
2.1. Período de Mera Ausencia. Generalidades .....	42
2.2. Período de Posesión Provisional.....	46
2.3. Intereses a tomar en cuenta en la posesión provisional: a quiénes y cuándo se puede concederse. ....	46

2.4	Patrimonio: Concede a herederos presuntivos .....	51
2.5	Administración de los bienes en la posesión provisional .....	54
2.6.	Período de Posesión Provisoria: Teoría que identifica la Posesión Provisional con el Usufructo.....	57
2.7	Efectos del Decreto de Posesión Provisional .....	59
2.7.1	Primer Efecto: Disolución de la Sociedad Conyugal .....	59
2.7.2.	Segundo Efecto: Apertura de la Sucesión del Desaparecido.....	62
2.7.3.	Tercer Efecto: Posesión Provisional a los Herederos Presuntivos .....	63
2.7.4.	Cuarto Efecto: Emancipación de Hijos.....	64
2.8.	Posesión Definitiva: Revocatoria y sus Efectos.....	67
2.9	Período de posesión definitiva.....	68
2.10	Efectos de la Posesión Definitiva .....	69
2.11	Reglas de Revocatoria del Decreto de la Posesión Definitiva.....	72
<b>Capítulo III</b> .....		76
<b>Estudio del Trámite</b> .....		76
3.1.	Generalidades sobre el procedimiento. ....	79
3.2.	Aplicación de los procedimientos establecidos en el Código Orgánico General de Procesos respecto a la muerte presunta. ....	82
<b>Capítulo IV.- Legislación Comparada</b> .....		97
4.1.	Posesión Provisional en el Derecho Comparado en el Marco de las Vertientes Civilistas de América Latina: Argentina, Chile, España y México. ....	97
4.2.	Legislación de Argentina.....	98
4.3.	Legislación de Chile .....	100
4.4.	Legislación de España .....	101
4.5.	Legislación de México .....	103
<b>Conclusiones Generales</b> .....		109
<b>Recomendaciones</b> .....		111
<b>Bibliografía</b> .....		112
<b>Anexos</b> .....		119

## Lista de Anexos

<b>Anexos 1 :</b> Transcripción del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)- Procedimiento Voluntario .....	119
<b>Anexos 2:</b> Transcripción de la Legislación Argentina del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC)- Capítulo 6.- Ausencia y Capítulo 7.- Presunción de fallecimiento.....	121
<b>Anexos 3:</b> Transcripción de la Legislación de Chile del Código Civil Chileno (CCDC) Capítulo 3. De la Presunción de muerte por desaparecimiento.....	125
<b>Anexos 4:</b> Transcripción de la Legislación España del Código Civil Español (CCE)- Título VIII De la ausencia, Capítulo I.- Declaración de la ausencia, Capítulo II.- De la declaración de fallecimiento. 130	
<b>Anexos 5 :</b> Transcripción de la Legislación Mexicana del Código Civil Federal de México (CCFDM)- Título Undécimo De los Ausentes e ignorados Capítulo I.- De las Medidas Provisionales en Caso de Ausencia, Capítulo II.- De la declaración de ausencia, Capítulo III.- De los efectos de la declaración de ausencia, Capítulo V.- De la presunción de muerte del ausente, Capítulo VI.- De los efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales del ausente, Capítulo VII.- Disposiciones Generales. .137	
<b>Anexos 6 Corte Nacional de Justicia</b> .....	148

## **Resumen**

La presente investigación tiene por objeto, elaborar un análisis crítico a la institución de la Muerte Presunta que permita elaborar una propuesta de reforma en la legislación ecuatoriana en lo relativo a la reducción de plazos, motivo por el cual se analizará su regulación en los diferentes sistemas jurídicos comparados, la noción en el sistema actual y los elementos que generalmente deben presentarse para que se configure la muerte presunta.

Nuestro sistema jurídico ecuatoriano con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos no da directrices claras con respecto al trámite que debe seguirse en el caso de determinarse la muerte presunta, nos encontramos frente a la reducción de plazos en los casos generales y especiales; nos permitió concluir que la norma ha sido considerada por algunos autores como una solución, porque permite que se determine un día presuntivo de muerte frente a la desaparición.

**Palabras clave:** muerte presunta, COGEP, desaparición, plazos, reforma.

## Abstract

The purpose of this investigation was to elaborate a critical analysis regarding the institution of Presumed Death, which allows a reform proposal in the Ecuadorian legislation regarding the reduction of deadlines. For this reason, this regulation in the different legal compared systems was analyzed, its notion in the current system and the elements that are generally present in the configuration of the Presumed Death. Our Ecuadorian legal system with the validity of the General Organic Code of Processes do not give clear guidelines regarding the procedure on Presumed Death. The reduction of deadlines in general and special cases are happening. Therefore, authors and researchers consider this regulation as a solution because it allows a presumptive day of death to be determined in the face of disappearance

**Keywords:** presumed death, COGEP, disappearance, deadlines, reform.

Translated by

A handwritten signature in blue ink that reads "Magali Arteaga". The signature is stylized with a long horizontal stroke at the bottom.A handwritten signature in black ink that reads "Erika Vazquez". The signature is written in a cursive style with a horizontal line through the middle.

Erika Vazquez

## **Introducción**

El Derecho Civil Personas, aquel orden normativo que se encuentra destinado a la regulación de relaciones de las personas con el Ordenamiento jurídico preestablecido para la coexistencia mediante las leyes, que pueden ser afectados por problemas que son comunes a todas las ramas del Derecho, es así que en el marco de estas relaciones la institución jurídica de la muerte presunta, entendida como la normativa que regula la situación jurídica que presume el fallecimiento de un individuo frente a quienes disputan sus derechos sean contractuales o sucesorios, motivo por el cual la ley precautela los bienes, derechos y obligaciones, es decir, el patrimonio del desaparecido.

En el proceso de la muerte presunta, luego de la primera etapa llamada de mera ausencia, se da paso al período de posesión provisional, por tal razón los bienes del desaparecido son administrados por los herederos presuntos de acuerdo con las reglas calificadas, el problema que se encuentra en disputa es que aunque los herederos presuntos adquieren la administración de los bienes lo hacen sin todas las prerrogativas que tiene el dominio o propiedad, debido a qué, existen restricciones generando la inquietud de saber, ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la Posesión Provisional?

La versatilidad del mundo al que nos enfrentamos y los constantes avances referentes a medios de comunicación, transporte y tecnologías imponen nuevas circunstancias que requieren normativas actuales que efectivicen los derechos del ausente como de los herederos provisionales y de terceros.

Al derogarse el Código de Procedimiento civil entra en vigencia el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), el 22 de mayo del 2016 el cual establece que los trámites sean llamados procedimientos, lo cual es erróneo, pero no solo eso, sino que con su promulgación muchos trámites pasaron a la potestad de las notarías, además dejó sin efecto a muchos trámites que eran específicos como es el caso de la Institución Jurídica muerte presunta.

Es por esta razón que resulta imperativo analizar el trámite de la muerte presunta y compararlo con diferentes legislaciones, esto con la finalidad de encontrar una solución o propuesta que resuelvan falencias a encontrarse a lo largo del análisis de esta institución jurídica y cumplir con los principios que guían nuestro régimen civil.

# Capítulo I

## La Muerte Presunta

### Introducción

Las relaciones sociales se encuentran reguladas y resguardadas mediante la Constitución y las leyes, en este caso la institución jurídica que nos corresponde estudiar es la muerte presunta, la cual analiza las relaciones de la situación jurídica derivadas de la presunción del fallecimiento de un individuo frente a quienes disputan sus derechos sean contractuales o sucesorios, por el cual se precautela los bienes, derechos y obligaciones del desaparecido.

A lo largo de la vida jurídica de esta institución mucho se ha dicho acerca de este tema, lo que nos hace preguntar, ¿Qué realmente debemos entender por muerte presunta?, y la respuesta la encontraremos a lo largo de este análisis.

En el presente capítulo se va a tratar los siguientes puntos: La etimología, ámbitos y conceptos doctrinales; con el objetivo de obtener una idea clara de la naturaleza jurídica muerte presunta, sus elementos, plazos, etapas, efectos y consecuencias en la legislación ecuatoriana, para entender como procede nuestro sistema jurídico.

#### 1.1. Muerte Presunta: Etimología, Conceptos y Elementos.

##### 1.2. Etimología

Para continuar con el presente trabajo es necesario definir la palabra muerte, que viene del latín –mortis- que significa culminación de los procesos vitales de un organismo, ciertamente, la muerte real “Cuyo acontecimiento es cierto, es la cesación de las funciones fisiológicas que presiden el conjunto de la vida de los órganos de un ser”<sup>1</sup>.

Al hablar de la muerte presunta, debemos recordar que la persona tiene una existencia y un fin de la personalidad, a consecuencia de la muerte de un individuo se da el fin de la existencia de las personas naturales, esta puede fallecer por causas naturales o accidentales. Además, existen circunstancias que imponen la presunción de muerte de modo que la persona pudo desaparecer o creerse que murió por circunstancias donde son poco probables que la persona haya sobrevivido a causa de esos hechos.

---

<sup>1</sup> (COELLAR ESPINOZA, 1992)

La real academia de la lengua española, da un concepto de muerte: “cesación o término de la vida”<sup>2</sup>, esta definición que es un concepto escaso e incompleto frente a la legislación, pues podría considerarse un término más religioso que legal.

### **1.3. Ámbitos de la Muerte**

Analizaré los diferentes ámbitos en los cuales se considera a la muerte:

Desde el ámbito religioso la muerte se da cuando: “El alma abandona el cuerpo, y sin el cual el ser humano no puede vivir”, esta definición es un concepto inconcluso frente a la legislación, al ser un concepto más espiritual y moral, siendo la muerte un hecho jurídico que debe cumplir con todas las solemnidades al ser declarada, para que no exista duda sobre los derechos existentes.

En otra línea de la investigación desde el ámbito del aspecto Anatomopatológico se hace referencia a la muerte somática y muerte celular; en el primer caso la muerte somática: “la detención irreversible de las funciones vitales del individuo en conjunto” (VARGAS, 1991) y en segundo lugar, la Muerte celular: “El cese de la vida en el nivel de cada uno de los componentes celulares del organismo”. (VARGAS, 1991).

En el ámbito del aspecto médico legal hace alusión a dos consideraciones: primero la muerte aparente y segundo la muerte real, del cual se realiza una diferenciación entre la muerte aparente y la real, al considerar a la muerte aparente como el cese transitorio de la circulación y respiración o la pérdida de movimiento y conocimiento, no existe ninguna actividad ; mientras la muerte real conocida como muerte verdadera es el cese irreversible de la circulación, respiración y todo el sistema nervioso central, pero también esta muerte se puede dar de manera accidental, debida a sucesos imprevistos.

En conclusión, la vida depende del funcionamiento del sistema nervioso central, la respiración y la circulación, que son los que mantienen el ciclo de oxígeno que ingresa al cuerpo humano necesarios para la vida, este criterio es importante para conocer quiénes son los que tienen un interés en la determinación de la muerte.

El paciente que se encontraba en estado vegetativo antes de la década de los sesenta solo tenía la perspectiva de la muerte somática, es decir, cuando cesa la actividad espontánea del corazón y los pulmones, consecuentemente, dada esta situación y debido que surgen métodos

---

<sup>2</sup> Asale, R. (2020). muerte | Diccionario de la lengua española. «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario. <https://dle.rae.es/muerte>

de respiración y articulación artificial surge la alternativa de la muerte cerebral, como manifiesta Jennet y Plum: “existe un severo daño del cerebro queda privado de toda actividad mental superior, pero conserva la actividad espontánea de la respiración y de la circulación”<sup>3</sup>

Actualmente, debido a los múltiples avances del mundo, de la ciencia y de la tecnología, se creó técnicas eficaces como la Reanimación Cardiopulmonar (RCP), con el cual se revierte la dificultad de la circulación y respiración en la persona.

En el diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas, define a la muerte como: “fin, extinción, cesación de la vida, al menos en el aspecto corporal”<sup>4</sup>.

De la misma forma define a la muerte aparente como: “El estado corporal en que la respiración, la circulación de la sangre, el calor del organismo y otras manifestaciones vitales son poco o nada perceptibles.”<sup>5</sup>, antiguamente al no existir técnicas como la reanimación cardiopulmonar la persona fallece cuando su respiración cesa o su corazón se detiene.

De los conceptos antes analizados, nuestra legislación optó por acogerse a la tesis de la muerte cerebral del cual los precursores son Mollaret y Goulon (1959), los cuales dan su criterio y empiezan a llamar a la muerte cerebral como “abolición total de las funciones de la vida vegetativa.”<sup>6</sup>, dándole una significancia clínica, la misma que se conoce así porque es el médico el que asume el derecho sobre la extinción de la vida artificial.

La muerte cerebral expuesta en la conferencia de reales colegios médicos y facultades suscrita en 1979, del cual encontramos un memorándum con título “Diagnosis de la Muerte” en su texto explica: “la muerte del cerebro representa la etapa en que verdaderamente muere el paciente, porque en este momento cesan permanente e irreversiblemente todas las funciones del cerebro”<sup>7</sup>, del cual son sinónimos muerte encefálica y la muerte neurológica, y a la que se le define como “el cese irreversible del funcionamiento del cerebro, comprobado en base a normas aceptadas de la práctica médica, y en el cual la circulación y la respiración solamente pueden mantenerse por medios artificiales o extraordinarios.”<sup>8</sup>

El comité Ad hoc de la escuela de medicina de la universidad de Harvard (1968), analizó la muerte cerebral y determinó que los criterios para diagnosticar esta condición deberían ser:

---

<sup>3</sup> (VARGAS, 1991)

<sup>4</sup> (CABANELLAS, 1993)

<sup>5</sup> (CABANELLAS, 1993)

<sup>6</sup> (VARGAS, 1991)

<sup>7</sup> (COLEGIOS MEDICOS, 1979)

<sup>8</sup> (VARGAS, 1991, pág. 161)

- 1. Ausencia Absoluta de Respuesta a Estímulos Externos:** Quiere decir que, aunque hubiera estímulos intensos, estos no deben provocar respuesta, ni siquiera aceleración de la respiración.
- 2. Ausencia de Movimientos Espontáneos y de Movimientos Respiratorios:** Debe existir la observación al paciente de una hora por lo menos y en el caso que el paciente este utilizando un respirador artificial se le debe interrumpir la respiración durante tres minutos para poder observar si el paciente presenta algún esfuerzo por respirar de manera espontánea.
- 3. Ausencia de Reflejos:** No solo interesan los reflejos osteotendinosos (Exploración con un martillo de reflejos del tendón para provocar su contracción refleja), sino también los reflejos profundos.
- 4. Encefalograma Isoeléctrico:** Este examen se debe repetir en las 24 horas, por el cual se registra la actividad del cerebro. Al existir un traumatismo cerebral puede acompañarse de un electroencefalograma plano o casi plano.

La muerte cerebral la cual fue reconocida por medio de la tecnología médica, con el único objetivo de oxigenar los órganos que pueden ser destinados para realizarse un trasplante.

Como algunos autores expresan la muerte cerebral se da en el momento en que se necesita recurrir a medios artificiales como por ejemplo el respirador artificial para poder mantener la respiración y la circulación de la persona en ese estado, por este motivo es que se determinó los criterios para diagnosticar la muerte cerebral y por lo que se vuelve conveniente realizar la prueba de apnea (ausencia de respiración espontánea).

La legislación ecuatoriana frente al criterio de muerte cerebral y la posibilidad de realizar trasplantes se vio en la necesidad de regular y crear la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, bajo el Título II Capítulo Primero. - De la Donación, mismo que expresa en el art. 29 Donación:

“Los ecuatorianos, ecuatorianas y extranjeros residentes legales en el país, mayores de dieciocho años al fallecer se convertirán en donantes, a menos que en vida hubieren manifestado, en forma expresa, su voluntad en contrario(...)”, este artículo respalda el hecho de que la persona que haya fallecido puede ser donante y debido a la necesidad de extraer los órganos para trasplante en un medio aséptico, el cuerpo del donador debe ser trasladado a un quirófano, donde el médico mantiene la oxigenación, como también reconoce el artículo 41 de

esta misma Ley establece: “Donación Cadavérica: Una vez comprobada y certificada la muerte de una persona, se podrá disponer de todos o parte de sus órganos, tejidos y /o células, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de esta ley”, esta ley determina como concepto de muerte: “cese permanente de la función del organismo como un todo.

Esta definición implica que el mantenimiento por medios artificiales de la función cardiovascular y ventilatoria se reduce al funcionamiento de “subsistemas” independientes y que la función del organismo “como un todo” se ha perdido; teniendo en cuenta que el encéfalo es el responsable de la función del organismo como un todo” se considera que la “muerte encefálica” es equivalente a la muerte.”, lo que establece Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, se acoge al criterio que al darse la muerte encefálica esta es considerada como muerte.

#### **1.4. Conceptos Doctrinales**

Alfredo Barros Errazuriz: “El hecho de la muerte es un hecho jurídico de una importancia especial, que debe hacerse constar de una manera fehaciente y solemne, para que no haya duda acerca de los derechos que ocasiona”<sup>9</sup>, la muerte presunta en el Código Civil presume muertos a los individuos que han desaparecido y cuya existencia se ignora, siempre que cumpla con las condiciones determinadas por la ley, tal como lo expresa el autor.

Luis Claro Solar, nos da su concepto sobre la muerte de personas naturales: “La muerte es la cesación de los fenómenos que concurren a la conservación de la vida, y con la denominación de muerte natural se comprende no solo la ocasionada con las enfermedades o por el debilitamiento de todos los órganos con la edad sino también la accidental, debido a sucesos imprevistos y a todas las causas externas de destrucción de que el hombre se ve rodeado”<sup>10</sup>, este autor habla de la denominada muerte natural y hace una distinción de las diferentes circunstancias en las que se pueden producir como en el caso de accidente, avanzada edad o enfermedad, también hace referencia de las causas externas en las que el individuo puede perder la vida.

Al declararse la muerte de un individuo sobrevienen diferentes circunstancias jurídicas como lo son: la sucesión en los bienes de una persona, que se abre al momento de su muerte,

---

<sup>9</sup> (BARROS ERRAZURIZ, 1930 )

<sup>10</sup> (CLARO SOLAR, 2013)

regulada en el artículo 997 del código civil ecuatoriano; otra es la terminación del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, regulada en el artículo 105 del código civil; también la emancipación legal por la muerte del padre, cuando no existe la madre, regulada en el artículo 310 del código civil; toda acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, regulada en el artículo 127 del código civil.

El Código Civil del Ecuador establece en su cuerpo normativo, la presunción de la muerte, por lo que se vuelve imperioso proteger los intereses de todos los que se crean asistidos tras la presunción de la muerte, empero esta protección supone o no la buena fe en la persona que desaparece, nuestro Código Civil equipara al deudor que se oculta para no pagar sus deudas con el “ausente” con el objetivo que se nombre un curador que administre los bienes del supuesto desaparecido. (Artículos 494 y 495 del Código Civil Ecuatoriano), así como expresa el Dr. Juan Larrea Holguín: “el tiempo en que se produce la muerte de una persona puede significar que nazca o no nazcan ciertos derechos, que se cumplan o no condiciones o plazos, que se distribuya de una manera u otra una herencia, etc.”<sup>11</sup>

Consecuentemente, podemos decir que la muerte presunta es cuando debido a determinadas circunstancias como por ejemplo heridas grave en guerra, naufragio u otro peligro, etc. la persona desaparece de su domicilio o residencia, por lo que la ley es la encargada de determinar cuál es su estatus, en los casos que la muerte es probada, la ley se encarga de determinarlo, pero en el caso de no demostrarse la muerte y sólo presumirse al existir ausencia prolongada de una persona, genera la incertidumbre si la persona ha muerto o solo se encuentra desaparecida, por lo que se precisa que la ley manifieste soluciones y esto lo ha logrado mediante la creación de la institución de la muerte presunta.

Debiéndose entender su concepto como lo define Guillermo Cabanellas en su diccionario Jurídico elemental : “El ausente a los ojos de la ley, ni está vivo, ni está muerto.”<sup>12</sup>, este criterio es una idea clara del ausente frente a la ley y quienes tengan interés en demostrar que el ausente está muerto o vivo deben probarlo.

El Dr. Juan Larrea Holguín en su enciclopedia Jurídica expresa: “La presunción de muerte, es, pues, entre nosotros una institución mediante la cual se regulan las relaciones jurídicas como si una persona hubiera muerto, cuando por haber desaparecido, no se sabe si

---

<sup>11</sup> (LARREA HOLGUIN, 2008)

<sup>12</sup> (CABANELLAS, DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL , 1997)

vive o si ha muerto, pero resulta muy probable que realmente haya fallecido.”<sup>13</sup>, el doctor Juan Larrea da un criterio muy acertado en cuanto a la institución de la muerte presunta y él nos habla del desaparecido frente a la posibilidad de vida o muerte, es de trascendental importancia esta institución para la vida jurídica y así determinar quiénes son los sujetos de derechos frente al desaparecido.

La ley es la encargada de proteger a los intereses del desaparecido, no obstante, el código civil en su artículo 66, expresa:

“Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive, y verificándose las condiciones que van a expresarse”. (Art. 66 del Código Civil, 2005),

Nuestro código al referirse a la expresión “verificándose las condiciones”, lo que hace es establecer una condición, la cual no podemos evidenciar el origen de la noticia acerca de la muerte o la vida del desaparecido, si bien nuestra legislación civil ecuatoriana no da un concepto de lo que debemos entender por muerte presunta, sí expresa cuándo procede declararla, presunción que si bien es legal, requiere la declaración judicial por parte de autoridad competente y por lo que debe realizarse un trámite en la vía judicial a petición de los interesados, es decir, el juez en base a ciertos antecedentes puede dictar que se presume la muerte del individuo.

Dos circunstancias conocidas son la base de la presunción de muerte por desaparecimiento:

1. La ausencia o desaparecimiento del individuo por largo tiempo del lugar de su domicilio,
2. La carencia de noticias

De acuerdo con estas dos circunstancias si la persona desaparece de su domicilio o residencia y transcurre un largo tiempo sin que exista noticias de su paradero, lo que hace presumir que la persona ha muerto.

Para tener una idea más clara sobre los diferentes conceptos del desaparecido, ausente y el no presente vamos a analizar lo que nos dice al respecto el Código francés.

---

<sup>13</sup> (LARREA HOLGUIN, 2008)

En el Derecho Francés nos habla de “El ausente” como la persona de la cual no se tiene ninguna noticia y su existencia no es posible de determinar y su muerte no puede ser probada por ningún modo, motivo por el cual se la diferencia del no presente y del desaparecido.

El término ausencia para Ricardo Couto tiene dos significados: “Primero: se entiende por ausente aquel individuo que no está en su domicilio, pero del que se sabe el lugar en que se encuentra; tal es la acepción vulgar de la palabra; y el Segundo: La ausencia se entiende aquel individuo que no se encuentra en su domicilio y cuya existencia se ha hecho incierta, por no tener noticias de él e ignorarse, en lo absoluto, el lugar de su residencia: tal es su acepción jurídica.”<sup>14</sup>

En el primer significado no existe dudas sobre la existencia, aunque no se conoce el lugar dónde está, empero la persona existe. La ley no dice nada del ausente, solo le corresponde cuidar sus intereses y de no hacerlo se pierden y en el segundo concepto existe la incertidumbre de la existencia o no del individuo, además de no tener noticias sobre la vida o muerte al no tenerse pruebas de su muerte.

El “No presente” existe, pero no tiene un lugar determinado donde encontrarlo, pero su existencia no provoca duda alguna, como lo expresa Mary Sol Graterón: “La no presencia constituye la situación jurídica en que se encuentra una persona natural, que, no hallándose en el país, su existencia no está en duda”.<sup>15</sup>

El “Desaparecido” debido a un accidente o catástrofe no se ha vuelto a tener noticias de la persona de la cual seguramente encontró la muerte, por lo que al pasar un tiempo y de acuerdo con el trámite previsto para esta circunstancia se podrá declarar el fallecimiento de la persona.

Aguilar Gorrondona: “La no presencia y ausencia son dos instituciones distintas que coinciden en proveer a la protección de determinadas personas que se encuentran impedidas de obrar por sí mismas, debido al hecho de no hallarse en un determinado lugar, unido a otras circunstancias, que varían según se trate de no presentes o de ausentes.”<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> (COUTO, 2008)

<sup>15</sup> (GRATERÓN GARRIDO, 2014)

<sup>16</sup> (AGUILAR GORRONDONA, 2000)

Nuestra legislación ecuatoriana vigente al referirse al “Desaparecido”, “Ausente” no diferencia la mera ausencia del llamado “Desaparecido”, por este motivo tomamos el criterio de Victorio Pescio Vargas, quien habla de la mera ausencia al expresar: “Se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, esto es como un inocuo caso de no presencia y cuidarán los intereses del desaparecido o sus apoderados o representantes legales. Este período debe darse por iniciado con las últimas noticias y perdura hasta la concesión de posesión provisoria o definitiva en su caso.”<sup>17</sup>

Colin y Capitant no hablan de un período de “mera ausencia” o “ausencia presunta”, sino de medidas provisionales, a modo de período preliminar, por lo que estos autores dicen: “En todo caso, desaparecida una persona de su domicilio del lugar de su última residencia, sin haberse tenido en ella más noticias, podrá el Juez, a instancia de parte interesada, del Ministerio Fiscal nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan decir sin perjuicio grave.”<sup>18</sup>

En este período de mera ausencia tal como lo establece en el código civil artículo 69 expresa: “Durante los tres años o seis meses prescritos en el Art. 67, reglas 5a. y 6a., se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, y cuidarán de los intereses del ausente sus apoderados o sus representantes legales.” (2005), en este período se da inicio al trámite de la declaratoria de muerte presunta, con la declaratoria de la autoridad judicial.

Alessandri & Somarriva dan la definición: “El período de mera ausencia, al término del cual se declara la muerte presuntiva, comienza con la fecha de las últimas noticias del desaparecido y dura hasta el día que se decreta la posesión provisoria o definitiva de sus bienes a los cinco o seis meses, según los casos. En este período prevalecen mayormente la posibilidad de la vida del desaparecido.”<sup>19</sup>, esto nos da entender que este período de mera ausencia lo que busca es que mediante la ley se dé un tiempo prudencial para que la persona pueda reaparecer.

El concepto de la muerte presunta es un tema muy trascendental en la vida jurídica, por cuanto se requiere saber con certeza quienes pueden ser sujetos de derechos y obligaciones

---

<sup>17</sup> (PESCIO VARGAS, 1958)

<sup>18</sup> (COLIN & CAPITANT, 1952)

<sup>19</sup> (ALESSANDRI & SOMARRIVA, 1971)

frente al presunto muerto, empero existen herederos, acreedores, familiares y otras personas que pueden presentar interés en la persona que se encuentra desaparecida.

De acuerdo como se manifiesta María Teresa Villareal: “Del conjunto de acciones que han llevado a cabo estos grupos de familiares, identificamos como aquellos que podrían orientarse hacia el tratamiento de la desaparición de personas como un problema público.”<sup>20</sup>, por lo que en el contexto de lo social es un problema que atañe a todo el conglomerado social no solo a una parte.

Leonardo B. Pérez en su obra Declaración Judicial de Presunción de muerte, expresa: “Le corresponde al derecho poner fin al estado de incerteza jurídica motivado por la desaparición de una persona de su domicilio, respecto de la cual no se ha tenido indicio que pueda suponer, de algún modo su existencia.”<sup>21</sup>, la institución de la muerte regula las relaciones como si la persona que se encontraba desaparecida hubiera muerto, al desaparecer y no dejar noticias es muy probable que realmente haya fallecido, es por eso que le corresponde al derecho como tal solucionar y dar seguridad jurídica a la sociedad, familiares, herederos o personas que tengan interés en el desaparecido. Con la muerte de un individuo se abre paso a las consecuencias jurídicas que se desprenden de la misma como son las que encontramos en el código civil en el artículo 64 bajo el título del fin de la existencia de las personas, nos dice: “La persona termina con la muerte”.

Concluimos que el concepto de muerte implementado en el Ecuador, sigue las bases generales que establece el Código Civil ecuatoriano, por lo cual nos remitimos al artículo 64 del Código Civil, en el que se expresa en el precepto legal: “La persona termina con la muerte” (2005). debido que el fin de la personalidad culmina con la muerte, el cual es un hecho jurídico y proceso biológico del ser humano, tal como expresa Thoinot “La muerte es un proceso que afecta al organismo en conjunto”<sup>22</sup>, motivo por el cual es de vital importancia en la vida jurídica saber con certeza quienes están asistidos por los derechos que tenía él desaparecido.

---

<sup>20</sup> (VILLAREAL, 2014)

<sup>21</sup> (PEREZ GALLARDO, 2008)

<sup>22</sup> (VARGAS, 1991, pág. 163)

## 1.5. Elementos de la Muerte Presunta

La muerte es un hecho inevitable y, además, de fácil comprobación con la presencia del cadáver, pero inclusive esto no es verdad absoluta al existir casos en los cuales la muerte no se puede certificar con el cadáver, en cuanto ¿Cómo saber si una persona ha muerto o vive? Los accidentes, las guerras, los naufragios, las desapariciones forzadas y otros acontecimientos similares crean una incertidumbre, pues la persona se encuentra desaparecida de su domicilio o residencia del cual no se tiene noticias sobre si está vivo o muerto. En virtud de tal circunstancia es necesaria la institución de la muerte presunta en los ordenamientos jurídicos.

Para que se establezca la Institución Jurídica Muerte presunta, es necesario desarrollar los tres elementos que la componen y que se cumplen de manera secuencial, para así poder declarar la muerte presunta en base a una presunción iuris tantum, la cual requiere prueba en contrario sobre la muerte de la persona.

### Elementos de la muerte presunta

#### **1. Primer Elemento: Ausencia y Desaparecimiento de una persona:**

Ausencia: El ausente es la persona de la cual se desconoce durante un largo tiempo su paradero, careciendo de noticias sobre si está vivo o muerto.

Heinrich Lehmann, nos expresa: "La ausencia no ha de equipararse a la carencia de noticias ni al hecho de que el sujeto esté fuera. Se trata más bien de un "echar de menos".<sup>23</sup> No está ausente aquel cuya muerte según las circunstancias no es dudosa.", esto quiere decir, que este echar de menos es un sentimiento de nostalgia que se experimenta hacia el ausente, lo que no está o ha dejado de estar.

Para Marín Pérez la ausencia es "La falta de presencia, cuando esta última haya de tener alguna significación jurídica"<sup>24</sup>, situación que va acompañada con el paso del tiempo y la falta de noticias.

Colín y Capitant "Ausente es el individuo que ha cesado de estar en el lugar de su domicilio o de su residencia y cuya existencia no es conocida se ignora y sobre cuya existencia reina incertidumbre"<sup>25</sup> Al realizarse la declaración de muerte, este primer elemento se refiere

---

<sup>23</sup> (LEHMANN, 1956)

<sup>24</sup> (MARIN PEREZ, 1984)

<sup>25</sup> (COLIN & CAPITANT, 1952)

que no se tiene noticias de la persona, con la cual pierde relaciones familiares, personales, sociales y habituales con las personas que generalmente frecuentaba, por lo que se ausenta del lugar común de domicilio. Con lo dicho el primer elemento es la ausencia.

## **2. Segundo Elemento: Incertidumbre Absoluta sobre su Existencia o no:**

Este elemento crea una inseguridad debido que el hombre es un ser sociable por naturaleza y no podría vivir apartado de la sociedad, al haber desaparecido sin dejar noticias de su paradero, se abre una puerta para que la institución de la muerte presunta sea la que pueda resolver este conflicto jurídico, debido a que desde la fecha de las últimas noticias que desapareció no se ha tenido ninguna otra noticia en absoluto.

Del Vecchio citado por Rodrigo Borja en su obra Derecho Político y Constitucional “Sea por instinto, sea por necesidad, lo cierto es que siempre se encontró al hombre incorporado a una sociedad, sujeto al complejo sistema de interrelaciones humanas que ella supone”<sup>26</sup>, al perder relaciones y falta de conocimiento de su existencia lo que marca duda sobre su existencia, mientras dure la incertidumbre sobre la existencia o no del ausente se protegen los intereses, siendo el juzgador el encargado de certificar la vida o muerte del desaparecido.

Hernán Corral Talciani: “La institución de la ausencia no pretende poner fin a la incertidumbre sobre la existencia del sujeto, más bien lo que persigue es reconocer oficialmente, en mayor o menor intensidad, la existencia de dicho estado incierto respecto a una persona en particular y permitir la producción de ciertos efectos que puedan ayudar a impedir los perjuicios que se derivan de esa situación, sea para ella, sea para terceros.”<sup>27</sup>, motivo por el cual se trata de evitar la inseguridad jurídica y proteger los intereses y patrimonio del desaparecido mientras dure este período de incertidumbre.

Edgard Baqueiro Rojas y Rosalia Buenrostro Báez “Cuando una persona se encuentra prolongadamente fuera de su domicilio, se ignora su paradero y se tiene incertidumbre sobre si vive o a muerto, nos encontramos en el caso del ausente en el sentido técnico jurídico.”<sup>28</sup>

Diego Manuel Espín “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;

---

<sup>26</sup> (BORJA CEVALLOS, 1971)

<sup>27</sup> (CORRAL TALCIANI, 2018)

<sup>28</sup> (BAQUEIRO ROJAS & BUENROSTRO BÁEZ, 2004)

la ausencia exige, pues, la incertidumbre absoluta sobre la existencia de una persona.”<sup>29</sup>, la ausencia apareja incuestionablemente la incertidumbre referente a la existencia de la persona.

### **3. Tercer Elemento: Transcurso del Tiempo:**

En este elemento para que sea trascendente el transcurso del tiempo depende de cada caso en concreto y las condiciones en que vive cada persona. El transcurso del tiempo permite que en la etapa de la posesión provisional de los bienes, derechos y obligaciones del desaparecido pasen al período de posesión definitiva.

Cuando la desaparición de un individuo genera incertidumbre y se prolonga por el transcurso del tiempo, esta desaparición se vuelve relevante para el derecho y para la institución muerte presunta, siendo la falta de presencia del individuo un inconveniente para el correcto desarrollo de las relaciones jurídicas.

Este elemento se encuentra ya determinado en nuestra legislación, lo que demuestra una vez más que al transcurrir el tiempo y no saber noticias de la persona desaparecida que se alejó de su domicilio por un tiempo prolongado y de la cual no se conoce noticias hasta la presente fecha, la Ley al encontrar este conflicto determina un plazo para que de esta manera no queden desprotegidos los intereses del desaparecido frente a terceros que también tienen derechos de declararse la muerte presunta y de esta manera se da la oportunidad de precautelar los derechos del desaparecido y se le da la oportunidad que en cualquier momento podría reaparecer.

Deben darse los tres elementos: 1.- Ausencia y desaparecimiento de una persona, 2.- Incertidumbre absoluta sobre su existencia o no y 3.- Transcurso del tiempo; de manera secuencial debido que, solamente al no existir noticias no se puede presumir la muerte del individuo, pues en muchos casos la falta de noticias no es suficiente para determinar la muerte presunta.

#### **1.6. Reducción de Plazos Relativos a la Muerte Presunta**

La ley establece plazos muy largos de tres años para adquirir la posesión provisional en el caso general, dejando suspenso los derechos de las personas que deberían suceder al desaparecido y así mismo después de transcurrir diez años desde la fecha de las últimas noticias y después de haberse otorgado la posesión provisional, se le otorgará la posesión definitiva, si bien es cierto estos plazos son acordes a la realidad que se vivía antes, frente a los limitantes

---

<sup>29</sup> (ESPÍN CANOVAS, 1977)

tecnológicos y de comunicación, pero en la actualidad al vivir otros tiempos resulta incomprendible a la realidad que se vive que se siga aplicando la normativa ya establecida sin cambios sustanciales.

Los juristas concuerdan que el término “ausente” y “desaparición” nuestra legislación los usa como sinónimos expresando: “En la norma para la declaración de la presunción de muerte se emplea el término “desaparecido” para el caso general de muerte presunta de diez años o de la persona que ha cumplido ochenta años (Ecuador. Congreso Nacional, 2015).

Mientras que el término “ausencia” se utiliza en el caso de los primeros “tres años o seis meses prescritos en el artículo 67, reglas 5ª. y 6a., se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, y cuidarán de los intereses del ausente sus apoderados o sus representantes legales”<sup>30</sup>; lo que se contrapone con lo expresado por Planiol & Ripert, citados por Larrea (2009); y Cabanillas (2010), pues visto de esta manera la desaparición dejaría de ser una de las fases de la ausencia”<sup>31</sup>

Los plazos relativos a la muerte presunta en nuestro Código Civil Ecuatoriano, como lo expresa el tratadista Dr. Juan Larrea Holguín los plazos inicialmente eran más amplios los cuales se desarrollaban hasta en treinta años, dejando en la incertidumbre quienes se creían asistidos en derecho.

Con el paso del tiempo los plazos se reducían cada vez, como se dio en 1970, donde se redujeron a la mitad en los dos casos (general y especial). En la actualidad al transcurrir el tiempo y las épocas estos plazos parecen ser obsoletos e incorrectos debido que, aunque los diferentes medios de comunicación, tecnología, etc., han avanzado considerablemente de acuerdo a la época siguen siendo estos plazos largos.

Con los constantes cambios producidos en la actualidad tenemos tres diferentes regímenes los cuales son: **1.- Casos Generales, 2.- Casos Especiales o Excepción y 3.- Cuando la persona que está desaparecida haya cumplido ochenta años desde su nacimiento**, los cuales serán desarrollados en las etapas del Proceso.

Los plazos que determina la muerte presunta para el caso de las reglas calificadas se deben cumplir de acuerdo a cada uno de los períodos determinados en la ley, pero al analizar el

---

<sup>30</sup> (CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, DIALOGOS JUDICIALES, NUEVAS PROYECCIONES DEL DERECHO PROCESAL, 2015)

<sup>31</sup> (DEL ROSARIO CARDENAS, TORRES TORRES, & VILELA PINCAY, 2019)

tema de las reglas calificadas nos encontramos frente a un plazo relativamente corto para determinarse el día presuntivo de muerte lo cual es conveniente con relación a las circunstancias en las que se produce la presunta muerte.

En el caso de la regla general debemos analizar si son eficaces los plazos que da la ley o deben modificarse debido al constante avance del mundo, la tecnología, educación, comunicación, etc.; siendo más fácil que la comunicación llegue a todas partes del mundo y es más efectivo poder encontrar a la persona que se ausentó de su domicilio o lugar de residencia, consecuentemente, esta institución de muerte presunta es necesaria que sea más efectiva, pues una persona no se aleja por un largo tiempo de su domicilio, de sus familiares, amigos sin que se tenga noticias del mismo, esto nos hace concluir que es viable, justa y necesaria la revisión para la reducción de plazos para los casos de otorgar la posesión provisional y la definitiva.

### **1.7. Etapas del Proceso de la Declaración de la Muerte Presunta**

Las etapas del proceso de la declaración de la muerte se encuentran reguladas en nuestra legislación en el artículo 67 del Código Civil Ecuatoriano.

**“Código Civil Ecuatoriano. -Artículo 67.- Reglas de la Presunción de Muerte:**

1. La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el Ecuador, justificándose previamente que se ignora su paradero; que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que, desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia del desaparecido, han transcurrido, por lo menos, dos años;
2. Entre estas pruebas será de rigor la citación al desaparecido que se practicará conforme con lo establecido para el efecto en el Código Orgánico General de Procesos.
3. La declaración podrá ser pedida por cualesquiera persona que tenga interés en ella, con tal que hayan transcurrido tres meses, a lo menos, desde la última citación;
4. Este numeral esta derogado por artículo 1 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de junio del 2015.
5. El juez fijará como día presuntivo de la muerte, el último del primer año, contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos tres años desde la misma fecha, concederá la posesión provisional de los bienes del desaparecido; y,

6. Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces seis meses, y practicándose la justificación y citaciones prevenidas en los ordinales anteriores, fijará el juez como día presuntivo de la muerte, el de la acción de guerra, naufragio o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.”(2005)

Esta norma establece los períodos del trámite para la declaratoria de la muerte presunta porque la declara el juez del último domicilio, asimismo en el numeral 2 ibídem se habla de la citación del desaparecido, por lo que para entender que es la citación recurrimos a lo que expresa el catedrático Doctor Olmedo Piedra (2017): “Citación: Es el acto por el cual se hace conocer al demandado de la demanda planteada y de la providencia a ella recaída; debe ser personal a través de una boleta o por tres boletas dejadas en días distintos en el domicilio del demandado o en el lugar de su trabajo si es comerciante o representante de una persona jurídica.”

La normativa al establecer la citación encontramos que es una de las pruebas para la determinación del día de la muerte la cual debe efectuarse por tres ocasiones en el Registro Oficial, además de ser publicada en el periódico o periódicos de mayor circulación que señale el juez, las que se pueden dar con intervalo de un mes cada dos citaciones.

**“Código Orgánico General de Procesos. - Artículo 56.- Citación a través de uno de los medios de comunicación:** “Citación a través de uno de los medios de comunicación. A la persona o personas cuya individualidad, domicilio o residencia sea imposible determinar, se la citará mediante:

1. Publicaciones que se realizarán en tres fechas distintas, en un periódico de amplia circulación del lugar. De no haberlo, se harán en un periódico de la capital de provincia, asimismo de amplia circulación. Si tampoco hay allí, en uno de amplia circulación nacional. La publicación contendrá un extracto de la demanda o solicitud pertinente y de la providencia respectiva. Las publicaciones íntegras se agregarán al proceso
2. Mensajes que se transmitirán en tres fechas distintas, por lo menos tres veces al día, en una radiodifusora de la localidad, en un horario de seis a veintidós horas y que contendrán

un extracto de la demanda o solicitud pertinente. La o el propietario o la o el representante legal de la radiodifusora emitirá el certificado que acredite las fechas y horas en que se realizaron las transmisiones de mensajes y una copia del audio. La citación por la radio se realizará cuando, a criterio de la o del juzgador, este sea el principal medio de comunicación del lugar.

La declaración de que es imposible determinar la individualidad, el domicilio o residencia de la o del demandado y que se han efectuado todas las diligencias necesarias, para tratar de ubicar a quien se pide citar de esta forma, como acudir a los registros de público acceso, la hará la o el solicitante bajo juramento que se presentará ante la o el juzgador del proceso o mediante deprecatorio a la o al juzgador del domicilio o residencia de la o del actor.

Para el caso anterior se adjuntará además la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores que indique si la persona salió del país o consta en el registro consular. Si se verifica que es así, se citará mediante carteles fijados en el consulado en el que se encuentra registrado.

La o el juzgador no admitirá la solicitud sin el cumplimiento de esta condición. De admitirla, deberá motivar su decisión.

Transcurridos veinte días desde la última publicación o transmisión del mensaje radial comenzará el término para contestar la demanda.

Si se acredita que la parte actora, su apoderado o ambos, faltaron a la verdad con respecto a la dirección domiciliaria o residencia de la o del demandado o respecto al hecho de no haber sido posible determinar su individualidad, se remitirá copia de lo actuado al fiscal respectivo, para la investigación.”(2016)

Al hablar del numeral 3 del art. 67 del Código Orgánico General de Procesos que dice: “3.-La declaración podrá ser pedida por cualesquiera personas que tenga interés en ella, con tal que hayan transcurrido tres meses, a lo menos, desde la última citación;” (2016), este numeral lo analizaremos con mayor detenimiento cuando analicemos la tutela de los intereses del desaparecido.

Consecuentemente, podemos decir que el trámite de la muerte presunta lo podrá iniciar quienes tengan interés en los bienes, derechos y obligaciones del desaparecido, es decir, presuntos herederos, familiares y acreedores.

El numeral 4 del artículo 67 del Código Orgánico General de Procesos nos dice: “4.- Este numeral esta derogado por artículo 1 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de junio del 2015.”, este numeral al ser derogado lo que hace es modificar la disposición que nos decía: “Será oído para proceder a la declaración y en todos los trámites judiciales posteriores al Ministerio Público”, esta norma daba la potestad al Ministerio Público para quien mediante su potestad haga las veces de contradictor en el proceso contra los derecho habientes que solicitan la declaración de la muerte presunta.

La doctrina expresa la defensa del ausente en el proceso, por este motivo el Ministerio Público hacía las veces de defensor y el encargado de tutelar los intereses de las personas ausentes que por su situación no podían hacer valer sus derechos frente al aparataje estatal.

Para declararse la muerte presunta se sigue todo un proceso legal el que culmina con la sentencia que es emitida por el Juez de familia, mujer, niñez y adolescencia debiendo seguirse un trámite voluntario de acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos.

Para determinar si una persona ha salido del país se pide una certificación al Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, en esta certificación consta el registro consular para saber si la persona salió o no del país, cumplido este requisito se puede declarar bajo juramento ante el juez que es imposible determinar la individualidad, residencia o domicilio del desaparecido.

Para el período de trámite también es importante tomar en cuenta la normativa del artículo 68 del Código Civil.

**“Código Civil Ecuatoriano. -Artículo 68. –Concesión de la Posesión Definitiva. - El juez concederá la posesión definitiva, en lugar de la provisional, si, cumplidos los tres años, se probare que han transcurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido. Podrá asimismo, concederla, transcurridos que sean diez años, desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, a la expiración de dichos diez años la edad del desaparecido, si viviere”**  
(2005)

Esta normativa distingue tres casos en el trámite de la declaratoria de la muerte presunta: Caso general, caso especial o de excepción y en el caso cuando el desaparecido haya cumplido o tenido ochenta años de edad.

1. **Casos Generales de Desaparecimiento:** En este caso se declara la muerte presunta, si desde las fechas de las últimas noticias han transcurrido dos años donde se han llevado acabo las respectivas investigaciones, averiguaciones y citaciones de acuerdo con la ley vigente en nuestra legislación, Código Orgánico General de Procesos (COGEP), siguiendo el trámite voluntario.

Al no existir obstáculos para iniciar el trámite de la declaración de muerte presunta, se puede iniciar, esto con el objetivo de realizar las publicaciones y citarle al desaparecido, luego de los dos años.

Cuando la ley usa el término “desde las últimas noticias”, lo que quiere decir es que pueden existir testimonios o noticias por parte de alguna persona que haya conversado o le haya visto, también esta expresión se refiere que pueden existir documentos privados o públicos celebrados por la persona que se cree desaparecida.

Posteriormente, el período de posesión definitiva se da al transcurrir diez años desde la fecha de las últimas noticias, razón por la cual el juez concede a los herederos presuntivos la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

2. **Casos Especiales o Excepción de Desaparecimiento:** Los casos especiales se dan cuando al haber recibido una herida grave en guerra, naufragio u otro peligro, en estos casos al haber transcurrido desde la fecha de las últimas noticias seis meses, se confiere directamente la posesión definitiva, el trámite se simplifica debido que, por las circunstancias, es más probable que haya muerto el desaparecido.

En la regulación del nuevo Código Orgánico General de Procesos (COGEP), la citación al desaparecido se la realizará conforme a lo establecido en el artículo 56 del mismo cuerpo legal.

En estos casos “fijará el juez como día presuntivo de la muerte, el de la acción de la guerra, naufragio o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso” (2005), por esta razón en estos casos no se da la posesión provisional, sino que de manera inmediata se concede la posesión definitiva.

Además, existe una tercera regla que encontramos en el artículo 68 del código civil:

3. **Cuando la persona que está desaparecida haya cumplido ochenta años desde su nacimiento:** Se considera que debido a su avanzada edad no tendría las fuerzas, energías y capacidad para sobrevivir frente a personas más jóvenes. “Al no tenerse noticias reales en un

tiempo determinado se solicitará la declaración de la muerte presunta siempre que hayan transcurrido por lo menos tres años desde la fecha cuando se tuvieron las últimas noticias del desaparecido”.<sup>32</sup>, se considera como caso especial debido que al declararse la muerte presunta se da directamente la posesión definitiva.

Puedo concluir que el plazo de dos años para iniciar el trámite de la muerte presunta se considera muy amplio, debido a los avances de tecnología y de telecomunicaciones que vivimos en la actualidad, es fácil tener noticias de la persona que se encuentra desaparecida y más cuando la persona haya desaparecido por accidentes u otras circunstancias donde se cree que es más probable que la persona haya muerto.

Ante esta realidad la ley debería encargarse de encontrar soluciones para la iniciación del trámite de declaratoria de muerte presunta de manera más ágil.

### **1.8. Efectos de la Declaración de la Muerte Presunta**

El Código Civil del Ecuador en sus artículos 69 y 70 se establecen los efectos de la presunción de la muerte.

**“Código Civil Ecuatoriano. -Artículo 69.-Período de la Mera Ausencia. -** Durante los tres años o seis meses prescritos en el Artículo 67, reglas 5a. y 6a., se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, y cuidarán de los intereses del ausente sus apoderados o sus representantes legales.” (2005)

Un punto importante a recalcar es que el tiempo determinado en el artículo citado, no siempre fue ese, ya que previo a la reforma del código civil ecuatoriano de 2016, se establecía en el texto anterior “durante los cinco o dos años”

El Código Civil ecuatoriano una de las reformas que realizó fue el tiempo en que se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, debido que antes en el código civil se establecía que: “Durante los cinco o dos años”, en este tiempo se establecía la mera ausencia; con la vigencia del nuevo código civil del 2005 reformado en el 2016 nos encontramos con plazos más cortos como son los expresados en el artículo 69 “Durante los tres años o seis meses prescritos en el Art. 67, reglas 5a. y 6a., se mirará el desaparecimiento como mera ausencia(...)”.(2005)

---

<sup>32</sup> Espinoza, Juan Derecho de las personas. Op.cit.p.982

Como resultado de la muerte, se extingue la personalidad del individuo; cesando de ser sujeto de derechos, lo cual conlleva a preguntarnos: ¿Qué suceden con los derechos que tenía la persona antes de morir?; para dilucidar esta inquietud debemos distinguir entre los derechos patrimoniales y los extrapatrimoniales. los cuales implican:

Los "Derechos Patrimoniales": son los que se transmiten a los herederos y legatarios, los llamados derechos reales, obligaciones, derecho de créditos, derechos inmateriales y derechos hereditarios.

Los "Derechos Extrapatrimoniales", son los que exclusivamente pertenecen al individuo y no se transmiten, por lo tanto, se extinguen de manera inmediata y definitiva con la persona, nos referimos a los derechos de familia y de personalidad, este tema si se encuentra determinado en el código civil, siendo necesario analizar el artículo 71 del referido cuerpo legal:

**“Código Civil Ecuatoriano. -Artículo 71.-Herederos Presuntivos. -Se entiende por herederos presuntivos del desaparecido los testamentarios o legítimos que lo eran en la fecha de la muerte presunta.**

El patrimonio en que se presume que suceden comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta.”(2005)

Para el Doctor Juan Larrea Holguín “la principal trascendencia de la declaración de la muerte presunta y la fijación de su fecha se produce en el campo de la sucesión hereditaria”<sup>33</sup>, al determinarse la fecha de muerte presunta, produce como efecto la apertura a los derechos de los herederos presuntivos respecto del patrimonio (bienes, derechos y obligaciones), a heredar en el caso que al desaparecido se declare muerto.

Luis Claro Solar, expresa el momento en que no se debería tomar en cuenta al desaparecido al referirse: “En las sucesiones a que pudiera haber sido llamado si viviera, y para determinar los bienes que deben recoger sus apoderados o representantes legales en las sucesiones abiertas con anterioridad a la fecha fijada a la muerte presunta.”<sup>34</sup>, la posición de este autor es radical pues, nuestra legislación ecuatoriana solo al determinarse el día de la muerte y declararse la posesión provisional podrán ejercer los derechos los presuntos herederos,

---

<sup>33</sup> (LARREA HOLGUIN, 2008)

<sup>34</sup> (CLARO SOLAR, 2013)

apoderados o representantes legales no antes, solo de esta manera se podrá determinar la masa hereditaria dejada a la fecha de la declaratoria y quiénes son los presuntos herederos

Este concepto es concordante con lo que expresa el maestro Arturo Valencia Zea, al decir “El declarado muerto presuntivamente deja de ser sujeto de derechos desde la fecha en que la sentencia lo declara así; y se presume, además, que hasta esa fecha vivió”<sup>35</sup>.

### **1.9. Juez Competente. Generalidades**

La legislación ecuatoriana, en su normativa específica interna como lo es el código civil en su Artículo 67, numeral 1, indica que el trámite de la declaración de la muerte presunta se lo realizará ante el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el Ecuador; para eso debemos entender al domicilio en su sentido legal, esto es la residencia acompañada del ánimo real o presuntivo de permanecer en ella, como se encuentra definido en el artículo 45 del Código Civil, es un domicilio general y no un domicilio especial, esta normativa tiene relación con el artículo 997 del Código Civil invoca: “La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte, en su último domicilio; salvo los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvo las excepciones legales” (2005), hace referencia al lugar de apertura de la sucesión en el momento de su muerte y la regla de excepción se aplica en el caso de la muerte presunta.

Al hablar de domicilio, recurriremos a lo que nos dice el Doctor Guillermo Borda, quien lo define como: “El lugar que la Ley fija como asiento o sede de la persona para la producción de determinados efectos jurídicos”(1994), cuando hablamos del desaparecimiento de una persona que no se encuentra en su domicilio habitual debemos tomar en cuenta que en la actualidad con los constantes avances tecnológicos y la crisis económica que viven los países, las personas cambian constantemente de domicilio por situaciones de trabajo y diferentes motivos, razón por la cual la persona establece un lugar como su residencia que aunque no es continua o perpetua, es un elemento que constituye el domicilio.

Otros conceptos importantes son de los profesores Arturo Alessandri y Manuel Somarriva explicando que: “El domicilio no es una noción abstracta y ficticia sino concreta; es

---

<sup>35</sup> (VALENCIA ZEA, 1974)

un lugar en que la ley supone siempre presente a una persona para los respectivos efectos jurídicos”<sup>36</sup>.

Hernán Coello describe tres características del domicilio como son: 1.- El domicilio es fijo; 2.- Por regla general es obligatorio; 3.- Puede ser plural, pero debemos reconocer y la misma ley expresa la característica de obligatorio se pueden dar casos de personas que carecen de domicilio y es su lugar acudiremos a lo que expresa el Código Civil en su artículo 54, el cual en concreto indica que en algunos casos la mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no lo tuvieren en otra parte.

El Doctor Juan Larrea Holguín nos plantea los siguientes escenarios: Será competente el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el Ecuador solamente en los tres siguientes casos:

- 1.- Cuando la persona desaparecida no haya tenido otro domicilio conocido en el extranjero después de haberlo tenido en Ecuador, el encargado de resolver es el juez del último domicilio dentro o fuera del Ecuador.
- 2.- Cuando la persona que esta desaparecida sea ecuatoriano y su cónyuge o parientes sean ecuatorianos.
- 3.- Cuando jueces ecuatorianos se les atribuya la competencia de acuerdo con los tratados internacionales o remisión de una ley extranjera.

El Doctor Juan Larrea Holguín hace referencia al punto dos donde evidentemente existe un conflicto de leyes, debido que tal como nos expresa el artículo 14 numeral 2 del Código Civil: “Los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria: 2. En los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, pero solo respecto de su cónyuge y parientes ecuatorianos.”, es por eso que resuelve de manera acertiva, ya que la muerte presunta afecta a las relaciones de familia respecto de su cónyuge y parientes ecuatorianos, lo cual hace lógico que los jueces ecuatorianos tengan competencias.

De igual manera para el Dr. Hernán Coello, no hay duda alguna, que en el sistema de Derecho Internacional Privado ecuatoriano, la aplicación del factor de conexión nacionalidad es importante, pues con él se pretende resolver varios problemas como: la condición jurídica de los extranjeros, los del estado, capacidad y derechos de familia de los nacionales, de acuerdo

---

<sup>36</sup> (ALESSANDRI & SOMARRIVA, 1971)

con lo ya expresado en el Artículo 14 del Código Civil se hayan sometidos a las leyes ecuatoriana, incorporando a la nacionalidad como factor de conexión.

Al referirnos al punto tres, considera incuestionable que la competencia correspondería al Juez ecuatoriano, aunque su último domicilio haya sido en el extranjero

Mediante este análisis, no es razonable que la competencia la tenga el juez del último domicilio del desaparecido en el Ecuador, mas si el desaparecido pudo tener otro domicilio conocido en el extranjero.

El Código de Derecho Internacional Privado, Sánchez de Bustamante en su artículo 82, expresa: “Todo lo que se refiere a la presunción de muerte del ausente y a sus derechos eventuales se regula por su Ley Personal”<sup>37</sup>, por este motivo muchas de las diferencias establecidas entre nacionales y extranjeros se deciden por el domicilio. La mayoría de los derechos civiles encontrados en el código civil, exigen como condición para su reconocimiento que los extranjeros se hallen domiciliados en el país.

Al referirnos a la ley personal, ésta sigue a los individuos donde vayan, aunque se encuentren fuera del territorio nacional, por este motivo se establece que el domicilio ecuatoriano es el primero que debe ser tomado en cuenta y luego el domicilio de otro país; si el segundo país con el que existe el conflicto, considera que la ley personal del domicilio del desaparecido es la suya y no la ecuatoriana, no podría ser considerado competente el juez ecuatoriano.

Cuando el juez competente realiza la declaración de la muerte presunta tiene validez extraterritorial según el artículo 83 del Código Sánchez de Bustamante<sup>38</sup> y produce efectos fuera del Estado donde fue declarado, como efecto de la extraterritorial de las leyes, supone que la competencia del juez que declaró la muerte presunta sea reconocida por aquel o aquellos otros Estados donde se procura que surtan efectos la declaración.

Una vez declarada la muerte presunta por el juez competente, la ley ecuatoriana ordena inscribir en el Registro Civil las presunciones de muerte de ecuatorianos que han sido declaradas (desaparecidos en el Ecuador o fuera del país), esta inscripción se la realiza para que se produzcan los efectos de la presunción de la muerte presunta.

Reglas de procedimiento, condiciones objetivas:

---

<sup>37</sup> (COELLO, 2004)

<sup>38</sup> (SANCHEZ DE BUSTAMANTE, 2005, Artículo 83)

Las condiciones objetivas deben probarse ante un juez competente que declare la muerte presunta de acuerdo a lo que nos dice el Código Civil en el artículo 67:

- Se ignore el paradero del desaparecido;
- Se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo; y
- Desde la fecha de las últimas noticias, han transcurrido por lo menos dos años.

Las condiciones objetivas se encuentran interrelacionadas permitiendo que opere la resolución judicial, siendo estrictamente necesario que exista un desconocimiento absoluto del paradero del desaparecido por parte de familiares, amigos, vecinos, personas con las que tenía una cercanía o relación de trabajo, etc.

Tal como lo expresaba Vicente Rocafuerte en su libro Rocafuerte y las ideas liberales de América Independiente , “Si por instinto no fuera el hombre un ser sociable, lo sería por necesidad, ya que sus fuerzas son tan desiguales a sus necesidades y su espíritu tan incapaz de una perpetua soledad”<sup>39</sup>, lo que quiere decir, que el hombre tiene arraigado en sí mismo ser sociable para subsistir y se va desarrollando con el paso del tiempo y de los años, más en la actualidad con los avances tecnológicos es inadmisibles que no se tengan noticias de una persona.

Quienes tengan interés deben ante la autoridad competente justificar el desconocimiento absoluto, por cuanto se han hecho todas las diligencias posibles para averiguar su paradero mediante testimonios de testigos ahora con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, se lo realiza sin la intervención del Ministerio Público el que antes era oídos y defensor del desaparecido, actualmente cualquier tercero que demuestre un interés sobre la persona desaparecida, puede ser legítimos contradictores frente a quien o quienes solicitan la declaratoria de muerte presunta.

Debido a la desaparición de la persona desconozco su residencia, domicilio o paradero actual, concurriendo a la normativa actual de conformidad con lo que determina el numeral 2 del artículo 67 del Código Civil y el artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos, el cual expresa la forma de citación, mediante tres publicaciones en un periódico de amplia circulación nacional.

---

<sup>39</sup> (BORJA CEVALLOS, 1971)

## **1.10. Publicidad de Acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos**

En el Código Orgánico General de Procesos, se hace referencia en el artículo 8.- Transparencia y Publicidad: “La información de los procesos sometidos a la justicia es pública, así como las audiencias, las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas.” (2016), este principio conocido como el de publicidad busca que todos los actos sean públicos para que los terceros interesados y público en general conozcan la situación y los riesgos.

En estos procesos de declaratoria de muerte presunta hay que realizar la citación al desaparecido, teniendo en cuenta que esta citación tiene un doble objetivo:

1.- Evitar que la declaratoria de la muerte presunta se realice de mala fe, frente a personas que no se encuentran en dicha situación, debido que existen personas que se ausentan de su domicilio habitual, pero existe una comunicación; lo cual no les da la calidad de desaparecidos.

2.- Si la declaratoria de la muerte presunta se realiza de buena fe, lo que se quiere es que el desaparecido conozca por cualquier medio el procedimiento que se va a seguir y de ser el caso pueda reaparecer.

La citación de conformidad con el Código Civil ecuatoriano en su artículo 67 numeral 2, expresa: “Entre estas pruebas será de rigor la citación al desaparecido que se practicará conforme con lo establecido para el efecto en el Código Orgánico General de Procesos” (2016), esta normativa se encuentra íntimamente relacionado con el Código Civil en el artículo 67, numeral 3, que reza:

“La declaración podrá ser pedida por cualesquiera persona que tenga interés en ella, con tal que hayan transcurrido tres meses, a lo menos, desde la última citación” (2005), con la diligencia de citación se busca dar publicidad a los actos para que terceros, público en general y el desaparecido conozcan de estos procesos y en base de este conocimiento se pueda dar la declaratoria de la muerte presunta y en los casos concretos puedan ejercer los derechos de los que se crean asistidos.

Se practicará la citación conforme lo dispuesto en el Artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos: “Citación a través de no de los medios de comunicación. A la persona o personas cuya individualidad, domicilio o residencia sea imposible determinar, se la citará mediante:

1.-Publicaciones que se realizarán en tres fechas distintas, en un periódico de amplia circulación del lugar. De no haberlo, se harán en un periódico de la capital de provincia, asimismo de amplia circulación. Si tampoco hay allí, en uno de amplia circulación nacional. La publicación contendrá un extracto de la demanda o solicitud pertinente y de la providencia respectiva. Las publicaciones íntegras se agregarán al proceso.

2.- Mensajes que se transmitirán en tres fechas distintas, por lo menos tres veces al día, en una radiodifusora de la localidad, en un horario de seis a veintidós horas y que contendrán un extracto de la demanda o solicitud pertinente. La o el propietario o la o el representante legal de la radiodifusora emitirá el certificado que acredite las fechas y horas en que se realizaron las transmisiones de mensajes y una copia del audio. La citación por la radio se realizará cuando, a criterio de la o del juzgador, este sea el principal medio de comunicación del lugar (...)” (2016)

Al declararse la muerte presunta mediante juez competente, está declaratoria debe inscribirse en el Registro Civil para que tenga la publicidad necesaria frente a terceros y herederos presuntos, de esta manera se determina el día de la muerte del desaparecido.

La normativa al prescribir que deben realizarse tres citaciones, en tres fechas distintas, olvidó el legislador establecer un tiempo mínimo o máximo de intervalo entre cada una de las citaciones, dejando a criterio de quien realiza este trámite.

### **1.11. Tutela a los Intereses del Ausente ¿Quiénes pueden ser sujetos activos de la declaración de la muerte presunta?**

Para explicar este tema, es necesario recurrir al criterio del Dr. Juan Larrea Holguín, que expresa quienes son los interesados en probar la muerte presunta de una persona: “Todo aquel que pretende hacer valer un derecho que dependa de dicha muerte, así por ejemplo, el que pretenda heredar, el que reclama la consolidación de la propiedad por la muerte del usufructuario, etc.”<sup>40</sup>, este análisis expresa que el proceso de declarar la muerte presunta se realiza a petición de parte de quienes tengan interés en la declaración, los herederos serían los primeros interesados en asumir los bienes y derechos del desaparecido presunto muerto, los socios, el cónyuge e inclusive los acreedores.

Siguiendo la misma línea nuestro Código Civil del Ecuador establece:

---

<sup>40</sup> (LARREA HOLGUIN, MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR, VOLUMEN I, 2008)

“Artículo 78.- El que reclama un derecho, para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado a probar que éste ha muerto verdaderamente en esa fecha; y mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho, en los términos de los artículos precedentes. Y, por el contrario, todo el que reclama un derecho, para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto antes o después de esa fecha, estará obligado a probarlo; y sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros, ni exigirles responsabilidad alguna.” (2005)

Por otro lado, el tratadista Claro Solar considera: “Los acreedores no se incluyen entre los que tienen interés actual porque sus derechos no están subordinados a ella, ni pueden obtener para sí la posesión de bienes de aquel. Para hacer valer sus derechos les basta entenderse con los apoderados del ausente o bien provocar el nombramiento de un curador.”<sup>41</sup>, este tratadista nos da una idea clara sobre la exclusión de los acreedores para ser sujetos activos de la declaratoria de la muerte presunta, debido que al declararse la muerte existen los herederos, apoderados y albaceas quienes pueden adquirir la posesión provisional o definitiva y ante los cuales se puede hacer valer los derechos de acreedores o trabajadores de ser el caso.

Siguiendo la misma línea doctrinal, Alessandri & Somarriva, coincidentemente expresan en su obra: “La declaración de muerte presunta, puede ser provocada por cualquier persona que tenga un interés en ella”, lo que quiere decir que cualquier persona que tenga un interés pecuniario o de derechos subordinados podría pedir la declaración de la muerte presunta, debido que los acreedores no se encontrarían bajo la subordinación de la muerte del desaparecido, puesto que tiene un derecho legítimo que podrán hacerlo valer frente a los apoderados, tutores y albaceas independientemente de las circunstancias de muerte.

Guillermo Borda en su obra Tratado de Derecho Civil, no solo nos habla de las personas que tenga un interés directo para la declaración de la muerte presunta en el plano pecuniario y nos expresa: “Pueden pedirla todas las personas que tengan algún derecho sobre los bienes del ausente supeditado a la condición de su muerte.” (1994)

Al analizar todas las posturas de los tratadistas antes citados, llegamos a la conclusión que debe existir un interés claro para pedir la declaración de la muerte presunta.

El cónyuge no es un heredero, pero de acuerdo con la sucesión intestada y ordenes sucesorios estos se encuentran en segundo orden (los padres y el cónyuge), a falta de los que

---

<sup>41</sup> (CLARO SOLAR, 2013)

ostentan el primer orden, razón por la que tiene un interés directo en la declaración de la muerte presunta al pedirse la posesión provisional.

En el Artículo 997 del Código Civil establece que: “La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte, en su último domicilio; salvo los casos expresamente exceptuados”. Por lo que vamos a analizar la regla de excepción, la misma que se refiere a la apertura de la sucesión del desaparecido que es declarado presunto muerto.

Es importante determinar el momento de la muerte de una persona, para poder determinar quiénes deben asumir la calidad de presuntos herederos legítimos, universales o por cuota, sea mediante testamento abierto o no, quienes tienen un interés directo para declarar la muerte presunta, pero en el caso de haberse dado un testamento cerrado este solo se abrirá al declararse la presunción de la muerte del desaparecido y en ese momento podrá saberse quienes son las personas que heredarán.

También tienen interés los legatarios mediante las asignaciones a título singular y en testamento abierto, debido que son quienes responden por las deudas hereditarias, en subsidio de los herederos de acuerdo al monto del legado; así también la donación cuando existen cláusulas que están supeditadas a la muerte del donante; un propietario que da usufructo vitalicio en favor del ausente.

Con relación a la actuación del Ministerio Público, hoy Fiscalía General del Estado, el cual tenía como función principal la de representar judicialmente al Estado precautelando y siendo oídos de los derechos del desaparecido, como lo establecía el Dr. Max Coellar : “Entre las principales funciones del Ministerio Público esta de representar judicialmente al Estado, intervenir como parte en los juicios que son de acción pública y la de defender derechos especialmente tutelados por la Ley como los de los incapaces y ausentes.”<sup>42</sup>.

La norma en el actual Código Orgánico General de Procesos fue derogada el Ministerio Público hoy Fiscalía General del Estado es la entidad de derecho público que dirige investigaciones pre procesales e instrucciones fiscales en los procesos penales, ya no actúa como legítimo contradictor ni mucho menos precautela los derechos del desaparecido por cuanto nos surge una pregunta ¿Quién es el encargado de precautelar los derechos del desaparecido, ante la ausencia del Ministerio Público?, y la respuesta es la existencia de un

---

<sup>42</sup> (COELLAR ESPINOZA, 1992)

vacío legal puesto que, no existe quien reemplace al Ministerio Público en su facultad de oídos al defensor de las personas ausentes.

Jorge Llambías en su obra titulada Tratado de Derecho Civil considera “El defensor es indispensable en los actos esenciales del proceso”<sup>43</sup>, este autor habla de la imperiosa necesidad de la presencia de un defensor para que exista validez, no se vulneren derechos y un debido proceso.

Sin embargo, el Dr. Juan Larrea Holguín considera que en la mayoría de los casos únicamente bastara con nombrar un curador frente al acreedor del ausente, es imperioso considerar que al realizarse el juicio de presunción de muerte sin la injerencia de los demás acreedores se ocasionaría un grave riesgo al permitir que los derechos y bienes del presunto muerto y deudor pasen a personas con menos solvencia económica, pero no debemos olvidar que la declaración de la muerte presunta tutela los intereses de terceras personas pero también los derechos del desaparecido en el caso que reaparezca o de ser el caso el de sus legítimos sucesores.

Como conclusión, podríamos afirmar que las personas que tienen interés en la declaratoria de muerte presunta son todas aquellas que tienen derechos subordinados a la muerte del ausente: por ejemplo, los herederos, nudo propietario, fideicomisarios, legatarios.

### **1.12. Consecuencia de la Declaración de la Muerte Presunta**

Uno de los objetivos que persigue la declaratoria de la muerte presunta es precisar que sucede con los bienes del desaparecido, que formaban parte de su patrimonio o los que pudieran llegar a corresponderle por medio de sucesiones a su favor dadas durante su ausencia.

Para Arturo Alessandri y Manuel Somarriva “El objeto de la muerte presunta es resguardar diversos intereses, como los que la ley considera:

- 1.- El interés de la persona que ha desaparecido;
- 2.- El interés de los terceros, principalmente el de aquellos que tengan derechos eventuales en la sucesión del desaparecido, y
- 3.- El interés general de la sociedad de que no haya bienes y derechos abandonados”<sup>44</sup>

Para proceder con la muerte presunta, ésta comprende tres períodos, desde el punto de vista del desaparecimiento, siendo los siguientes:

---

<sup>43</sup> (Llambias, 1997)

<sup>44</sup> (ALESSANDRI & SOMARRIVA, 1971)

1. Primer Período: Mera Ausencia; en el cual al finalizar este período se declara la presunción de muerte.
2. Segundo Período: Posesión Provisional de los bienes del desaparecido;
3. Tercer Período: Posesión Definitiva.

### **1.13. Determinación del Día Presuntivo de Muerte: Regla General y Regla Calificada o de Excepción.**

La declaración de la muerte presunta la realiza el juez competente al cumplirse con todos los requisitos antes mencionados se determina el día presuntivo de la muerte, por este motivo debe haber una diferenciación entre el caso de regla general y el caso de regla calificada o de excepción.

En el Código civil ecuatoriano en su artículo 67 se examinan dos normas: 1.- regla general y 2.- regla calificada, a continuación, hablaremos de cada una de ellas.

#### **1.- Regla General:**

Se refiere a los casos de desaparición o ausencia simple, la regla expresa que: “El juez señalara como día presuntivo de la muerte, el último del primer año contado, desde la fecha de las últimas noticias” para esto debe transcurrir por lo menos dos años, para se requiere se cuente hasta el último día del primer año de desaparecido, ahora bien, el determinar el día de la muerte del desaparecido tiene gran trascendencia por lo que debe ser contado con exactitud, pero en contraste con esto también es necesario determinar el día en que se tuvo las últimas noticias del desaparecido, porque podría darse el caso que el presunto desaparecido se comunicó con alguien, le escribió un mensaje, etc. y que quien pida se declare la muerte presunta desconozca esta situación, es por esto que la ley debe prever este tipo de situaciones que puedan surgir, por este motivo la normativa actual modificó los plazos relativos a la declaración de la muerte presunta.

#### **2.-Regla Calificada o de Excepción:**

Se refiere a ciertas desapariciones que podemos llamar calificadas en cuanto se han producido en circunstancias específicas, donde es más probable que la muerte real y el día de la muerte presunta se hayan realizado, en el Código civil ecuatoriano en su artículo 67 numeral 6 dice: “Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces seis meses, y practicándose la justificación y citaciones

prevenidas en los ordinales anteriores, fijará el juez como día presuntivo de la muerte, el de la acción de guerra, naufragio o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.”(2005)

Para determinar el día presuntivo de muerte necesitamos distinguir dos situaciones; la primera situación, se da cuando se conoce con exactitud el día en que se produjo la herida de guerra, naufragio u otro peligro semejante, en ese caso ese será el día de la muerte presunta; la segunda situación, se da cuando existe un desconocimiento e inexactitud del día que acontecieron los sucesos de la persona desaparecida al ocurrir esta situación se estima la época aproximada en que pudo ocurrir y se fija como día presuntivo de muerte un día intermedio entre el principio y fin de dicha época.

Es necesario tomar el ejemplo del libro Derecho civil personas y familia del Dr. Jorge Morales en el que cita: “por ejemplo, se desconoce que una nave naufragó sin saber con exactitud la fecha del siniestro. Sin embargo, se conoce que el día 20 de enero transmitió el último mensaje y que el día 26 debía transmitir el siguiente, cosa que no lo hizo. La época en que pudo producirse el naufragio es por tanto entre los días 20 y 26 de enero siendo el día promedio el 23 de enero que se fijará como día presuntivo de la muerte de la persona o personas que desaparecieron en dicho naufragio.”<sup>45</sup> Este es un ejemplo claro de cómo se debería proceder en estos casos.

Además, existe una tercera regla que encontramos en el artículo 68 del código civil:

### **3. Cuando la persona que está desaparecida haya cumplido ochenta años:**

Se da cuando a cumplido ochenta años desde su nacimiento y se considera que debido a su avanzada edad no tendría las fuerzas, energías y capacidad para sobrevivir frente a personas más jóvenes: “Al no tenerse noticias reales en un tiempo determinado se solicitará la declaración de la muerte presunta siempre que hayan transcurrido por lo menos tres años desde la fecha cuando se tuvieron las últimas noticias del desaparecido”.<sup>46</sup>, este caso podría considerarse como especial o de excepción debido que con la declaración de la muerte presunta se da directamente la posesión definitiva y no la provisional, esto es desde que se verifica que el desaparecido a cumplido ochenta años.

---

<sup>45</sup> (Morales Alvarez, 1992)

<sup>46</sup> (ESPINOZA ESPINOZA, 2012)

#### **1.14. Presunción Iuris Tantum**

La naturaleza jurídica de la presunción de la muerte se la reputa como una presunción IURIS TANTUM y la encontramos en el código civil en el artículo 66 se establece: “Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive” (2005), esta presunción es la consecuencia de un hecho, que se refuerza por una resolución Judicial, por lo tanto, es una presunción y no una ficción.

La presunción IURIS TANTUM es una presunción de derecho, la misma que admite prueba en contra, la que debe ser presentada por las personas que tenga interés en pedir la declaración de la muerte. Sin embargo, aunque exista la declaración de la muerte presunta, está no es una realidad absoluta porque la persona que se creía muerta puede reaparecer o en el caso contrario presentada por quienes tenga interés en declarar si el desaparecido vive o pudo morir en fecha existir una prueba en diferente a la declarada.

La normativa del código civil ecuatoriano en el artículo 78: “El que reclama un derecho, para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado a probar que éste ha muerto verdaderamente en esa fecha; y mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho, en los términos de los artículos precedentes. Y, por el contrario, todo el que reclama un derecho, para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto antes o después de esa fecha, estará obligado a probarlo; y sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros, ni exigirles responsabilidad alguna.”(2005)

#### **1.15. Reducción de plazos relativos a la muerte presunta en las reglas calificadas**

Los plazos que determina la muerte presunta para el caso de las reglas calificadas se deben cumplir de acuerdo a cada uno de los períodos determinados en la ley, pero al analizar el tema de las reglas calificadas nos encontramos frente a un plazo relativamente corto para determinarse el día presuntivo de muerte lo cual es conveniente con relación a las circunstancias en las que se produce la presunta muerte.

En el caso de la regla general de la determinación del día presuntivo de muerte debemos hacer un análisis más profundo si es necesario los plazos que da la ley, debido al constante avance del mundo, la tecnología, educación, comunicación, etc.

Surge la necesidad de plantearnos si es necesario que se reformen los plazos debido que ahora es más fácil que la comunicación llegue a todos los lados del mundo y es más efectivo

poder encontrar a la persona que se ausentó de su domicilio o lugar de residencia, es imperioso analizar el tiempo que se debe esperar para obtener la posesión definitiva de los bienes del ausente, consecuentemente, como ya dijimos con todos los avances que trae consigo el mundo esta institución de muerte presunta es necesaria que sea más efectiva, pues una persona no se aleja por un largo tiempo de su domicilio, de sus familiares, amigos sin que se tenga noticias del mismo, esto nos hace concluir que es viable, justa y necesaria la reducción de plazos en el caso general para otorgar la posesión provisional y posteriormente la definitiva de los bienes del desaparecido.

#### **1.16. Herida Grave en Guerra o Naufragio: Día Presuntivo de Muerte.**

Este punto lo encontramos regulado en el código civil en el artículo 67 numeral 6:

“ Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces seis meses, y practicándose la justificación y citaciones prevenidas en los ordinales anteriores, fijará el juez como día presuntivo de la muerte, el de la acción de guerra, naufragio o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.” (2005)

Nos referimos a un hecho en concreto como es el siniestro o catástrofe donde es más probable que haya fallecido la persona, situación que se va reafirmando con el paso del tiempo, por este motivo esta norma da un plazo de seis meses, que es un plazo relativamente corto para la declaración de la muerte presunta reconocido en nuestro Código Civil.

La misma norma continúa diciendo: “o le sobrevino otro peligro semejante (...)” (2005), se abre a la posibilidad que ocurran otros hechos o accidentes, entendiéndola como ejemplificativa de los posibles hechos o circunstancias que podrían ocurrir.

#### **1.17. Reparición del Desaparecido Frente a la Posesión Definitiva**

Cuando nos referimos al desaparecido en el caso que hayan transcurrido por lo menos dos años o seis meses desde las últimas noticias mediante la declaración del juez, se da paso a la posesión provisional o definitiva dependiendo el caso, pero que sucede en el caso que la persona que se encuentra desaparecida reaparece, se conoce noticias o inclusive su nuevo domicilio, razonablemente existiría una certeza sobre la vida de este individuo, lo que dejaría

sin efecto a la institución jurídica de la muerte presunta, tal como nos dice la real academia de la lengua la palabra reaparecer significa: “Volver a aparecer o a mostrarse.”<sup>47</sup>

Si el desaparecido hace mención de su aparición y regresa a su domicilio, esté podrá reclamar la administración de sus bienes, derechos y patrimonio, pero por otro lado debe respetar todo lo actuado por el representante siempre que todos sus actos hayan sido de buena fe, en el caso de los mandatos que no han terminado, se deben respetar el contrato y el mandato terminará sus funciones de acuerdo con el contrato.

Por otro lado, si el desaparecido no regresa a su domicilio y solo se saben noticias de él sus bienes deberán seguir siendo administrados por el representante legal o por el mandato que se dió, al existir una incertidumbre sobre la reaparición, ya que es un derecho que debe ser ejercido por aquel, evidentemente debemos considerar que esto debe ser utilizado de buena fe.

### **1.18. Concepción de la Institución Jurídica Muerte Presunta y Desaparición Forzada**

La finalidad de la muerte presunta es establecer un día presuntivo de muerte y de esta manera poner fin a la existencia de la personalidad en el caso de encontrarse la persona desaparecida, el problema se da cuando se presume la muerte de una persona que ha sido desaparecida de manera forzada, razón por la cual comenzaré diciendo que es la desaparición forzada.

La desaparición forzada de personas tiene sus orígenes en América Latina, donde militares utilizaron la desaparición forzada como método de coerción socio- política y asesinaban cruelmente a las personas desapareciéndolas para cometer lo que ellos consideraban el “crimen perfecto”, al no dejar huellas, testigos, víctimas y por ende culpables, así expresó el Instituto Interamericano de derechos humanos: “si no hay víctimas, por lo tanto, no hay delito ni culpable”<sup>48</sup>

La palabra desaparición forzada, según el diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales significa: “La desaparición forzada es, sin duda, una de las violaciones más brutales de los derechos de la víctima directa, pero también de su familia misma”<sup>49</sup>, por lo que se considera un delito de lesa humanidad, es decir, una violación múltiple

---

<sup>47</sup> Española, R. A. (S.F.). Real Academia De La Lengua Española . Obtenido De <https://www.rae.es/>

<sup>48</sup> (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio, 2007)

<sup>49</sup> Diccionario de Derechos Humanos - Ver 1.0. (2011, 9 mayo). diccionario iberoamericano de derechos humanos y fundamentales. [https://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos\\_pub/view/14](https://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos_pub/view/14)

a los derechos humanos, la víctima además de ser privada de la libertad por un agente del estado o quien actué con su consentimiento recibe tratos crueles, inhumanos, torturas e incluso es asesinado; los agentes que no dejan pistas del crimen y se deshacen del cuerpo sin dejar rastro, de esta manera transgrede la integridad de la persona afectando a la familia y entorno social.

Al considerarse a la desaparición forzada como un delito de lesa humanidad, debemos analizar las diferentes modalidades:

- **“Desaparecido Definitivo:** luego de haber sido secuestrado, no se vuelve a tener noticias
- **Desaparecido Temporal:** Luego de haber sido ingresado a un centro de detención, no fue inscrito, pero, gracias a la búsqueda de sus familiares e investigadores, fue localizado y puesto en libertad;
- **Desaparecido Asesinado e Identificado:** Es la persona secuestrada que posteriormente fue asesinada, pero su cadáver fue identificado por los equipos de antropología forense;
- **Desaparecido Asesinado sin Identificar:** Es el individuo que luego de secuestrado fue asesinado, pero su cuerpo no se pudo identificar;
- **Desaparecido Superviviente sin Identificar:** que es el niño que nace durante el cautiverio de sus padres o ha sido capturado junto a ellos .”<sup>50</sup>

El estado ecuatoriano al ser parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, tiene la obligación de tipificar la desaparición forzada de acuerdo con las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para establecer la responsabilidad del Estado en relación a la desaparición forzada lo ha regulado en el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, texto que reza:

**“Artículo 1.- literal a)** de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas se expresa que los Estados parte se comprometen a: “No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aún en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales”(2011)

---

<sup>50</sup> (FRIEND MACIAS & NAVEDA VERA, 2018)

La desaparición forzada priva del Derecho a la libertad, a la integridad física y psicológica, a la vida y a la seguridad, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero o destino de una persona, con lo cual se impide el ejercicio de garantías constitucionales o legales, por este motivo se prescribe este delito, obligando a los estados a impedir estos actos de desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales, especificando que los mismos no están justificados en tiempo de guerra, ni en cualquier otra situación que se considere excepcional o por problemas políticos.

Al ser perpetrado por Agentes Estatales permite resguardar la identidad de la persona que cometió el delito y dejarlo en la impunidad, una de las características de la desaparición forzada es que el Estado no asume la responsabilidad para aceptar que el desaparecido se encuentra bajo su resguardo y tampoco da ninguna información sobre su paradero que asegure su vida.

La desaparición forzada en el Ecuador se encuentra tipificada como delito en el ámbito del Derecho Penal y regulado en el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 84, delito nuevo que antes en el Código Penal no se encontraba tipificado, y que fue reformado en el año 2019, texto que reza:

**“Código Orgánico Integral Penal .-Artículo 84.- Desaparición forzada.-**La o el agente del Estado o quien actúe con su consentimiento; o los grupos armados organizados, que por cualquier medio, someta a privación de libertad a una persona, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero o destino de una persona, con lo cual se impida el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales o legales, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.”(2019)

- **Sujeto Activo:** La o el agente del Estado o quien actúe con su consentimiento, grupos armados organizados
- **Verbo Rector:** someter a privación de libertad
- **Sujeto Pasivo:** Cualquier Persona
- **Elementos Necesarios:** seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero o destino

de una persona, con lo cual se impida el ejercicio de garantías constitucionales o legales

- **Pena:** 22 a 26 años

Brevemente podemos decir que la muerte presunta pone fin a la persona con la determinación del día de muerte, y la desaparición forzada al encontrarse regulada en el ámbito penal, sanciona al agente del Estado o quien actué con su consentimiento, grupos armados organizados, su verbo rector es someter a la privación de la libertad, la misma que podría desencadenar en la posterior muerte de la persona, además el Código Orgánico Integral Penal establece sanción para la desaparición forzada en el ámbito penal, no dice nada con relación a la declaratoria de la muerte de la persona desaparecida de manera forzada, lo entendemos por cuanto estamos en la rama penal, pero sin duda de darse el caso, se tiene antecedentes para poder iniciar un proceso civil de muerte presunta que deberá ser apreciado por el juez que previno en el conocimiento.

Generando la inquietud de saber, ¿Cómo Procede nuestra legislación ecuatoriana al existir un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el que se declara la desaparición forzada?

Debemos comenzar diciendo que en el Ecuador al desaparecer la persona de manera forzada no se establece directamente la declaratoria de la muerte presunta, es imperioso diferenciar la figura de la muerte presunta frente a los casos de desaparición forzada en los que encontramos informes emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, debido que pese a existir una condena contra el Estado responsable de desaparecer de manera forzada, esto no significa que se va a declarar de pleno derecho la muerte presunta.

De acuerdo con los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, encontramos: “Cuando haya motivos razonables para sospechar que una persona ha sido sometida a desaparición, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de la víctima o el lugar donde pueda encontrarse privada de libertad”<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> CIDH, Informe No. 77/16, Caso 12.602. Walter Munárriz Escobar y otros. Fondo. Perú. 10 de diciembre de 2016.

El caso Restrepo vs. Estado ecuatoriano, marca un hito en referencia a la lucha contra la violación de los derechos humanos en el Ecuador, tiene relevancia porque el crimen fue denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con el objetivo que el Estado responda en cuanto a la desaparición forzada cometida a los hermanos Carlos y Pedro Restrepo Arismendy. El Estado ecuatoriano no pudo demostrar ante la Comisión que no fueron sus agentes policiales quienes los detuvieron arbitrariamente e ilegal hasta matarlos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe establece en el numeral 2 “Si hubo desaparición forzada de los hermanos Restrepo, determinando que el Estado debe tomar medidas necesarias para cumplir totalmente con la búsqueda de los cuerpos de los menores y el enjuiciamiento penal de las personas que participaron en la tortura”<sup>52</sup>, de acuerdo con este informe la Comisión en ninguna parte ordena declararse la muerte presunta.

De acuerdo con la investigación en el caso Jorge Vásquez Durand vs. Estado ecuatoriano “Comerciante que salió desde Lima-Perú a Ecuador, lugar donde aparentemente habría sido detenido en el Cuartel Militar ecuatoriano, donde fue visto con vida por última vez, mediante el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se manifiesta: “El Estado de Ecuador da por verdaderos los hechos del presente caso y reconoce en su alcance indicado su responsabilidad en la detención arbitraria y la posterior desaparición forzada del Sr. Jorge Vásquez Durand”<sup>53</sup>, con el informe de la Comisión se ordena reparación integral de parte del Estado, pero no dispone que se declare la muerte presunta del desaparecido de manera forzada.

El Estado ecuatoriano al ser asignatario de tratados como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, tiene la obligación de desarrollar normativa interna, respetar y de precautelar la protección de tales derechos establecidos en normativa internacional, por este motivo se encuentra tipificado la desaparición forzada de personas en nuestra legislación ecuatoriana.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia dictada el 22 de septiembre de 2009, Serie C No 202, pr. 91 en el Caso “Anzualdo Castro Vs. Perú” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), establece que una de las

---

<sup>52</sup> (Avila & Terán, 2010)

<sup>53</sup> (Avila & Terán, 2010)

características para la desaparición forzada es: “La Negativa del Estado de reconocer que la Víctima está bajo su control y de proporcionar información al respecto, con el propósito de generar incertidumbre acerca de su paradero, vida o muerte, de provocar intimidación y supresión de derechos.”<sup>54</sup>

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos al emitir informes permiten que las familias de la víctima de desaparición forzada obtengan una indemnización económica, lo cual no implica la declaratoria de la muerte presunta en la vía civil.

En el caso General: Al no existir un antecedente de la comisión Interamericana de Derechos Humanos en el que se declare que la persona fue desaparecida de manera forzada, estas personas ante la Ley siguen como meros ausentes

En el caso Especial: Se requiere de un informe que sea emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como antecedente para pedir la declaratoria de la muerte presunta, porque se requiere de un interés procesal.

#### **Elementos de la desaparición forzada:**

- 1.- La víctima debe ser privada de la libertad como, por ejemplo: detención, arresto, secuestro, etc.
- 2.- El acto de desaparecer a un individuo debe realizarlo agentes del Estado o personas derivadas del mismo, o de grupos organizados.
- 3.- Al momento del desaparecimiento de la persona nadie debe tener información de su paradero, aunque los agentes tienen completo conocimiento del mismo, lo guardan en secreto para llevar a cabo sus fines.

La desaparición forzada tiene impactos sociológicos para las familias, al no poder conocer con exactitud el paradero o restos del cadáver y el sufrimiento de los familiares del desaparecido se equivalen a trato cruel, inhumano y actos de tortura, como lo expresan numerosos estudios psicosociales como en casos analizados por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 47-133 emitida el 18 de diciembre de 1992, establece “Artículo 1.2 Todo

---

<sup>54</sup> (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO ANZUALDO CASTRO VS. PERÚ, 2009)

acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y *le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia.*”<sup>55</sup>

Nigel Rodley, Relator Especial sobre la Tortura de la Organización de Naciones Unidas nos dice: “existe una tendencia a reconocer que hacer desaparecer a alguien es una forma prescrita de tortura o maltrato, claramente con respecto a los familiares de la persona desaparecida y, posiblemente con respecto a la propia persona desaparecida”.<sup>56</sup>

Cuando se dan casos de lesa humanidad como las desapariciones forzadas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho Internacional Humanitario impone a los Estados dos obligaciones:

1. Garantizar un trato digno y humanitario a las víctimas y a sus parientes
2. El deber de buscar vivos a los desaparecidos y de resarcir el daño causado a sus familias.

En los casos de desaparición forzada al encontrarse tipificada se fundamentan legalmente en la teoría penal, en este caso el delito medio o fin, lo que implica que personas de bajos recursos se encuentren obligadas a iniciar declaratoria de muerte en el ámbito civil y los familiares conciben ese acto como “una renuncia de la administración de justicia a su deber de buscarlos vivos” y una “renuncia de los familiares a la esperanza de volverlos a ver”.<sup>57</sup>

En América Latina la desaparición forzada tiene una gran connotación en el mundo, por la difícil situación en la que ocurren y la impunidad que esto ha implicado, por lo que las familias tienen una lucha para reivindicar los derechos de los desaparecidos y los impactos que causa este delito de lesa humanidad.

### **Conclusión Capítulo I:**

Como conclusión, los plazos que determina la Ley para la declaratoria de la muerte presunta, deben modificarse de acuerdo con los avances de la comunicación y tecnología que permiten de manera más ágil se tenga noticias de la persona que desapareció, la doctrina concuerda que los plazos de acuerdo con la realidad del siglo XXI deben ser modificada con el objetivo de dar celeridad al procedimiento que busca obtener la declaratoria de la muerte presunta.

---

<sup>55</sup> (MAC-GREGOR & JESÚS, 2019)

<sup>56</sup> (RODLEY, 1999)

<sup>57</sup> (BAUTISTA, 2008)

## **Capítulo II**

### **Etapas de la Muerte Presunta**

#### **Introducción**

Todo proceso debe darse de acuerdo a los parámetros y etapas establecidas precautelando los intereses y conociendo quienes disputan sus derechos sean contractuales o sucesorios y el patrimonio a administrar

Al desarrollar el capítulo anterior, pudimos conocer cuando procede la muerte presunta y en base a ello determinar la naturaleza y los efectos que la comprende de acuerdo con la posesión provisional o definitiva, toda vez que, al analizar este capítulo el objetivo es tener un conocimiento más profundo sobre la naturaleza de la posesión provisional y la incompatibilidad con la posesión, tenencia, usufructo o propiedad, para finalmente estudiar la revocatoria y sus efectos en concordancia con los lineamientos de la legislación ecuatoriana actual.

#### **Períodos del Desaparecimiento**

La ley distingue tres períodos del desaparecimiento, los cuales son:

1. Período de Mera Ausencia
2. Período de Posesión Provisional
3. Período de Posesión Definitiva

#### **2.1. Período de Mera Ausencia. Generalidades**

##### **Etimología**

La palabra ausencia de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (s.a.), proviene del latín *absentia*, cuyo significado es la condición legal de la persona cuyo paradero se ignora.

### **Período de Mera Ausencia**

Es el primer período del desaparecimiento el cual surge cuando la persona no se encuentra en el lugar de domicilio o residencia habitual sin dejar noticias de su paradero actual, sin embargo, prevalecen las expectativas de vida.

Para el Dr. Guillermo Cabanellas en el diccionario Jurídico Elemental la ausencia es “No presencia en un lugar. Alejamiento del mismo. En derecho, la ausencia es la situación de quien se encuentra fuera del lugar de su domicilio, sin que se sepa su paradero, sin constar además si vive o ha muerto, y sin haber dejado representante.” (1993)

“Se mira el desaparecimiento como mera ausencia esto es como un caso de no presencia y cuidará los intereses del desaparecido o sus apoderados o representantes legales. Este período debe darse por iniciado con las últimas noticias y perdura hasta la concesión de la posesión provisional o definitiva de acuerdo al caso” (Pescio, Victorio)

De los conceptos citados, podemos determinar que la finalidad esencial en este primer período es el predominio de las posibilidades de vida, el regreso del desaparecido y que se adopten medidas que preserven los derechos y su patrimonio garantizando la restitución al ausente.

Nuestro Código Civil trata este primer período en su artículo 69, en el cual la normativa expresa: “Art. 69.- Durante los tres años o seis meses prescritos en el Art. 67, reglas 5a. y 6a., se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, y cuidarán de los intereses del ausente sus apoderados o sus representantes legales.” (2005)

Este período como establece la normativa antes citada se da durante los tres años o seis meses de acuerdo con cada caso y lo que establece el artículo 67 núm. 5 y 6 del Código Civil del Ecuador, se considera como etapa previa a la declaración de la muerte presunta. Inicia con la fecha de las últimas noticias del desaparecido y dura hasta que el juez decrete la posesión provisional o la definitiva dependiendo el caso, con el objetivo de precautelar los bienes del ausente y preservar el patrimonio.

La ley otorga la administración de los bienes del desaparecido a sus apoderados o representantes legales, razón por la cual si el ausente era casado y al no existir separación de bienes el otro cónyuge continuará con la administración, en el caso del pupilo o el hijo será el padre, el tutor o curador y si existe un mandato general este continuará administrando.

“Durante este período, velarán, sin alterar la posesión de los bienes del ausente o desaparecido, los apoderados o representantes legales designados. Este período termina cuando se conozca de la muerte real o se tengan noticias del ausente o desaparecido”<sup>58</sup>(Ruz, 2011)

Para tratadistas como Planiol y Ripert el ausente “Es aquel cuya existencia o muerte no está probada, todo derecho subordinado a la prueba de una u otra queda en suspenso. La no presencia, cuando la falta de noticias comienza hacer que se dude de la vida del ausente” (1945)

Para que se pueda dar por iniciado el período de mera ausencia seguiremos el criterio de Nicola Coviello en su obra *Doctrina General del Derecho Civil*, el cual considera necesario dos circunstancias:

- “Que la persona deje de comparecer en su domicilio o residencia habitual, pero no debe ser de manera voluntario o temporal
- Que no existan noticias de la persona y se ignora si la persona ausente existe o no.”<sup>59</sup>

Estas dos circunstancias lo que buscan es determinar que la persona que se ausentó no lo hizo de manera voluntaria ni por un tiempo corto en el que va a volver a su domicilio o residencia.

Este período lo que busca es precautelar y resguardar los bienes e interés del ausente, por lo que al iniciar la mera ausencia la hipótesis que la persona se encuentra fallecida no es tan grande, al considerarlo como la no presencia del ausente, lo cual se va desvirtuando con el paso del tiempo.

Tratadista como Alessandri & Somarriva considera que la mera ausencia es un período que termina cuando se declara la muerte presunta, el cual de acuerdo con los autores “Comienza con la fecha de las últimas noticias del desaparecido y dura hasta el día que se decreta la posesión provisional o definitiva de sus bienes. En este período prevalecen mayormente la posibilidad de la vida del desaparecido.” (1971)

Al considerarse este período de mera ausencia, permite que la persona aparezca y se presente en su residencia o domicilio habitual con lo que dejaría sin validez a la declaratoria de la muerte presunta y todos los efectos que conlleva, o por el contrario reafirmarse la ausencia

---

<sup>58</sup> (Ruz, 2011)

<sup>59</sup> (COVIELLO, 2017)

de la persona lo cual incrementara la incertidumbre de la muerte y posteriormente la declaratoria de la muerte presunta.

Dentro de las características para determinar el período de mera ausencia encontramos que debe existir un desconocimiento de noticias sobre el desaparecido, las cuales se deben dar por un tiempo prolongado creando incertidumbre el cual dura tres años (Caso General) o seis meses (Caso especial).

En nuestra legislación el período de mera ausencia establece dos términos para la duración de acuerdo a cada caso, en el caso general dura tres años de acuerdo con el artículo 67 numeral 5 del Código Civil del Ecuador la cual expresa: “desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos tres años desde la misma fecha, concederá la posesión provisional de los bienes del desaparecido” (2005)

En el caso especial la duración de mera ausencia es de seis meses de acuerdo con el artículo 67 numeral 6 del Código Civil del Ecuador la cual expresa: “adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.”

En conclusión, la ley al determinar este período da un tiempo prudencial para que la persona aparezca o se tenga noticias del paradero de la persona.

### **Término del período de mera ausencia**

Este período se puede terminar por:

- Decreto de la posesión provisional
- Decreto de la posesión definitiva en los casos especiales
- Al reaparecer el ausente
- Conocimiento de la fecha real de la muerte del desaparecido.

Sin embargo autores como Arturo Alessandri & Manuel Somarriva en su obra Parte General y los Sujetos de Derecho consideran que en el caso de reaparecer el ausente o conocerse la fecha real de la muerte del desaparecido estas dos circunstancias terminan con el período de mera ausencia pero aún más importante, termina con todo el proceso de la declaratoria de muerte presunta, en razón que al reaparecer el desaparecido este podrá administrar sus bienes nuevamente y en el caso de conocerse la fecha real de la muerte del desaparecido se seguirán las reglas correspondientes a la muerte y no las reglas de la muerte presunta.

## 2.2 Período de Posesión Provisional

### Denominación: Posesión

La palabra posesión según el Diccionario Jurídico de acuerdo a los autores Peña y Bernaldo de Quirós, se la define de la siguiente manera:

“Derecho real que consiste en una potestad de inmediata tenencia o goce conferida por el derecho con carácter provisionalmente prevalente, con independencia de que exista o no derecho real firme que justifique la atribución definitiva de esa potestad”.<sup>60</sup>, esta potestad se da sobre las cosas de manera provisoria hasta que exista o no un derecho que reafirme esta potestad, como se da al concluirse la posesión provisional y decretarse la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

El término posesión de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (s.a), posesión, significa el “carácter ficticio o presunto, atribuida por ministerio de la ley, y que no se fundamenta en la aprehensión material de las cosas o en el ejercicio de los derechos poseídos. En particular, la que corresponde al heredero sobre los bienes hereditarios desde la muerte del causante hasta el momento de la aceptación de la herencia

### 2.3 Intereses a tomar en cuenta en la posesión provisional: a quiénes y cuándo puede concederse.

El período de posesión provisional es considerado el segundo período del proceso de muerte por desaparecimiento y se da superado el primer período de la mera ausencia, en el cual la ley se preocupa de quienes ostentan los bienes del desaparecido, pero sin descuidar los intereses del ausente.

El período de posesión provisional inicia con el auto judicial expedido por el juez el cual otorga la posesión provisional de los bienes del desaparecido y culmina cuando se otorga la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, como lo expresa el artículo 76 del Código Civil del Ecuador:

**“Código Civil del Ecuador. - Artículo 76. –Posesión Definitiva:** “Si durante la posesión provisional no volviere el desaparecido, o no se tuviere noticias que motivaren la

---

<sup>60</sup> (Enciclopedia Jurídica , 2020)

distribución de sus bienes, según las reglas generales, se decretará la posesión definitiva, y se cancelarán las cauciones.

En virtud de la posesión definitiva cesan las restricciones impuestas por el artículo 74, y se da por terminado el matrimonio, si el desaparecido hubiere sido casado”(2005)

De la lectura del artículo citado Surge la pregunta ¿Quiénes pueden pedir se dicte el Auto de la posesión provisional de los bienes del desaparecido?

La posesión provisional de los bienes del desaparecido se puede otorgar a:

1. Los herederos presuntos sean legítimos o testamentarios tienen derecho a solicitar la declaración de la desaparición.
2. Terceros que tengan un interés a fin de ejercitar sus derechos, como pueden ser los legatarios, donatarios y todos los que tengan interés sobre los bienes del ausente derechos subordinados a la condición de su muerte.

Según la normativa del Código Civil del Ecuador en el artículo 71 nos expresa quienes son los herederos presuntos:

**“Código Civil del Ecuador. - Artículo 71.- Herederos Presuntivos:** Se entiende por herederos presuntivos del desaparecido los testamentarios o legítimos que lo eran en la fecha de la muerte presunta.

El patrimonio en que se presume que suceden comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta.” (2005)

Esta normativa establece que la posesión provisional de los bienes del desaparecido se otorga a los herederos presuntivos, es decir, a los testamentarios o legítimos, tal como lo establece el Código Civil del Ecuador en el artículo 994:

**“Código Civil del Ecuador.-Artículo 994.- Sucesión testamentaria e intestada:** Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria; y si en virtud de la ley, intestada o abintestato (...)”(2005)

Sin embargo, los herederos testamentarios son los preferidos, sin perjuicio de los derechos que tienen los legitimarios, siendo preciso conocer las últimas disposiciones del desaparecido, así abrir y publicar el testamento cerrado de haberlo.

## Clases De Sucesiones

**1. Sucesión Testada o testamentaria:** El testamento es el título para adquirir el derecho de dominio de los bienes y suceder por causa de muerte. La sucesión testamentaria depende de la voluntad expresa manifestada por el testador en el cual dispuso de sus bienes o de parte de ellos, la sucesión tiene lugar con arreglo al testamento y de aquí su nombre de sucesión testamentaria. Los herederos testamentarios, son los que determina el testamento y tienen derecho a la posesión provisional, mientras los herederos legítimos entran en posesión provisional de acuerdo al orden sucesorio ab intestado.

La palabra testamento procede del latín *testamentum*, que viene de testare. En las instituciones justineanas se dice que la palabra *testamentum* viene de la palabra “*testatio mentis*” que significa “testimonio de la voluntad”. En el código civil del Ecuador en el artículo 1037 encontramos la definición de testamento:

**“Código Civil del Ecuador.- Artículo 1037.- Definición.-** El testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva.”(2005)

**2. Sucesión Intestada, legal o legítima:** En la cual por no haber testamento la ley es la que llama a suceder en el patrimonio del causante. En caso de no haber testamento la sucesión es intestada.

Luis Claro Solar: “La herencia intestada es también denominada legítima porque no interviene en ella la voluntad expresa del difunto, sino que es la deferida inmediata y próximamente por la ley que supone esa voluntad y en ella se inspira; mientras que la herencia testada es solo confirmada por la ley una vez deferida por el testador.”<sup>61</sup>

**3. Sucesión Mixta:** La sucesión en los bienes de una persona puede ser parte testamentaria y parte intestada.

Las clases de sucesiones son testamentarias, legítima y mixta, razón por la que los herederos son legítimos y testamentarios, no obstante, la posesión provisional solamente puede

---

<sup>61</sup> (CLARO SOLAR, 2013)

pedir los herederos presuntivos al tiempo de la desaparición o cuando se tuvo sus últimas noticias, sin embargo, los herederos testamentarios y los herederos legítimos son los llamados a adquirir la posesión provisional de los bienes.

Algunos tratadistas consideran que se les prefiere a los herederos testamentarios que los herederos legítimos, puesto que los legítimos son los que a falta de testamento son llamados por el ministerio de la ley, mientras el testamentario goza de un mejor título para obtener la posesión provisional de los bienes del desaparecido debido que fueron instituidos con la voluntad del ahora desaparecido, por este motivo se los considera que son los que tienen un mejor interés en la conservación de los bienes del desaparecido, como lo expresa el Dr. Guillermo Borda en su obra establece:

“El sistema hoy predominante funda la sucesión legítima en un doble orden de consideraciones; por un lado, el interés familiar y la mejor distribución de la riqueza, y por el otro, el afecto presunto del causante. Habiendo herederos forzosos, la mayor parte de los bienes hereditarios deben distribuirse de acuerdo a normas que no pueden ser alteradas por la voluntad del causante; con ello se asegura la protección de la familia y la distribución equitativa de los bienes. Si no hay herederos forzosos, se considera el afecto presunto del causante, lo que él hubiera dispuesto, de haber testado; en esta hipótesis, la ley es simplemente supletoria.”<sup>62</sup>

### **Principios que rigen la sucesión abintestato**

Los principios generales son los siguientes:

- a) **Orden de Preferencia:** La ley establece el orden de parientes, en el cual cada uno desplaza al siguiente en el orden de sucesión. De acuerdo a la regla general los parientes de grado más próximo excluyen a los de grado más lejano. Nuestro Código Civil del Ecuador establece los siguientes ordenes sucesorios de acuerdo con el sistema lineal: Primero la descendente, segundo la ascendente y luego la colateral, como lo establece el artículo 1023 del código civil del Ecuador:

**“Código Civil del Ecuador. - Artículo 1023.- Personas llamadas a la Sucesión Intestada:** Son llamados a la sucesión intestada los hijos del difunto, sus ascendientes, sus padres, sus hermanos, el cónyuge sobreviviente y el Estado.”(2005)

---

<sup>62</sup> (Borda, 1994)

1. Los hijos por derecho personal y los demás descendientes por derecho de representación
2. Los descendientes y el cónyuge supérstite
3. Los hermanos por derecho personal y los sobrinos por derecho de representación
4. El Estado.

**b) Preferencia por Grados:** En una misma línea el pariente más cercano excluye al lejano, excepto la persona que ejerza Derecho de Representación.

**c) Bienes:** No se atiende al origen de los bienes que componen la herencia, se suprimen todas las incómodas complicaciones del Derecho Medieval.

**“Código Civil del Ecuador.- Artículo 1022.-El Origen de los Bienes y la Sucesión intestada.-** La ley no atiende al origen de los bienes, para reglar la sucesión intestada, o gravarla con restituciones o reservas.” (2005)

Esta normativa tiene relación con el Aforismo jurídico *Res Transit con Onere Suo* (Las cosas se transmiten con sus cargas.)

#### **Reglas de la sucesión intestada:**

Casos en los que se aplican las reglas de la sucesión intestada según nuestro Código Civil Ecuatoriano en el artículo 1021:

**“Código Civil del Ecuador.- Artículo 1021.- Casos en los que tiene lugar la sucesión intestada.-** Las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han surtido efecto sus disposiciones.”(2005)

1. Cuando el causante no ha dispuesto de sus bienes
2. Cuando no obstante haber dispuesto de su patrimonio no lo ha hecho conforme a derecho; y
3. Cuando a pesar de haber dispuesto de sus bienes conforme a derecho, no surten efecto sus disposiciones.

Al analizar los órdenes sucesorios nos preguntamos ¿Qué pasa cuando no se presentan los herederos llamados en el primer orden sucesorio? En el caso que los parientes más próximos no admitan la posesión de los bienes, siendo que como regla general los parientes próximos

excluyen a los lejanos, sin embargo, podrá conferirse a los más lejanos al no presentarse los primeros en el orden sucesorio, para que puedan exigir la posesión; de igual manera se procederá cuando el heredero y el coheredero no haya demandado la posesión, estos podrán pedirla en cualquier tiempo para ejercitar sus derechos.

Si los herederos que se encuentran instituidos en el testamento fallecen antes de esta fecha, no adquieren ningún derecho de la herencia y no podrá transmitir a sus propios herederos, pero si muere con posterioridad a esta fecha sus propios herederos podrán adquirir por derecho de representación y de esta manera se transmite.

#### **2.4 Patrimonio: Concede a herederos presuntivos**

El patrimonio que se les concede a los herederos presuntos del desaparecido comprenden bienes, derechos y acciones, que existían al momento de la desaparición de la persona, como lo expresa el artículo 71 del Código Civil del Ecuador:

**“Código Civil del Ecuador.- Artículo 71.- Herederos presuntivos.- inciso 2.-** El patrimonio en que se presume que suceden comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta.”(2005)

Se conoce como patrimonio del desaparecido el existente al día presunto de la muerte y no el patrimonio existente al tiempo de la declaratoria de la muerte presunta, es decir, se retrotrae a la fecha de las últimas noticias que decreta el juez, como lo establece Alessandri & Somarriva:

“El patrimonio en que se presumen que suceden los herederos presuntivos, comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta.”<sup>63</sup>, consecuentemente, todas las herencias que le hayan sido otorgadas al desaparecido antes del día presuntivo de la muerte, pasan a formar parte del patrimonio del muerto presunto y por ende a sus propios herederos y en el caso de existir sucesiones abiertas posteriores al día presunto de la muerte estos derechos no se podrán otorgar a los herederos presuntos del desaparecido.

La posesión provisional no opera respecto de todos los bienes del desaparecido, solamente respecto de los bienes que poseía al momento de la desaparición o de la época en que recibieron sus últimas noticias, como es el caso de los bienes tras una herencia abierta a favor del desaparecido. En el caso que el desaparecido tenga derechos sobre bienes bajo una

---

<sup>63</sup> (ALESSANDRI & SOMARRIVA, 1971)

condición, la cual se cumpla después de la desaparición, los herederos podrán demandar la posesión provisional de estos bienes, esto se da pues la condición se retrotrae al momento en que se realizó el contrato.

Quien ejerce la posesión provisional lo hace sobre todos los bienes del ausente, eso implica todos los derechos reales, personales y todas las acciones que pertenecen al desaparecido. Los herederos de la posesión provisional de los bienes entran en posesión de los frutos producidos por los bienes del desaparecido.

**“Código Civil del Ecuador. - Artículo 67.- Reglas de la Presunción de Muerte. - 5.** El juez fijará como día presuntivo de la muerte, el último del primer año, contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos tres años desde la misma fecha, concederá la posesión provisional de los bienes del desaparecido; y,” (2005)

La posesión provisional solo puede ser solicitada por los herederos presuntivos, quienes deberán realizar un inventario de los bienes del desaparecido, como regla general si no se da la posesión definitiva, los bienes inmuebles no pueden enajenarse, ni hipotecarse y solo en caso de excepción los herederos presuntivos estarían facultados para enajenar o hipotecar una parte o todos los muebles que tuviera el desaparecido, siempre que el juez así lo determine, debido a causas necesarias y evidentes.

Luis Claro Solar “La ley los hace responsables desde luego, de la conservación de los bienes y de esta obligación que les impone, se desprende naturalmente que pueden y deben ejecutar todos los actos conservatorios.”<sup>64</sup>, los bienes que pasa a manos de los herederos presuntos tiene que ser conservados, en buen estado, hacerse todos los arreglos y reparaciones necesarias para la conservación por este motivo si los herederos presuntos tienen que aportar con dinero para conservar los bienes, siempre que estos sirvan en provecho de los mismos, pero en el caso de no existir tal provecho, estos valores deberán ser pagados por el desaparecido si reaparece.

Nuestro Código Civil del Ecuador hace la distinción de los bienes muebles e inmuebles de acuerdo con la normativa del artículo 74:

**“Código Civil del Ecuador. -Artículo 74.-Disposición sobre los bienes raíces del desaparecido:** Los poseedores provisionales podrán vender una parte o todos los muebles, si el juez lo creyere conveniente.

---

<sup>64</sup> (CLARO SOLAR, 2013)

Los bienes raíces del desaparecido no podrán enajenarse ni hipotecarse antes de la posesión definitiva, sino por causa necesaria o de utilidad evidente declarada por el juez.

La venta de cualquier parte de los bienes del desaparecido se hará en pública subasta.”(2005)

En esta normativa los herederos presuntos reciben los bienes en el período de posesión provisional, pero con limitaciones no con las mismas prerrogativas que tiene el dueño (desaparecido), por este motivo existe la prohibición de enajenar. La ley determina otras medidas para garantizar los bienes del desaparecido al solicitar la existencia de un inventario solemne y la venta en subasta pública, como establece Alessandri & Somarriva:

“Mediante el inventario se sabe de qué bienes deben responder los poseedores provisorios. Es inventario solemne el que se hace previo decreto judicial por el funcionario competente y con los requisitos que las leyes expresan.”<sup>65</sup>, al tener un inventario solemne de los bienes que entran en posesión los herederos presuntivos se resguardan los bienes y se tiene un conocimiento de los bienes que administrarán y deja constancia de los bienes que recuperará el desaparecido en el caso de reaparecer, como establece el artículo 72 del Código Civil del Ecuador:

**“Código Civil del Ecuador.-Artículo 72.-Obligaciones de los Poseedores Provisionales:**

Los poseedores provisionales formarán, ante todo, un inventario solemne de los bienes, o revisarán y rectificarán, con la misma solemnidad, el inventario que exista.”(2005)

De acuerdo con el criterio de Alessandri Somarriva: “Las atribuciones del Juez en cuanto a la autorización para enajenar ha sido muy difícil, acaso imposible poner todos los casos”<sup>66</sup>, considera que la actuación del juez debe realizarse tomando en cuenta los intereses del desaparecido, debido que los bienes pueden depreciarse en manos del poseedor, por esta razón el juez puede decretar la venta en subasta pública y de reaparecer el desaparecido, esté recibirá el dinero de la venta.

Claro Solar “Puede haber bienes que no puedan guardarse o quedar en poder de los poseedores provisorios sin deteriorarse y desmerecer, y por otra parte el patrimonio puede estar grabado en términos tales o exigir los bienes reaparecidos tan costosos que sea indispensable la enajenación de bienes del desaparecido para atender a su satisfacción”<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> (ALESSANDRI & SOMARRIVA, 1971)

<sup>66</sup> (ALESSANDRI & SOMARRIVA, 1971)

<sup>67</sup> (CLARO SOLAR, 2013)

Para Alessandri y Somarriva “Si un bien entregado a los herederos presuntivos durante la posesión provisoria es enajenado con omisión de algún requisito que para ello exige la ley, la enajenación adolece de nulidad relativa hallándose esta establecida a favor del ausente para el caso de reaparecer solo él puede alegarla.”<sup>68</sup>, en este caso estaríamos frente a una nulidad absoluta de acuerdo con lo que nos dice el artículo 1698 del Código Civil del Ecuador:

**“Código Civil del Ecuador. -Artículo 1698.-Causales de Nulidad:** La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.  
Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”(2005)

La obligación que tendría el poseedor de los bienes del desaparecido son de conservación y restitución de la cosa en buen estado, por ende, la omisión de uno de los requisitos acarrea nulidad absoluta, no relativa.

Se debe rendir caución para entrar en posesión provisional de los bienes del desaparecido como lo establece el artículo 31 del Código Civil Ecuatoriano:

**“Código Civil del Ecuador. -Artículo 31.- Caución:** Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca.”(2005)

Esta normativa garantiza que los poseedores provisionales puedan entrar en posesión de los bienes y restituirla de igual manera.

## **2.5 Administración de los bienes en la posesión provisional**

“A la ley le interesa que los bienes del desaparecido sean administrados por aquellos que tienen el más grande interés en su conservación.” (Laurent,2008)

Por lo tanto, bienes del desaparecido deben ser administrados por quienes tengan interés de conservación y restitución en el caso de reaparecer el desaparecido.

La administración de los bienes del desaparecido se puede dar de dos formas:

---

<sup>68</sup> (ALESSANDRI & SOMARRIVA, 1971)

1. Administra cada heredero la parte que le corresponde en la posesión provisional:  
En este caso la garantía debe ser prestada por el heredero que administra y solo respecto del bien que se debe precautelar.
2. Se puede dar por medio de un administrador general: En este caso el administrador general debe otorgar la garantía correspondiente a todos los bienes administrados.

En este período de la posesión provisional de los bienes se abre la sucesión del ausente, se publica el testamento. Al terminar la posesión provisional se rendirán cuentas de su administración para entregar posesión definitiva de los bienes a quienes correspondan.

En Código Civil Ecuatoriano bajo el Título XXIV.- De Las Curadurías de Bienes, establece:

**“Código Civil del Ecuador. - Artículo 494.-Curador de bienes del ausente. Requisitos:**

En general, habrá lugar al nombramiento de curador de los bienes de una persona ausente cuando se reúnan las circunstancias siguientes:

1. Que no se sepa de su paradero, o que a lo menos haya dejado de estar en comunicación con los suyos, y de la falta de comunicación se originen perjuicios graves al mismo ausente o a terceros; y,
2. Que no haya constituido procurador, o sólo le haya constituido para cosas o negocios especiales.”(2005)

De acuerdo con esta normativa se determina las dos circunstancias de acuerdo con la ley en las que se puede nombra un curador para los bienes del desaparecido, para precautelar sus derechos, bienes y obligaciones; siempre que no se tenga un procurador, tal como lo expresa Jouserand “Es posible que el desaparecido haya encargado a alguna persona antes de su partida, que haga lo necesario si ha constituido un mandatario general, el cual, por hipótesis cumpla sus deberes, se dejarán las cosas en el estado en el que están.”

El curador de los bienes es el representante de los actos del desaparecido de acuerdo con la normativa del código civil, al cual se le otorga facultades de conservación y custodia, sin embargo, este término curador en algunas legislaciones se confunde esta figura con la del tutor. La curaduría según el Código Civil del Ecuador en el artículo 508:

**“Código Civil del Ecuador.- Artículo 508.- Reglas Aplicables a la Administración de la Curaduría de Bienes:** El curador de los bienes de una persona ausente, el curador de una herencia yacente, el curador de los derechos eventuales del que está por nacer, se hallan sujetos en su administración a todas las trabas de los tutores o curadores; y además se les prohíbe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus respectivos representados.”(2005)

En consecuencia se puede entender que los poseedores provisionales en cuanto a la administración de los bienes del desaparecido como sostiene Dr. Luis Felipe Borja “no son meros administradores de los bienes, y como la ley no declara en que calidad procedan tales poseedores , el intérprete debe determinarla atendiendo al conjunto de las disposiciones y atendándose a este, se puede aseverar a ciencia cierta que los poseedores provisionales son dueños de los bienes bajo condición resolutoria de que al desaparecido reaparezca, o se tenga noticias que motiven la distribución de los bienes según las reglas generales”<sup>69</sup>

Sin embargo, otra línea doctrinaria “el desaparecimiento se mira como mera ausencia y subsiste, la sociedad conyugal aún después de declarada la muerte presunta, porque esta declaración, como ya hemos visto, tiene efectos limitados y muy restringidos durante el primer período de simple administración” (Barros Errazuriz, 1930)

Como se ha dicho anteriormente al declarar la muerte presunta da lugar a la apertura de la herencia del desaparecido, pero de la cual no podemos confiar ciegamente debido que para Lehmann lo entiende como: “No cabe confiar en la declaración de muerte, porque la presunción admite prueba en contrario en cualquier momento; lo que establece una ficción de exactitud a favor de los terceros de buena fe para determinados negocios jurídicos.”<sup>70</sup>

Sin embargo, la teoría más correcta y acertada es la del Dr. Juan Larrea Holguín al considerar una situación jurídica “sui géneris”, por lo que no podríamos encontrar semejanza con otra institución jurídica al tener su propia aplicación y remediar una problemática particular, la cual la desarrollaremos en el siguiente tema.

---

<sup>69</sup> (Borja, 1908)

<sup>70</sup> (Lehmann, 1956)

## 2.6. Período de Posesión Provisoria: Teoría que identifica la Posesión Provisional con el Usufructo

Al referirnos que se identifica al usufructo, algunos doctrinarios consideran que los poseedores provisorios son verdaderos usufructuarios de los bienes del desaparecido y están sujetos a las mismas obligaciones y limitaciones de éstos.

**“Código Civil del Ecuador.- Artículo 75.-Caución y Usufructo de los poseedores provisionales:** Cada uno de los poseedores provisionales prestará caución de conservación y restitución, y hará suyos los respectivos frutos e intereses.(2005)

Esta normativa da el usufructo de los frutos e intereses sobre los bienes del desaparecido, muerto presunto. De igual manera el artículo 72 del Código Civil Ecuatoriano obliga a formar inventario solemne de los bienes, o revisar y rectificar, por esta razón la normativa del art 75 y la del artículo 72 son obligaciones imputadas a los usufructuarios.

**“Código Civil del Ecuador. -Artículo 789.- Obligación de prestar caución y hacer inventario solemne:** El usufructuario no podrá tener la cosa que es objeto del usufructo sin haber prestado caución suficiente de conservación y restitución, y sin previo inventario solemne a su costa, como el de los curadores de bienes.

Pero tanto el que constituye el usufructo como el propietario podrán exonerar de la caución al usufructuario.

No está obligado a ella el donante que se reserva el usufructo de la cosa donada.

La caución del usufructuario de cosas fungibles se reducirá a la obligación de restituir otras tantas del mismo género y calidad, o el valor que tuvieren al tiempo de la restitución.” (2005)

Esta normativa demuestra que el usufructo termina con la muerte del usufructuario, mientras en la posesión provisorio se puede transmitir a los herederos presuntos. La posesión provisorio es semejante al usufructo para Alfredo Barros Errazuriz “Los poseedores provisionales son verdaderos usufructuarios de los bienes del desaparecido y están sujetos a las mismas obligaciones y limitaciones de éstos.”<sup>71</sup>

Luis Claro Solar: “Los poseedores provisorios son usufructuarios de los bienes del desaparecido y están sujetos a las mismas obligaciones y limitaciones de estos en la administración de los bienes”. (Solar, 1979), motivo por el cual a su entender la posesión

---

<sup>71</sup> (BARROS ERRAZURIZ, 1930 )

provisional “confiere los derechos e impone las obligaciones de la curaduría de bienes, pero la situación legal de los herederos presuntivos no es la de simples curadores de bienes, son verdaderos usufructuarios”.<sup>72</sup>

Alfredo Barros Errazuriz, establece que “El usufructo termina necesariamente con la muerte del usufructuario, en tanto que la posesión provisional es transmisible a los herederos del poseedor. Además del usufructo, los poseedores provisorios tienen la administración de todos los bienes del desaparecimiento y les está encargada de una manera especial la representación de la sucesión en las acciones y defensas contra terceros”<sup>73</sup>

De igual manera, el Dr. Juan Larrea Holguín considera que: “es una situación jurídica Sui Generis”, que no puede asimilarse a ninguna otra, para dar reglas de otra institución. Ni la mera tenencia, ni la posesión, ni la propiedad son idénticas a la “posesión provisional”, y esta rige precisamente por sus propias reglas que son suficientemente minuciosas” por lo que no se podría encontrar concordancias con otras instituciones jurídicas al tener su propia aplicación y solucionar su propia problemática es por este motivo que los herederos presuntos al declararse la posesión provisional a su favor pueden gozar de los bienes del desaparecido debido que se presume la buena fe y por lo cual se debe prestar caución e inventario solemne, consecuentemente, no se consideraría usufructo como otros autores manifiestan y motivo por el cual el Código Civil hace una diferenciación marcada de cada una de las figuras jurídicas expresadas. (Larrea Holguin, Derecho Civil del Ecuador, Edición 3a, 1978)

Luis Claro Solar considera que los poseedores provisionales se encuentran como parte de los usufructos legales de los bienes del desaparecido.

Luis Felipe Borja considera: “No se trata de un usufructo y afirma que los poseedores provisorios son dueños de los bienes bajo condición resolutoria de que el desaparecido reaparezca, o se tengan noticias que motiven la distribución de sus bienes según las reglas generales, esto es, que se sepa la fecha exacta de su muerte real.”<sup>74</sup> Podemos manifestar que “Lo cierto es que la Posesión provisional no consolida en los herederos la propiedad del

---

<sup>72</sup> (CLARO SOLAR, 2013)

<sup>73</sup> (BARROS ERRAZURIZ, 1930 )

<sup>74</sup> (Borja, 1908)

patrimonio que se les entrega; está condicionada al reaparecimiento o a que se sepa la muerte real del ausente”.<sup>75</sup>

Siendo más fácil establecer que dicha institución jurídica es contraria al usufructo, la tenencia, posesión y propiedad, a establecer la posesión provisional a causa de la muerte presunta. Desde la existencia del Código Civil se da a conocer el concepto de usufructo y los casos en los cuales se constituye, motivo por el cual, es evidente no encontrar como forma de constitución de usufructo a la Posesión Provisional. El tema de la posesión provisional se consagra en textos jurídicos desde la época de los romanos, así como ha sucedido en la mayoría de las instituciones del Derecho.

El heredero presunto que recibe los bienes del desaparecido de manera provisoria debe rendir una caución para tener una garantía de restitución en el caso de reaparición del desaparecido, mientras que en el caso del usufructo el usufructuario debe presentar caución de conservación, restitución y con inventario solemne.

## **2.7 Efectos del Decreto de Posesión Provisional**

Para determinar cuáles son los efectos de la posesión provisional me remitiré al artículo 70 del Código Civil, en cual establece que los efectos son:

1. “Se disuelve la sociedad conyugal;
2. Se procede a la apertura de la sucesión del desaparecido;
3. Se otorga la posesión provisional de los bienes del desaparecido a los herederos presuntivos;” (2005)

Esta normativa solo determina tres de los cuatro efectos de la posesión provisional, razón por la cual debemos analizar el artículo 310 del Código Civil del Ecuador, el cual determina el cuarto elemento que es:

4. Se produce la emancipación de los hijos.

### **2.7.1 Primer Efecto: Disolución de la Sociedad Conyugal**

La Real Academia de la Lengua Española respecto de la disolución de la sociedad de gananciales, establece: “Cese del régimen económico matrimonial de gananciales que se producen en los casos de disolución del matrimonio o nulidad del mismo, separación de los

---

<sup>75</sup> (COELLAR ESPINOZA, 1992)

cónyuges decretada judicialmente, capitulaciones matrimoniales, pacto de régimen distinto en capitulaciones, o por decisión judicial en determinados casos.”<sup>76</sup>

El Código Civil ecuatoriano, en su artículo 153, señala:

**“Código Civil Ecuatoriano. -Artículo 153.- Sociedad Conyugal:** A falta de pacto escrito, se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este Título.” (2005)

Dr. Juan Larrea Holguín define a la sociedad conyugal como: “Un sistema comunitario de bienes mediante el cual se forma un patrimonio social de acuerdo a los aportes iniciales y las adquisiciones que posteriormente el matrimonio haga a título oneroso. La administración ordinaria de este patrimonio común, corresponde a cualquiera de los cónyuges previo acuerdo o al marido por falta de estipulación”<sup>77</sup>

La sociedad conyugal es la comunidad de bienes (patrimonio) que han conformado marido y mujer

Existen 3 patrimonios:

1. El marido
2. Mujer
3. La sociedad conyugal

El patrimonio del marido y la mujer comprenden el activo relativo, integrado por los bienes que durante el matrimonio se confunden con los de la sociedad conyugal, pero al liquidarse deben restituirse en especie al cónyuge que apporto o da una recompensa a su favor.

El tratadista Dr. Juan Larrea Holguín hace un análisis para determinar si el bien pertenece al activo de la sociedad conyugal o solo al patrimonio de uno de los cónyuges y consecuentemente, saber si ingresa al haber absoluto o relativo, investigando los siguientes factores:

- a) La naturaleza de los bienes muebles e inmuebles
- b) La naturaleza del título de adquisición gratuito u oneroso
- c) El tiempo de adquisición antes, durante del matrimonio

---

<sup>76</sup> 403 Forbidden. (2020b). REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, <https://dej.rae.es/lema/disoluci%C3%B3n-de-la-sociedad-de-gananciales>

<sup>77</sup> (LARREA HOLGUIN, MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR, VOLUMEN I, 2008)

### **Haber Absoluto de la Sociedad Conyugal:**

1. Los salarios y emolumentos devengados durante la sociedad conyugal
2. Los frutos civiles y naturales de los bienes sociales y de los propios de los cónyuges
3. Los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal a título oneroso
4. El usufructo de los mismos
5. La parte del tesoro descubierto en terrenos sociales y que según la ley pertenece al dueño del terreno

De la lista del haber absoluto, para nuestro análisis del primer efecto el que nos interesa es la disolución de la sociedad conyugal, al liquidarse la sociedad conyugal se procede de acuerdo a lo que establece el artículo 191 del código civil ecuatoriano:

**“Código Civil Ecuatoriano. -Artículo 191.- Inventario y Tasación de bienes:** Disuelta la sociedad, se procederá inmediatamente a la formación de un inventario y tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte.” (2005)

### **Efectos de la disolución de la sociedad conyugal:**

1. Formación de inventario
2. Tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable
3. Formación de acervo común
4. Restitución o retiro de los bienes propios de los cónyuges
5. Liquidación de las recompensas que mutuamente se deben la sociedad y los cónyuges
6. Partición de los gananciales
7. División del pasivo.

Nuestro Código Civil ecuatoriano en el artículo 192 hace referencia al punto uno y dos de los efectos de la disolución de la sociedad conyugal, es decir, la formación de inventario y tasación.

La sociedad conyugal de acuerdo con el Código Civil ecuatoriano en su artículo 189 se disuelve en los siguientes casos:

1. “Por la terminación del matrimonio;
2. Por sentencia que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido;
3. Por sentencia judicial, a pedido de cualquiera de los cónyuges; y,
4. Por la declaración de nulidad del matrimonio.” (2005)

Al analizar esta normativa encontramos una contradicción entre las normas de los artículos 189 y 70, puesto que en esta última los bienes del desaparecido son ejercidos por los herederos presuntos y por efecto de la posesión provisional se disuelve la sociedad conyugal.

Tratadistas como Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Luis Claro Solar consideran que la sociedad conyugal debería disolverse el día que el juez declare como día presuntivo de muerte, expresando: “Su liquidación debe hacerse con relación a ese día y no a la fecha de esos decretos.”

La normativa del artículo 70 del Código Civil Ecuatoriano, determina que la disolución de la sociedad conyugal se da con la posesión provisional, por este motivo no se debe seguir lo que nos determina el artículo 189, puesto que de acuerdo con esta norma para que exista la disolución de la sociedad conyugal el juez mediante sentencia debe decretar la posesión definitiva, como lo interpreta Alfredo Barros Errazuriz establece: “Disolución de la sociedad conyugal y, en consecuencia, liquidación de dicha sociedad conyugal con relación a la fecha del decreto de posesión provisoria”<sup>78</sup>.

### **2.7.2. Segundo Efecto: Apertura de la Sucesión del Desaparecido**

El testamento se abre como consecuencia de la posesión provisional, sin embargo, la sucesión hereditaria se abre desde el momento de la muerte presunta, es decir, desde la fecha presuntiva que señala el juez para tal efecto, conforme al artículo 997 del Código Civil: “La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte, en su último domicilio; salvo los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvo las excepciones legales.” (2005)

Alessandri & Somarriva expresa: “Se procede a la apertura y publicación del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno. Los bienes se entregarán a los herederos

---

<sup>78</sup> (BARROS ERRAZURIZ, 1930 )

testamentarios y legítimos y para conocer a aquellos es necesario abrir y publicar el testamento.”<sup>79</sup>

Nuestra legislación ecuatoriana establece de acuerdo con la normativa del artículo del 994 del Código Civil Ecuatoriano, la existencia de dos posibilidades de sucesión:

1. El desaparecido haya dejado testamento.
2. El desaparecido no haya dejado testamento, en este caso se sigue las reglas de la sucesión abintestato.

Al existir un testamento este debe ser abierto para conocer la voluntad del testador, a quien le dejo sus bienes y su patrimonio, además si instituyó legados o no. El único problema que encontramos es la fecha en que abrimos la sucesión, duda que ya se solventó en el artículo 997 del Código Civil ecuatoriano, en esta normativa la sucesión de los bienes se abre al momento de su muerte, fecha que el juez determinó para declarar el día presuntivo de la muerte del desaparecido, como lo establece el Dr. Juan Larrea Holguín: “Se procede a la apertura y publicación del testamento del desaparecido si hubiere dejado alguno.”<sup>80</sup>

Barros Errazuriz: “Decretada la posesión provisoria se procede a la apertura y publicación del testamento si el desaparecido hubiese dejado alguno”<sup>81</sup>

Este segundo efecto habla de la apertura del testamento, en caso de desaparecimiento se toma como base para determinar los derechos de los herederos, la fecha fijada por el Juez como día presuntivo de la muerte, pero no hace referencia a la apertura de la sucesión, que es la que se abre al momento de la muerte de la persona.

### **2.7.3. Tercer Efecto: Posesión Provisional a los Herederos Presuntivos**

Este efecto es el que se toma de nombre para este período, y así poder determinar quiénes son los herederos presuntos que entran en posesión provisional de los bienes, como lo estamos analizando en este capítulo.

Los poseedores provisionales tienen obligaciones de acuerdo al patrimonio que reciben, pero también tienen facultades y derechos como hacer suyos los frutos de las cosas recibidas y de producción y al ser poseedores de buena fe no deberán restituirlos en caso de reaparecer el desaparecido, Dr. Juan Larrea Holguín: “Los poseedores provisionales hacen suyos los frutos

---

<sup>79</sup> (ALESSANDRI & SOMARRIVA, 1971)

<sup>80</sup> (LARREA HOLGUIN, MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR, VOLUMEN I, 2008)

<sup>81</sup> (BARROS ERRAZURIZ, 1930 )

de las cosas recibidas.”<sup>82</sup> , la Ley los considera poseedores de buena fe y por eso hacen suyo los frutos de acuerdo a las normativas del Código Civil del Ecuador:

- ❖ Art.662 los frutos naturales de una cosa
- ❖ Art.664 los frutos civiles pertenecen
- ❖ Art.660 Se llama frutos naturales los que da la naturaleza
- ❖ Art.663 Se llama frutos civiles los precios

De acuerdo con el artículo 73 del ibídem, se establece: “Los poseedores provisionales representarán a la sucesión en las acciones y defensas contra terceros.” (2005), al presentarse el caso de no existir herederos, la herencia se declarará yacente.

#### **2.7.4. Cuarto Efecto: Emancipación de Hijos**

La emancipación de los hijos es la situación jurídica la cual pone fin al derecho de patria potestad que la ejercen los padres, como establece el artículo 308 del Código Civil del Ecuador: “La emancipación da fin a la patria potestad. Puede ser voluntaria, legal o judicial.” (2005)

##### **Clasificación de la Emancipación:**

1. Legal
2. Voluntaria
3. Judicial

**1. Emancipación Legal:** En el artículo 310 del Código Civil ecuatoriano, la emancipación legal se efectúa:

1. Por la muerte del padre, cuando no existe la madre;
2. Nota: Numeral derogado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de junio del 2015.
3. Por la sentencia que da la posesión de los bienes del padre o madre ausente; y,
4. Por haber cumplido la edad de dieciocho años.” (2005)

**2. Emancipación Voluntaria:** En el artículo 309 del Código Civil ecuatoriano, la emancipación voluntaria se efectúa: “Por instrumento público en que el padre y la madre declaran emancipar al hijo adulto, y el hijo consiente en ello. La emancipación será autorizada por la o el notario mediante procedimiento voluntario, conforme las disposiciones previstas en el Código Orgánico General de Procesos.” (2016)

---

<sup>82</sup> (LARREA HOLGUIN, MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR, VOLUMEN I, 2008)

**3. Emancipación Judicial:** En el artículo 311 del Código Civil ecuatoriano, la emancipación judicial se efectúa: “La emancipación judicial se efectuará por sentencia del juez, si ambos padres incurrieren en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando maltratan habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida, o de causarle grave daño;
2. Cuando hayan abandonado al hijo;
3. Cuando la depravación los hace incapaces de ejercer la patria potestad; y,
4. Se efectúa, asimismo, la emancipación judicial por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que los declare culpados de un delito a que se aplique la pena de cuatro años de reclusión, u otra de igual o mayor gravedad.

La emancipación tendrá efecto sin embargo de cualquier indulto o gracia que recaiga sobre la pena.” (2005)

En cuanto al cuarto efecto, la emancipación de hijos el artículo 70 del Código Civil del Ecuador, no menciona este efecto, razón por la cual nos remitimos al artículo 310 del ibídem, esta normativa determina cuando se efectúa la emancipación legal y cuáles son las causales, al cumplirse una de las causales no se necesita de pronunciamiento de autoridad competente, consecuentemente con el decreto de posesión provisional se produce el efecto de emancipación legal de los hijos que se encontraban en poder de la persona desaparecida.

Continuando con este análisis, debemos conocer el concepto de patria potestad de acuerdo a la normativa ecuatoriana:

**“Código Civil del Ecuador. -Artículo 283.-Definición de la Patria Potestad:** La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia.” (2005)

Dr. Juan Larrea Holguín: “No pudiendo ejercer la patria potestad uno de los padres, el otro sea declarado muerto por presunción y se llega a conferir a los herederos presuntivos la posesión de los bienes”<sup>83</sup>, se emancipa el hijo de familia que no posea otro padre que continúe la patria potestad, por este motivo analizaremos el artículo 303 del Código Civil que establece:

---

<sup>83</sup> (LARREA HOLGUIN, MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR, VOLUMEN I, 2008)

“Procede la pérdida o suspensión de la patria potestad, cuando el padre o la madre que la ejerza se encuentre en los casos contemplados en el Código de la Niñez y Adolescencia.”(2005).

Podemos concluir diciendo que a diferencia de los efectos de posesión provisional que determina el Código Civil, según el Dr. Juan Larrea Holguín los efectos serían:

a) Se confiere a los herederos presuntivos un derecho sui generis, llamado “posesión provisional”. Al hablar de la naturaleza jurídica de este derecho, encontramos que es controvertido, puesto que para algunos es considerado como posesión, para otros una propiedad, un usufructo, etc.

Además, el artículo 73 nos habla que los poseedores actúan como “representantes” de la sucesión en las acciones judiciales, y si fueran dueños no tendrían entonces porque representar a otro”<sup>84</sup>

b) Los poseedores provisionales hacen suyos los frutos de las cosas recibidas. La ley les considera, en este punto, como poseedores de buena fe, y por eso tienen derecho de hacer suyos los frutos, como lo prescribe el artículo 75 en especial, y de modo más general el artículo 681 del Código Civil, para los poseedores de buena fe en general;

Al examinar esta normativa encontramos que, al no poder enajenar libremente los bienes, solo cumpliendo ciertos requisitos como la caución, prueba que los herederos provisionales no son propietarios.

c) Los poseedores provisionales representan a la sucesión. No es ésta una representación legal en el estricto sentido en que se define en el artículo 28 del Código Civil, pero sí una figura análoga. Los poseedores pueden ejercer las acciones judiciales o intervenir en juicios como demandados en la misma forma en que lo harían si realmente fueran herederos;

d) En virtud del decreto de posesión provisional, los herederos presuntivos pueden enajenar los muebles con la autorización del juez, oído el Ministerio Público. No exige la ley causa de necesidad o de utilidad, para que el juez autorice esta venta, a diferencia de lo que se establece para los inmuebles. Basta, pues, que al juez le parezca conveniente;

e) Los inmuebles pueden enajenarse o hipotecarse, pero solamente “por causa necesaria o de utilidad evidente, declarada por el juez, con conocimiento de causa y en audiencia”;

---

<sup>84</sup> (LARREA HOLGUIN, MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR, VOLUMEN I, 2008)

Habría causa necesaria, por ejemplo, si no existen otros bienes con los cuales pagar deudas del desaparecido, y se daría utilidad evidente en la venta de un bien raíz improductivo, en un precio superior a su valor corriente, sobre todo si existe la posibilidad de invertir el dinero en otros bienes reproductivos;

f) En todo caso, la venta de los bienes del desaparecido debe hacerse en subasta pública. En esta forma se garantiza mejor los intereses del desaparecido;

g) Los poseedores provisionales deben formar inventario solemne de los bienes del desaparecido.

Considero aplicables al inventario, las disposiciones relativas al inventario de los bienes pupilares, que debe hacer el guardador según lo prescriben los artículos 403 a 414 del código civil del Ecuador.

h) Se disuelve la sociedad conyugal. Esto no significa que se disuelva el matrimonio, desde luego, sino solamente la sociedad de bienes entre los cónyuges, y debe procederse a su liquidación para que el cónyuge sobreviviente reciba lo que le corresponde a título de bienes propios, restituciones, gananciales, compensaciones, etc.;

i) Se procede a la apertura y publicación del testamento del desaparecido si hubiere dejado alguno.

j) Los poseedores provisionales deben prestar caución de conservación y restitución de los bienes que reciben; y,

Otro efecto de la posesión provisional consiste en que da término a la curaduría del ausente, según lo prescribe el artículo 512 del Código Civil del Ecuador.

## **2.8. Posesión Definitiva: Revocatoria y sus Efectos**

La posesión definitiva de los bienes del desaparecido puede ser revocada, si reaparece el desaparecido. No obstante, aunque el Código Civil no lo señale, pueden ser revocados los decretos de posesión provisional del desaparecido o el que se fijó a la fecha de decretarse la muerte presunta. La posesión definitiva puede ser revocada tal como lo establece:

<p><b>“Código Civil del Ecuador. -Artículo 79.-Revocatoria de la Posesión Definitiva:</b> El decreto de posesión definitiva podrá revocarse a favor del desaparecido, si volviere, o de sus legitimarios habidos durante el desaparecimiento, o de su cónyuge por matrimonio contraído en la misma época.” (2005)</p>
---

Dr. Luis Felipe Borja, expresa su criterio sobre el decreto de posesión definitiva: “Una de las diferencias entre la posesión provisional y la definitiva consiste en que los efectos de la primera se extinguen, por el ministerio de la ley, tan luego como el desaparecido reaparece o se tienen noticias ciertas de su muerte.”<sup>85</sup>

Para completar esta definición debemos analizar lo que nos dice el Dr. Enrique Coello García, el cual expresa que la posesión definitiva “no es ni decreto ni sentencia. No es decreto porque esas providencias que no implican una resolución y no es sentencia porque implicaría la resolución de un punto en controversia” (2005), razón por la que debemos recalcar que la posesión definitiva se resuelve mediante auto judicial a favor de las personas que se encuentran enunciadas por la ley.

El cónyuge o los legitimarios habidos en el tiempo de desaparición pueden pedir que se revoque el decreto, para Dr. Juan Larrea Holguín: “La ley debería ser más amplia en este punto. El adquirente de la propiedad debería poder provocar la revocatoria del decreto de posesión definitiva.”<sup>86</sup>, el propio desaparecido puede reclamar en cualquier tiempo, por cuanto no sería aceptable que prescriba esta acción, puesto que puede reaparecer el desaparecido.

## **2.9 Período de posesión definitiva**

Este período comienza con el decreto del juez, el cual concede la posesión definitiva sobre los bienes del desaparecido (presunto muerto), sin embargo, la ley no descarta la posibilidad de su reaparición.

El tratadista Guillermo Borda al referirse a la posesión definitiva establece “al transcurrir ciertos plazos, aquel dominio precario sujeto a restricciones (posesión provisional) se convierte en pleno, sin restricciones alguna y solo sujeto a la condición resolutoria de la reaparición del ausente.”<sup>87</sup>

En palabras del tratadista Luis Claro Solar la posesión definitiva es “autorizar la repartición de los bienes del desaparecido entre sus herederos, lo mismo que en el caso de muerte verdadera. La posesión definitiva produce la apertura de la sucesión misma y transforma a los herederos presuntivos de usufructuarios, en verdaderos propietarios.”<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> (Borja, 1908)

<sup>86</sup> (LARREA HOLGUIN, MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR, VOLUMEN I, 2008)

<sup>87</sup> (Borda, 1994)

<sup>88</sup> (CLARO SOLAR, 2013)

Este período se encuentra regulado en el artículo 76 del Código Civil del Ecuador el cual establece:

“Si durante la posesión provisional no volviere el desaparecido, o no se tuviere noticias que motivaren la distribución de sus bienes, según las reglas generales, se decretará la posesión definitiva, y se cancelarán las cauciones.

En virtud de la posesión definitiva cesan las restricciones impuestas por el artículo 74, y se da por terminado el matrimonio, si el desaparecido hubiere sido casado.

Si no hubiere precedido posesión provisional, por el decreto de posesión definitiva se abrirá la sucesión del desaparecido, según las reglas generales.” (2005)

Adicional a esto analizaremos la norma del artículo 68 del Código Civil del Ecuador, establece:

“El juez concederá la posesión definitiva, en lugar de la provisional, si, cumplidos los tres años, se probare que han transcurrido ochenta años desde el nacimiento del desaparecido. Podrá, asimismo, concederla, transcurridos que sean diez años, desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, a la expiración de dichos diez años la edad del desaparecido, si viviere.” (2005)

Nuestra legislación cuando determinó la edad de 80 años para otorgar la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, tomo en consideración las estadísticas del Instituto Nacional Ecuatoriano de Estadísticas y Censos (INEC) el cual determina la expectativa de vida de acuerdo a nuestro entorno, la cual fue aumentando sustancialmente debido a los avances tecnológicos, medicinas, etc.

En conclusión, la característica esencial en este último período es que la posibilidad de muerte del desaparecido prevalece sobre la posibilidad de vida confiriéndole a los herederos presuntos el derecho pleno de goce y disposición de los bienes del desaparecido como si hubiera muerto.

## **2.10 Efectos de la Posesión Definitiva**

Rafael Cevallos en su obra “Código Civil en preguntas”, establece que el decreto de posesión definitiva tiene como efectos “la apertura de la sucesión, cancelar las cauciones constituidas en razón de la posesión provisional, finalizan las restricciones para enajenar

libremente los bienes del desaparecido o ausente y se consolidan los derechos de propietarios, fideicomisarios y legatarios”<sup>89</sup> (2005)

Los efectos de la posesión definitiva de los bienes del desaparecido los encontramos regulados en el artículo 77 del Código Civil del Ecuador:

“Art. 77.- Decretada la posesión definitiva, los propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios y en general cuantos tengan derechos subordinados a la condición de muerte de aquél, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte.”

Los efectos de la posesión definitiva según Alessandri & Somarriva son:

### **1. Disolución del matrimonio:**

La Real Academia de la Lengua Española (s.a.) nos dice que la disolución del matrimonio es la extinción de la relación jurídica matrimonial que se produce, en el ordenamiento jurídico civil, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

El Código Civil del Ecuador en el artículo 105 numeral 3:

“**Art. 105.-** El matrimonio termina: 3. Por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido” (2005)

### **2. Ejercicio de los derechos subordinados al hecho de la muerte del desaparecido:**

Decretada la posesión definitiva, todos los que tienen derechos subordinados al suceso de la muerte del desaparecido, pueden hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte. Así, el legatario puede reclamar la cosa legada; el fideicomisario la cosa de la cual el desaparecido era propietario fiduciario; el nudo propietario, la cosa de que era usufructuario del desaparecido, etc.

El Código Civil del Ecuador en el artículo 77:

“**Art. 77.-** Decretada la posesión definitiva, los propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios y en general cuantos tengan derechos subordinados a la condición de muerte de aquél, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte.” (2005)

En general, el decreto de posesión definitiva, produce los efectos de la prueba de la muerte verdadera.

---

<sup>89</sup> (CEVALLOS, 2005)

### **3. Apertura de la sucesión:**

Si no hubiere precedido posesión provisoria, por el decreto de posesión definitiva se abre la sucesión del desaparecido según las reglas generales.

El Código Civil del Ecuador en el artículo 997:

“**Art. 997.-** La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte, en su último domicilio; salvo los casos expresamente exceptuados.

La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvo las excepciones legales.”

(2005)

### **4. Cancelación de cauciones y cesación de restricciones:**

Decretada la posesión definitiva, se cancelan las cauciones, de igual manera cesan las restricciones impuestas en el artículo 74 del Código civil del Ecuador, en cuanto a la enajenación e hipoteca de los bienes del desaparecido.

La cancelación de cauciones se realiza de acuerdo con la normativa del artículo 76 antes mencionada. Dr. Juan Larrea Holguín explica: “Se cancelan las cauciones que debieron prestar los herederos presuntivos, si precedió la posesión provisional. Efectivamente, ahora su situación se asimila al máximo a la de un heredero corriente, y en principio no tiene que responder ante nadie de los bienes que reciben como suyos.” (2008), en la posesión definitiva se interponen los intereses de los herederos presuntivos.

El Código Civil del Ecuador en el artículo 74:

“**Art. 74.-** Los poseedores provisionales podrán vender una parte o todos los muebles, si el juez lo creyere conveniente.

Los bienes raíces del desaparecido no podrán enajenarse ni hipotecarse antes de la posesión definitiva, sino por causa necesaria o de utilidad evidente declarada por el juez.

La venta de cualquier parte de los bienes del desaparecido se hará en pública subasta.” (2005)

### **5. Partición de bienes:**

Se hace la partición de bienes en conformidad a las reglas generales que rigen esta materia.

De los efectos planteados por Alessandri & Somarriva, complementaré con el criterio del Dr. Juan Larrea Holguín:

a) Adquieren los herederos presuntivos la facultad de enajenar libremente los bienes, muebles o inmuebles, sin que sea precisa ninguna autorización judicial, ni mucho menos demostración de necesidad o utilidad;

- b) Los legatarios tienen derecho de reclamar sus legados. Con razón deducen de lo dispuesto en el artículo 77 del Código Civil del Ecuador, el Dr. Luis Felipe Borja y Luis Claro Solar, los legatarios, aunque se hubiere abierto el testamento, no pueden reclamar sus derechos con la sola posesión provisional, ya que solamente se les confiere este derecho en la posesión definitiva; y
- c) Se producen todos aquellos otros efectos propios de la posesión provisional, si esta no precedió a la definitiva, salvo aquellos efectos incompatibles con la posesión definitiva.<sup>90</sup>

El período de posesión definitiva es el último proceso de la muerte presunta, en el que se afianza la posibilidad de muerte del desaparecido.

### **2.11 Reglas de Revocatoria del Decreto de la Posesión Definitiva**

El código civil del Ecuador establece las reglas que se deben seguir para la revocatoria del decreto de posesión definitiva que lo encontramos en su artículo 80:

“En la revocatoria del decreto de posesión definitiva se observará las reglas que siguen:

1. El desaparecido podrá pedir la revocatoria en cualquier tiempo que se presente, o que haga constar su existencia;
2. Las demás personas no podrán pedirla sino dentro de los respectivos plazos de prescripción, contados desde la fecha de la verdadera muerte;
3. Este beneficio aprovechará solamente a las personas que por sentencia judicial lo obtuvieron;
4. En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes, en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos;
5. Para toda restitución serán considerados los demandados como poseedores de buena fe, a menos de prueba contraria; y,
6. El haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe.” (2005)

Los herederos o el desaparecido (presunto muerto), tienen derecho a recibir los bienes en el estado que se encuentren. De acuerdo con la normativa del artículo 80 del Código Civil

---

<sup>90</sup> (LARREA HOLGUIN, MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR, VOLUMEN I, 2008)

del Ecuador, se consideran que los poseedores definitivos son poseedores de buena fe e incluso mejor que un poseedor de buena fe.

El poseedor definitivo es responsable si se puede probar que obraron de mala fe y de esta manera se destruye la presunción de buena fe, también pueden enajenar de manera libre los bienes del desaparecido y no están obligados a restituirlos, aunque la ley podría declarar que se restituya su precio.

**“Código Civil del Ecuador. –Artículo 950.-Responsabilidad por Deterioros:** El poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa.

El poseedor de buena fe, mientras permanece en ella, no es responsable de estos deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ello; por ejemplo, destruyendo un bosque o arbolado, y vendiendo la madera o la leña, o empleándola en beneficio suyo.” (2005)

Dr. Guillermo Borda: “Si luego de transcurridos los plazos, reapareciese el ausente solo podrá reclamar los bienes que existiesen y en el estado en que existiesen, los adquiridos con el autor de los que faltaren el precio que se adeudase de los que se hubiera enajenado y los frutos no consumidos.”<sup>91</sup>

### **Se puede pedir la revocatoria por tres causas:**

- a) Porque el desaparecido se vuelve a presentar;
- b) Porque de otras maneras consta que está vivo;
- c) Porque se prueba que realmente ha muerto, pero en fecha distinta de la presunta.

**2. Las demás personas no podrán pedirla sino dentro de los respectivos plazos de prescripción, contados desde la fecha de la verdadera muerte;** encontramos las demás personas quienes pueden pedir la revocatoria del decreto de posesión definitiva, entre las que encontramos el cónyuge y los hijos las cuales pueden pedir la revocatoria siempre que no esté prescrita la acción.

Para el caso de prescripción el Dr. Max Coellar, hace referencia a los plazos establecidos en el Código Civil, que indicamos a continuación:

---

<sup>91</sup> (Borda, 1994)

**“Código Civil del Ecuador. -Artículo 1292.-Prescripción:** El derecho de petición de herencia expira en quince años. Pero el heredero putativo, en el caso del inciso final del Art. 719, podrá oponer a esta acción la prescripción de cinco años contados como para la adquisición del dominio.” (2005)

Continúa el Dr. Max Coellar, expresando: “La providencia del Juez que concede la posesión definitiva constituye un justo título y hemos de entender que quienes la solicitaron actuaron de buena fe, por tanto en la generalidad de los casos el plazo de prescripción será de cinco años, excepcionalmente, si los proveedores han actuado de mala fe el plazo de prescripción será de quince años en uno u otro caso, lo hemos de contar desde la fecha de la verdadera muerte.”<sup>92</sup>

**3. Este beneficio aprovechará solamente a las personas que por sentencia judicial lo obtuvieron;**

Alessandri y Somarriva expresa: “La ley quiere en lo posible no se altere una situación que tiene en su apoyo el largo tiempo transcurrido sin noticias del desaparecido, situación que ha creado derechos y hecho nacer expectativas que no deben ser defraudadas sino ante el ejercicio efectivo del derecho preferente.”<sup>93</sup>

**4. En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes, en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos;**

Esta regla hace referencia al patrimonio del desaparecido los cuales están en posesión de los herederos presuntivos y al darse la revocatoria pasan al beneficiario

**5. Para toda restitución serán considerados los demandados como poseedores de buena fe, a menos de prueba contraria; y, en el sexto caso: 6. El haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe.**

En los dos casos hacen referencia a los poseedores de buena y mala fe, tal como lo establece Alessandri y Somarriva: “Como consecuencia de esta presunción legal, los herederos o responden de los deterioros de los bienes y tienen derecho al abono de las mejoras necesarias y útiles conforme a las reglas que el código da al tratar de las prestaciones mutuas, en el caso

---

<sup>92</sup> (COELLAR ESPINOZA, 1992)

<sup>93</sup> (ALESSANDRI & SOMARRIVA, 1971)

de la reivindicación”<sup>94</sup>., tal como se analiza es una presunción legal que admite prueba en contrario y la cual puede desvirtuarse y en caso de ser poseedores de mala fe no tendrán derecho a los frutos producidos y tendrán que restituirlos.

### **Conclusión Capítulo II:**

Lo estudiado en el presente capítulo, de las etapas de la muerte presunta que rige el proceso civil encontramos que, en la esfera del Derecho Civil Personas se hace una referencia a los derechos civiles en la muerte presunta, razón por la cual los bienes del desaparecido se encuentran en un régimen calificado como concuerdan los doctrinarios que expresan aunque se adquiera la administración de los bienes no adquiere todas las prerrogativas que esto implicaría, debido que se encuentran limitados a la declaratoria de la posesión definitiva.

---

<sup>94</sup> (ALESSANDRI & SOMARRIVA, 1971)

## **Capítulo III**

### **Estudio del Trámite**

#### **Introducción**

Todo proceso debe desarrollarse atendiendo los principios procesales encaminados a la realización de un debido proceso de manera justa, el cual analizaremos en este capítulo, bajo la normativa establecida en el Código Orgánico General de Procesos, en lo que respecta a la muerte presunta reflejada a la actualidad de nuestro país.

Al desarrollar el presente trabajo de investigación, el procedimiento establecido para el desarrollo del tema estudiado de la muerte presunta es el voluntario del artículo 335 del Código Orgánico General de Procesos, por lo tanto, se analizará su nacimiento, etimología y estructura en cuanto a las distinciones de otros procesos adoptados por el sistema jurídico ecuatoriano, con el objetivo de determinar su eficacia de acuerdo a lo estudiado en los anteriores capítulos.

#### **Antecedentes Históricos**

Para iniciar el estudio, es indispensable conocer dónde surgió el proceso Voluntario, sus orígenes y entender su aplicación en la legislación ecuatoriana; autores coinciden que históricamente este proceso fue el primero en aparecer y considerarse común para la mayoría de los casos, el cual data del Derecho Romano con influencia del Derecho Canónico que al extenderse por el mundo Occidental se lo considera una corriente denominada Derecho Romano- Germánico.

Entre los más notorios tratadistas sobre el procedimiento voluntario, encontramos al Dr. Salvatore Satta (2001), quien sustenta que la jurisdicción voluntaria “tiene por objeto la tutela de un interés privado, por lo cual no sería administración ya que esta se encarga de intereses públicos.”<sup>95</sup>

En el Ecuador, en 1835 se expiden leyes con diversas denominaciones las cuales normaron el “enjuiciamiento civil”, posteriormente nuestra legislación ecuatoriana reconoce como primer “Código de Procedimiento Civil” al promulgado en 1869 bajo el título “Código

---

<sup>95</sup> (SATTA, 2001)

de Enjuiciamientos en Materia Civil”, expedido por una Asamblea Constituyente ejercida por el Congreso Nacional.

En 1879, se sustituyó el “Código de Enjuiciamiento en Materia Civil”, conformado por dos secciones, como lo describiré a continuación:

En un primer momento: de la jurisdicción civil, de las personas que la ejercen y de los que intervienen en los juicios y en el segundo momento: los juicios.

En 1890, por primera vez se dividió el proceso civil de la organización judicial en la “Ley Orgánica del Poder Judicial.”, posteriormente surge el “Código de Procedimiento Civil” vigente desde 1938.

Al expedirse la Constitución del Ecuador de 1998, al pretender implementar la oralidad en la sustanciación de los procesos, el Congreso Nacional debía reformar las leyes vigentes, siendo menester recordar que el derecho avanza y evoluciona conforme la sociedad, sin embargo, es apenas en el 2009 con la implementación del Código Orgánico de la Función Judicial, donde existe un considerable avance que permiten que el proceso judicial sea un medio para desempeñar la justicia.

Tras reformar en el 2005 el Código de Procedimiento Civil y la expedición de la Constitución del Ecuador del 2008, que considera al proceso judicial como una vía para la administración de la justicia mediante la aplicación de principios como: la inmediación, oralidad, buena fe, celeridad, economía procesal y lealtad e implementarse las atribuciones conferidas en el artículo 9 numeral 6 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, el cual permite “expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio” y en virtud de esta facultad se expide el Código Orgánico General de Procesos (2016).

### **Etimología**

De acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (s.a), el término Voluntario proviene “del latín *voluntarius*, que significa Dicho de un acto: Que nace de la voluntad, y no por fuerza o necesidad extrañas a aquellas”

## **Conceptos Doctrinarios: Derecho Procesal**

“El derecho procesal constituye el conjunto armónico de principios que reglan la jurisdicción y el procedimiento, sustentan principios que deben observarse para que la Autoridad Judicial aplique la ley y haga efectivos los derechos de los individuos” (PEÑAHERRERA, 1958).

En palabras de Jaime Guasp y Aragonese, en su obra de Derecho Procesal Civil, tomo I (2005), expresan que es el proceso civil: “Es la institución jurídica que tiene por objeto la satisfacción pública de pretensiones, cuando estas pretensiones, por la materia sobre que recaen, afectan al ordenamiento jurídico privado”.

Para complementar la anterior definición, debemos considerar, que “es evidente que el proceso, vincula y liga a las partes, entre si, a las partes con el juez, a las partes con las distintas fases del proceso, generando e imponiendo obligaciones a cada uno de los intervinientes; cargas, que deberán permanecer hasta tanto el proceso no concluya” (MORÁN SARMIENTO, 2007).

Siguiendo la misma línea tratadistas como Alcala Zamora y Niceto Castillo, José Ovalle citados por Rodolfo Benítez en la obra Derecho Procesal Civil (2001), explican: “Todo proceso se desenvuelve a través de una serie de actos y hechos procesales, los cuales tienen que realizarse formalmente, lo que constituye el procedimiento, cuyo objetivo es llegar a una resolución que ponga fin al conflicto surgido entre las partes, la misma que debe ser cumplida por quien sea obligado a ello, y de no hacerlo voluntariamente será coaccionado”.

José García Falconí, señala “que los procedimientos voluntarios no son contenciosos y, que son solicitudes en casos concretos ante el órgano judicial correspondiente y en interés del propio solicitante; de tal modo, que hay que tener muy en cuenta que, en esta clase de procedimientos voluntarios, el concepto de parte es sustituido por el solicitante; y de la demanda por el de solicitud” (2016), tal como se lo desarrolla en la legislación ecuatoriana en el COGEP.

El tratadista Hugo Alsina, citado en la obra Derecho Procesal, indica que el proceso voluntario “en el juicio voluntario las partes actúan en común acuerdo y solo requieren la intervención del juez para consolidar una situación jurídica” (ALSINA, 1963).

De los conceptos antes referidos, se concluye que: el proceso civil, es un conjunto de actuaciones de los intervinientes dentro del proceso donde cumplen un papel importante para determinar las fases del proceso, en el juicio voluntario es donde se resuelve lo que las partes solicitan.

Finalmente, Guillermo Cabanellas de Torres da la definición más aceptada sobre el procedimiento voluntario: “Se consideran actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas”. (Cabanellas de Torres, 2008)

De los conceptos doctrinarios citados, puedo concluir que el proceso es el conjunto de actividades que son reguladas por la normativa procesal con el único objetivo de solucionar conflictos y tutelar los derechos de las partes involucradas.

### **3.1. Generalidades sobre el procedimiento.**

De las definiciones de los autores citados y la forma como se regula en nuestro sistema jurídico ecuatoriano, surge la duda en cuanto al término proceso, trámite voluntario o procedimiento voluntario, frente al cual nos preguntamos ¿Qué término debería utilizarse?, y la respuesta la dilucidaremos a lo largo de este análisis.

Comenzaremos por definir la palabra procedimiento, que de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (s.a), viene del latín *Processus, Procedere* que significa avanzar, caminar, camino a recorrer, instrumento o medio, trayectoria a seguir.

Sin duda alguna debemos iniciar con lo que expresa el tratadista Carnelutti quien en su obra Manual de Derecho Procesal Civil (2010), empieza aclarando que no debemos confundir el término proceso con el procedimiento, siendo que el primero inicial con la presentación de la demanda y termina de acuerdo a lo que determine la ley; y el segundo son los pasos a seguirse para desarrollar el proceso.

El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres, define al procedimiento como: “En general, acción de proceder. Sistema o método de ejecución, actuación o fabricación. Modo de proceder en justicia, actuación de trámites judiciales o administrativos; es decir, el conjunto de actos, diligencias y resoluciones que comprenden la

iniciación, instrucción, desenvolvimiento, fallo y ejecución en una causa. Civil.- no es sino el procedimiento judicial ante la jurisdicción común.”<sup>96</sup>

Jenny Escobar (2010), expone que el procedimiento es el “Conjunto de actos sucesivos que conforman una unidad formal, encaminados a solicitar la tutela jurídica del Estado, para la satisfacción de una pretensión”<sup>97</sup>

Para el catedrático Doctor Olmedo Piedra (2017), el concepto de proceso: “Es la serie ordenada de actuaciones tendientes a la obtención de una resolución judicial, decimos resolución y no sentencia para abarcar a aquellos procesos que no se resuelven por sentencia, sino de acuerdo con la ley, mediante auto.”, mientras se respete el orden y la forma se tiene validez. En sentido estricto el procedimiento debemos entender como el estudio de las formas que revisten los actos y el orden de emplazamiento dentro del proceso.

Luego de este análisis, debemos comenzar con el análisis del proceso o trámite para determinar cuál es el término correcto que debe usar nuestra legislación ecuatoriana.

Empezaré definiendo el término trámite que viene del latín *trames, tramitis*, el cual, de acuerdo con el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres, se lo define como “camino, paso de una a otra parte; cambio de una cosa a otra. Judicial.- Cada una de las diligencias, y todas ellas consideradas como requisitos formales del procedimiento, que la ley o la curia imponen para resolver en una causa civil, penal o de otra jurisdicción”.<sup>98</sup>

Para aclarar el tema, el catedrático Doctor Olmedo Piedra (2017), expresa el concepto de Trámite: “Es aquel camino compuesto por una serie sucesiva de actos que deben seguirse en cada caso en particular para obtener una resolución judicial que cause efectos jurídicos”.

Giuseppe Chiovenda define al Proceso Civil como: “El conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta en la ley, por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria”<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> (CABANELLAS, DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL , 1997)

<sup>97</sup> (ESCOBAR ALZATE, 2010)

<sup>98</sup> (CABANELLAS, DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL , 1997)

<sup>99</sup> (CHIOVENDA, 2005)

Jaime Guasp da un concepto de proceso civil: “Es la institución jurídica que tiene por objeto la satisfacción pública de pretensiones, cuando estás pretensiones, por la materia sobre que recaen, afectan al ordenamiento jurídico privado.”<sup>100</sup>

Dr. Rubén Morán establece: “Es evidente que el proceso, genera una vinculación jurídica, más que simple relación, pues vincula y liga a las partes, entre si, a las partes con el juez, a las partes con las distintas fases del proceso, generando e imponiendo obligaciones a cada uno de los intervinientes; cargas, que deberán permanecer hasta tanto el proceso no concluya”<sup>101</sup>

De acuerdo con la línea investigativa el tratadista Alejandro de la Fuente (2013) manifiesta que el proceso es: “conjunto de actuaciones, y, estas se dan en base a los procedimientos que las partes apliquen, por lo que considera que en el área jurídica las dos palabras, no deben ser utilizadas como sinónimos.”<sup>102</sup>

En conclusión, el tratadista Gustavo Calvino en su obra Derecho y Procedimiento (2005), expresa: “El proceso contiene un procedimiento, pero no todo procedimiento constituye un proceso”.

Para dilucidar la confusión del término “procedimiento” con “trámite” que aborda el Código Orgánico General de Procesos, al tratarlos como sinónimos, debemos analizar que el Código de Procedimiento Civil del Ecuador derogado, utilizaba de manera correcta el término “Trámite”, por este motivo cuando el Código Orgánico General de Procesos se refiere a procedimientos, lo que en realidad quiere decir es trámite, constituyendo el procedimiento uno solo y los trámites son varios y diferentes.

Para finalizar con la discusión si debemos acatar el término proceso o procedimiento, vamos a resaltar las definiciones que nos dieron los tratadistas Carnelutti y Calvino, esta figura jurídica de acuerdo con los diferentes criterios de los autores analizados el término correcto a utilizarse sería proceso.

---

<sup>100</sup> (GUASP, 2006)

<sup>101</sup> (MORAN SARMIENTO, 2007)

<sup>102</sup> (DE LA FUENTE, 2013)

### **3.2. Aplicación de los procedimientos establecidos en el Código Orgánico General de Procesos respecto a la muerte presunta.**

El Código Orgánico General de Procesos al entrar en vigencia en el 2016, determino los diferentes tipos de procedimientos, entendidos como trámites a través de los cuales se tramitarán los procesos judiciales en materias no penales, estableciendo cinco procesos que de acuerdo al uso que se dan en esta normativa, debemos entenderlos como trámites, recordando que en la ley hoy derogada existían solo tres procesos.

#### **Tipos de Procesos**

1. Procedimiento Ordinario
2. Procedimiento Sumario
3. Procedimiento Ejecutivo
4. Procedimiento Monitorio y;
5. Procedimiento Voluntario

Al analizar cada uno de los procedimientos (trámites), podremos esclarecer cuál de ellos es el indicado para sustanciar la declaración de la institución jurídica muerte presunta.

**1. Procedimiento Ordinario:** Se tramitará mediante éste, todas las pretensiones que no tengan un trámite específico previsto para su sustanciación, de conformidad con lo determinado en el Artículo 289 del Código Orgánico General de Procesos. (Ver Anexo 1)

El trámite ordinario cumple de manera completa los principios del debido proceso y contiene mayores garantías para la defensa de las partes, ante la inseguridad de no existir norma expresa que lo determine, también se tramitará por esta vía todos los asuntos que por mandato de la ley se deban remitir al mismo, entendiéndose que se busca el cumplimiento de los principios de tutela judicial efectiva, pero en ocasiones contrariando el principio de celeridad. (Piedra, 2017)

**2. Procedimiento Sumario:** Es un trámite de conocimiento y dada su especial naturaleza requieren de una pronta resolución, el cual tiene por objeto dilucidar derechos inciertos o controversias mediante la resolución o sentencia en la que se va a establecer la existencia o no del Derecho y la titularidad del mismo. (Piedra, 2017)

El Código Orgánico General de Procesos en el artículo 332, establece la procedencia de los procedimientos sumarios, por cuanto proceden para causas en materia de niñez y adolescencia, laboral, deudas de menor cuantía; y, mercantiles.

**3. Procedimiento Ejecutivo:** Busca ejecutar o llevar a la práctica una obligación que se halla determinada y consignada en un instrumento que ha sido calificado por la ley como título ejecutivo, pueden ser: Letra de cambio, cheque, pagaré, etc. Este proceso no admite casación. (Piedra, 2017)

Se encuentra definido en el artículo 347 del Código Orgánico General de Procesos.

- **Título Ejecutivo:** Aquel instrumento al cual la ley le ha asignado una presunción de autenticidad que solamente puede ser desvirtuada dentro del proceso en base de la prueba que al respecto se presente.

La base para iniciar el procedimiento ejecutivo, es la existencia de un título ejecutivo, que es una condición de procedibilidad, determina cuales son los instrumentos que tienen la calidad de títulos ejecutivos y en el artículo 348 ibídem se establece la procedencia.

**4. Procedimiento Monitorio:** Este procedimiento se da con el objeto de dar celeridad a aquellas causas que tengan por finalidad el cobro de un adeudamiento, se encuentra regulado en el artículo 356 del Código Orgánico General de Procesos y procede para ejecutar el cobro inmediato de deudas que no excedan de cincuenta remuneraciones básicas unificadas y que no se encuentren en títulos ejecutivos. (Piedra, 2017)

Este trámite tiene como objetivo descongestionar los juzgados de la gran cantidad de procesos que tienen por objeto el cobro de crédito de poco monto y su finalidad es agilizar el trámite a fin que este tipo de créditos tengan una resolución ágil y evitar los perjuicios para los acreedores.

Los procedimientos sumarios, ejecutivo monitorio y voluntario se ventilan mediante una audiencia única.

**Procedimiento Voluntario:** El Código Orgánico General de Procesos en el artículo 334, establece su procedencia.

En este trámite al ser de jurisdicción voluntaria no existe controversia, permite al ciudadano presentar una solicitud que se ventilara mediante audiencia única, y procede para

casos de pagos por consignación, rendición de cuentas, inventarios, discernimientos, divorcio y terminación de la unión de hecho por mutuo acuerdo, autorización de venta de bienes pertenecientes a menores o personas que se encuentren bajo guarda y cuando se quiera una autorización, o licencia, así como todos los demás asuntos que corresponden a la jurisdicción voluntaria (Piedra, 2017)

El trámite para la institución de la muerte presunta en el Código Orgánico General de Procesos no tenía un camino propio, razón por la que el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha en fecha 3 de agosto del 2018, con oficio 321-2028-P-CPJP realiza la consulta a la Corte Nacional, respecto a este tema planteado, de la siguiente manera: “respecto del trámite de la declaratoria de muerte presunta, (...) además de los tres meses previstos en el art. 67 numeral 3 del Código Civil, se deben cumplir los términos previstos en los artículos 56 y 291 del COGEP.

La Corte Nacional de Justicia, absuelve la consulta, con fecha 31 de octubre de 2019, con oficio N.- 853-P-CNJ-2019, el cual establece:

**“Análisis y Conclusión:**

Se considera que la declaratoria de muerte presunta prevista en el párrafo 3ro del Título II del TITULO PRELIMINAR del Código Civil, es voluntario por tratarse de un asunto que por su naturaleza jurídica se resuelve sin contradicción, y debe tramitarse según las reglas del Código Civil.” (Ver Anexo 6)

Se puede concluir que, de acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos, el procedimiento voluntario se lo considera como un trámite ágil para administrar la justicia y resolver sin dilaciones, puesto que los asuntos de jurisdicción voluntaria como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción y es a la luz de este procedimiento que se tramitará la institución jurídica muerte presunta.

**Procedimiento Voluntario en la legislación ecuatoriana:**

Es un trámite en el que no existe pretensiones controvertidas, debido que se persigue un objetivo específico o una decisión con relación al sujeto o sujetos que formuló la solicitud en la que se reclaman el ejercicio de la actividad judicial.

El COGEP asumió el sistema oral para la tramitación, sin embargo, nuestra legislación ecuatoriana ha optado por un sistema predominantemente oral, por cuanto, la mayoría de actuaciones procesales se deben realizar de manera oral, pero siempre existirán actos procesales que se desarrollaran de manera escrita como: la demanda, la contestación o la reconvencción, y por cuanto deben quedar registrados, aplicando principios de oralidad, dispositivo y contradicción principalmente.

Por todos los antecedentes estudiados, este procedimiento del artículo 334 del Código Orgánico General de Procesos, es el más idóneo para tramitar la muerte presunta el cual se deberá sustanciar ante el juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia (del último domicilio que haya tenido la persona desaparecida), quien es la autoridad competente para declarar la muerte presunta establecida en los artículos 66,67 y 68 del Código Civil del Ecuador.

El legislador a través del Código Orgánico General de Procesos para resolver esta situación implemento el procedimiento voluntario, debido que existen trámites que son imposibles confiarlos a la función notarial pero que requieren ser conocidos y resueltos por el órgano jurisdiccional, como son: el pago por consignación, la rendición de cuentas, el divorcio o la terminación de unión de hecho, el inventario, la partición y autorización de venta de bienes de personas sometidos a guarda, aunque muchos de ellos carecen de las características para ser considerados de jurisdicción voluntaria.

La doctrina hace una diferenciación entre la Jurisdicción Contenciosa y la voluntaria, motivo por el cual debemos comenzar analizando que es jurisdicción, de acuerdo con el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ):

“La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia” (2009), potestad que corresponde a los Tribunales y Jueces establecido por la Constitución y las Leyes, que se ejerce según las reglas de la competencia, es decir, la jurisdicción es aquella capacidad que tienen los jueces para administrar justicia y hacer ejecutar lo juzgado.

Para complementar la definición de jurisdicción del COFJ, debemos citar al Procesalista Dr. Víctor Manuel Peñaherrera en su obra lecciones de Derecho práctico civil y penal “Consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, así como de autorizar aquellos actos que requieren de formalidad judicial.”<sup>103</sup>, puesto que le faltaba una segunda función que es administrar justicia, siendo la función esencial del juez, pero también de autorizar actos que requieran de formalidades o solemnidades.

Existen dos funciones de los jueces:

1. La Jurisdicción es la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es decir, dar a cada quien lo que le corresponde.
2. La segunda Función de los Jueces, que no ha sido prevista que es administrar justicia.

Aunque esta definición debería encontrarse en el Código Orgánico General de Procesos no se encuentra establecida, además este código suprime la clasificación de jurisdicción, pero sin embargo estos siguen existiendo.

### **Clasificación de la Jurisdicción**

- **Jurisdicción Contenciosa:** es la que se ejerce cuando se demanda la reparación o el reconocimiento de un derecho. Aquellos asuntos en los que requiere del demandado la contraprestación
- **Jurisdicción Voluntaria:** es la que se ejerce en los asuntos que, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción las partes procesales aquí son: juez y peticionario. Aquellos en los que pedimos todos los interesados, accionantes acuden al órgano jurisdiccional pidiendo una prestación.

Hugo Rocco, señala “la jurisdicción voluntaria no es propiamente actividad jurisdiccional, al contrario, es una actividad administrativa, confiada a órganos jurisdiccionales por lo que esto es el verdadero signo distintivo entre la jurisdicción propiamente dicha y la voluntaria por lo que las otras definiciones son inexactas” (1939)

---

<sup>103</sup> (PEÑAHERRERA, LECCIONES DE DERECHO PRÁCTICO CIVIL Y PENAL , 1944)

En el COGEP la clasificación de la jurisdicción desaparece, pero en la doctrina se mantiene. No a todos los que se refiere como procedimiento voluntario son asunto de jurisdicción voluntaria como el caso de la rendición de cuentas que es jurisdicción contenciosa.

Además, en el artículo 334 del COGEP último inciso establece: “También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción.” (2016), en esta normativa encontramos una mezcla entre la jurisdicción contencioso y voluntario.

### **Procedencia**

**“Artículo 334.- Procedencia.** - Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes:

1. Pago por consignación.
2. Rendición de cuentas.
3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes.
4. Inventario, en los casos previstos en este capítulo.
5. Partición.
6. Autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda.

También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción.” (COGEP,2016) (Ver Anexo 1)

### **Tramitación del Procedimiento Voluntario**

Es indispensable la iniciativa del actor para dar por iniciado el procedimiento, en este caso la tramitación del procedimiento inicia con la presentación de la solicitud que contendrá los mismos requisitos que demanda, establecidos en el artículo 142 del COGEP (Ver Anexo 1), requisitos que son comunes a todos los procesos.

## **Calificación de la solicitud**

El juez calificará la solicitud y en el caso de admitirla se ordenará la citación a los interesados, por lo que el juez podrá solicitar información sobre el domicilio o residencia de las personas a ser citados. (art. 335, COGEP,2016) (Ver anexo 1), es decir se le otorga al juez una facultad especial para poder determinar a qué personas más debería citarse, trae como consecuencia el hecho de que ya no recaería exclusivamente la responsabilidad al actor, de establecer el legítimo contradictor, porque el juez también estaría obligado a cuidar de que se cuente con las personas con quienes por lógica deba contarse para que pueda resolverse el trámite de la causa.

Las partes procesales en virtud del principio dispositivo, comparten responsabilidad de impulsar el procedimiento de acuerdo con los principios procesales que establece el COGEP, actuando al inicio del procedimiento a través de la solicitud, para ello el juzgador una vez presentado el acto de proposición de la solicitud, procederá a calificarla; de igual manera calificará la oposición y procederá conforme lo previsto en el artículo 335 del Código Orgánico General de Procesos. (Ver Anexo 1)

El juez es quien tiene la dirección del desarrollo de las audiencias, en el cual las partes procesales comparten responsabilidad de impulsar el procedimiento, cumpliéndose el principio de inmediación por este motivo las partes actúan al inicio del procedimiento a través de la solicitud y oposición.

**Principio de Inmediación:** La aplicación de este principio fomenta la oralidad como forma de sustanciación procesal, debido al contacto directo con el juez que posibilita una proximidad no solo con las partes procesales sino también con la verdad histórica apropiada para la fundamentación de los hechos y una correcta argumentación jurídica que da como resultado la motivación de la sentencia. (LOPEZ SUAREZ, 2017)

En el Código Orgánico General de Procesos, encontramos este principio en el artículo 6 como establece: “La o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el procedimiento. Solo podrán delegar las diligencias que deban celebrarse en territorio distinto al de su competencia. Las audiencias que no sean conducidas por la o el juzgador serán nulas.” (2016)

“Contacto directo entre las partes, el juez y los órganos de prueba, presente en los trámites orales” (Ferreyra, 2009).

Una vez calificada la solicitud y la oposición el Código Orgánico General de Procesos en el artículo 335, se deberá realizar la convocatoria a la audiencia única en la cual se realizará las dos audiencias en un solo acto procesal.

La normativa antes citada debe complementarse con el artículo 5 ibídem en la que se establece: “**Impulso Procesal.** - corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo.” (2016). El principio dispositivo establece que el procedimiento prospera a petición de las partes procesales en litigio, debido que el juez no tiene la facultad para iniciar o continuar impulsando el procedimiento.

En el caso de la institución de la muerte presunta, al encontrarse la persona desaparecida y transcurrido el tiempo previsto en el numeral 3 del artículo 67 del Código Civil, podrá pedirse esa declaratoria por petición de los herederos presuntos o los que tengan interés en ella, es evidente que este caso va existir una falta de pronunciamiento de la parte demandada o de persona alguna que advierta su paradero, motivo por el cual el juez deberá convocar a audiencia conforme el art 335 del Código Orgánico General de Procesos.

La referida diligencia se ha desarrollado conforme los preceptos establecidos en los artículos 294, 295 y 296 del Código Orgánico General de Procesos, en la que se ha resuelto lo pertinente en cuanto a la admisibilidad de la prueba.

### **Calificación de la Oposición**

Una vez citada la otra persona o quienes acrediten interés jurídico, podrán presentar oposición a la solicitud hasta antes de la convocatoria a la audiencia, oposición que debe cumplir con los mismos requisitos de la contestación y será el juez quien admite o no la oposición, siendo el juez quien podrá inadmitirla por no tener fundamentos o por retrasar el procedimiento, por lo que se entenderá que ha surgido la controversia y deberá sustanciarse por vía sumaria.

En el caso que la oposición no sea justificada de manera razonable o, se considere que se están realizando maniobras dilatorias el juzgador podrá rechazar de plano la oposición.

En los procedimientos voluntarios si existe oposición está deberá resolverse en vía sumaria y se entiende a la solicitud inicial como la demanda y la oposición como la contestación siguiendo los términos de la misma por lo que el juez concederá a las partes 15 días para que anuncien prueba y después de ese término se convocará la audiencia. (art. 336 COGEP,2016)

El COGEP es impreciso al determinar “podrán oponerse por escrito hasta antes de que se convoque a la audiencia”, puesto que no establece de manera clara cuál es el término para oponerse desde la citación y deja abierta la posibilidad hasta antes de convocar a la audiencia.

### **Procedimiento**

#### **“Artículo 335.-**

(...) La o el juzgador convocará a audiencia en un término no menor a diez días ni mayor a veinte días siguientes a la citación. En dicha audiencia, escuchará a los concurrentes y se practicarán las pruebas que sean pertinentes. A continuación, aprobará o negará lo solicitado.” (COGEP,2016) (Ver Anexo 1).

### **Apelación**

“Art. 337 Recursos. - Será apelable la providencia que inadmita la solicitud inicial y la resolución que la niegue. Las demás providencias que se pronuncien solo serán susceptibles de aclaración, ampliación, reforma y revocatoria.” (COGEP,2016)

Si al concederse el recurso de apelación del auto que admita o inadmita la solicitud debemos complementar con el artículo 261 del COGEP para conocer en qué efecto se concederá el recurso.

“último inciso del art. 261.- Efectos. - La apelación se concede: Por regla general, la apelación se concederá con efecto suspensivo. El efecto diferido se concederá en los casos en que la ley así lo disponga” (COGEP,2016), esta normativa nos aclara que el recurso deberá concederse con efecto suspensivo.

Esta apelación solo se da ante la inadmisión de la solicitud o en el caso de resolución negada, la parte afectada puede interponer el recurso de apelación, solo en el caso de la muerte presunta la parte afectada (desaparecido) no puede pedir la apelación debido a su situación.

## **Presentación de la solicitud**

En el caso de la institución de la muerte presunta al encontrarse la persona desaparecida y transcurrido el tiempo previsto en el numeral 3 del artículo 67 del Código Civil, podrá pedirse esa declaratoria por petición de los herederos presuntos o los que tengan interés en ella, motivo por el cual el juez deberá convocar a audiencia conforme el artículo 335 del Código Orgánico General de Procesos.

## **Motivación**

Toda resolución que dicta el juez debe ser motivada lo que implica justificar de manera racional y en derecho la decisión de acuerdo con las normas y principios jurídicos.

“Motivación es explicar la razón de ser de una actitud o decisión, en definitiva, es explicar porque se llega a la convicción para declarar la muerte presunta, resolución que debe cumplir con todos los requisitos legales.” (Piedra,2020)

Michelle Taruffo expresa que la motivación “debe contener la justificación específica de todas las cuestiones de hecho y de derecho que constituyen el objeto de la controversia, dado que solo bajo esta condición se puede decir que la motivación es idónea para hacer posible el control sobre las razones que sustentan la validez y aceptabilidad racional de la decisión”<sup>104</sup>.

Las resoluciones que sean emitidas por los jueces deberán ser motivadas, tal como lo establece la constitución del Ecuador (2008) en el art. 76 numeral 7 literal (l, disponiendo expresamente que en las resoluciones se enunciará las normas o principios jurídicos en que se fundan y la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; en este sentido podemos decir que el juez motivó su decisión o resolución que debió ser emitida verbalmente en la audiencia de juicio, en concordancia con el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos que reza:

### **“Art. 89.- Motivación:**

Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad y no existirá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración

---

<sup>104</sup> (TARUFFO, 2009)

de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación.” (COGEP, 2016)

Con respecto al procedimiento voluntario y para la declaratoria de la muerte presunta se debe justificar la existencia previa del desaparecido y de acuerdo a los fundamentos de hecho y derecho el juez crea su convicción basada en los hechos y de manera motivada emite su decisión.

Las decisiones impuestas por los jueces deben de ser motivadas de manera obligatoria con el objetivo de garantizar en el Estado el cumplimiento de la Ley y de este modo reducir la arbitrariedad en las decisiones y reforzar la seguridad jurídica con la confianza en los órganos de justicia.

### **Resolución**

El juez debe dictar el auto (no es decreto, porque no solo sirve para dirigir la marcha del procedimiento y no es sentencia porque está es inmutable, si se dictará sentencia ocurriría que la posesión definitiva no se puede modificar, mientras que el auto si admite cambio).

El juez al declarar la muerte presunta del desaparecido, debe disponer la inscripción de la sentencia ejecutoriada en las oficinas del Registro Civil, Identificación y Cedulación.

¿Por qué es un “auto” y no una sentencia?

La sentencia no puede cambiarse ni por el juez ni órgano jurisdiccional, además, no cabe revocatoria y es inmutable y; si el aparecido regresase no pudiese reclamar sus bienes.

Los jueces deben resolver mediante auto, que es el medio de sentencia adecuado porque este si admite cambios.

Al concluir la audiencia de juicio el juez de forma oral comunica a las partes procesales la decisión, y luego tendrá que notificar por escrito a las partes con la resolución final ya motivada en derecho y con los requisitos de toda sentencia, estableciendo todo lo actuado en el juicio, excepciones previas, validez procesal, etc.

Emitida la resolución del juez, se debe inscribir ese auto conforme lo determinado en el artículo 70 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, como lo citamos a continuación:

**“Artículo 70.- Caso de muerte presunta.**

Las defunciones por efecto de muerte presunta se inscribirán ante la autoridad competente de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, para lo cual será necesaria la correspondiente sentencia debidamente ejecutoriada.” (Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, 2016)

En consecuencia, con la sentencia ejecutoriada se confieren copias certificadas para su correspondiente Inscripción en los Libros del Registro Civil del Ecuador.

En los procedimientos voluntarios la finalidad no es dirimir un conflicto para llegar a una resolución, ni administrar justicia entre las partes, este procedimiento es considerado como jurisdiccional que tiene como único objetivo reconocer un acto que ha sido interpuesto, por una parte, el cual no implicaría el otorgamiento de derechos.

Una vez terminado el juicio se da el paso a la declaratoria de muerte presunta, el cual comienza con el período de mera ausencia en un tiempo de tres años, luego de transcurrir este lapso de tiempo se debe acudir nuevamente ante el juez para pedir que se otorgue la posesión provisional con todos los efectos que esto implicaría, esto es transcurridos tres años desde la misma fecha, posteriormente el solicitante debe acudir por tercera ocasión ante el juez para pedir después de transcurrido diez años que se otorgue la posesión definitiva.

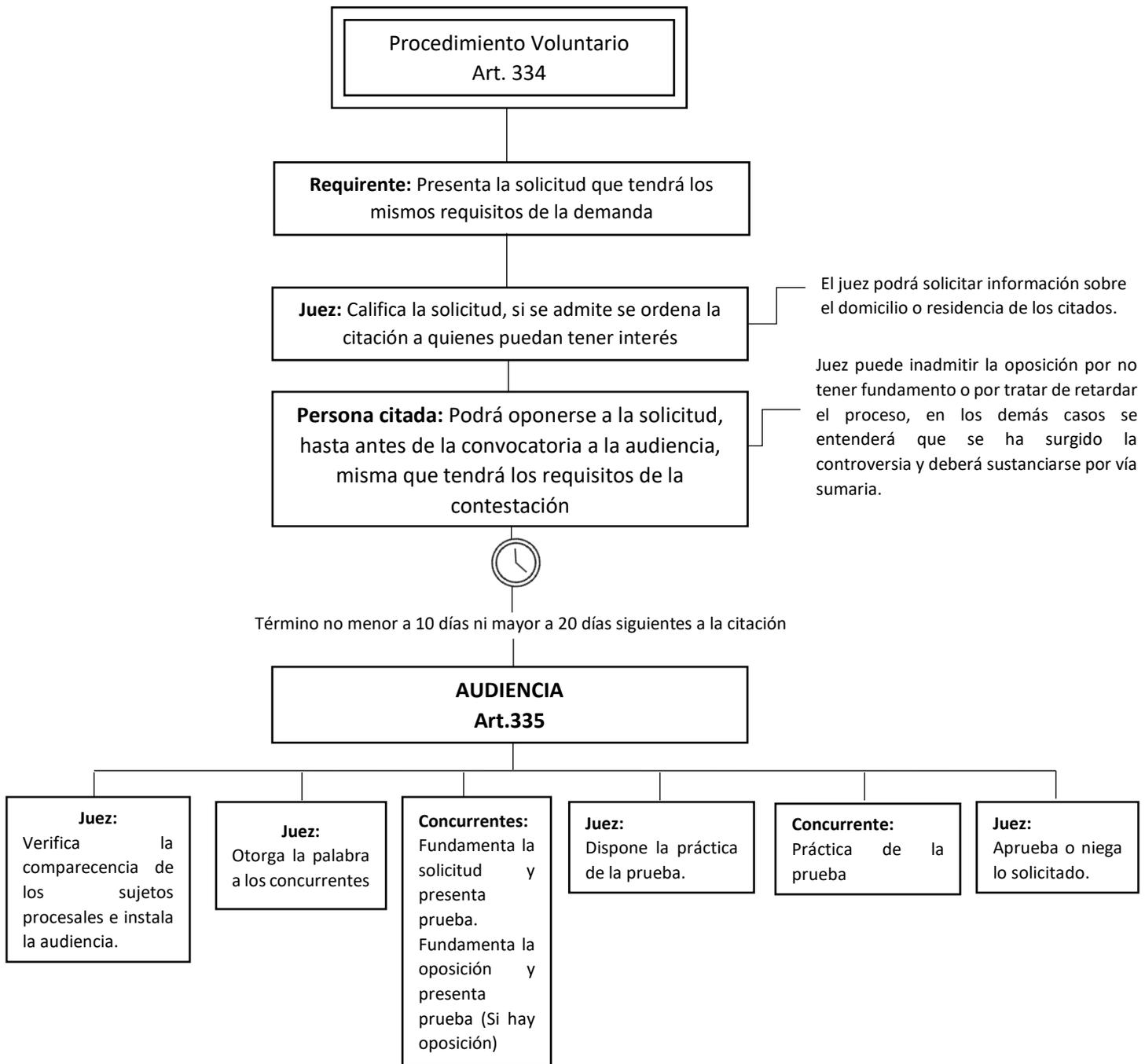
Se puede entender que el heredero presunto o el que tenga interés luego del lapso de por lo menos dos años puede acudir ante el órgano jurisdicción en ejercicio de la tutela judicial efectiva para solicitar que se declare la muerte presunta.

Una vez el juez dicte el auto declarando la muerte presunta se considera que comienza el período de mera ausencia y entonces a partir de ese momento la parte interesada deberá esperar el transcurso de tres años para acudir nuevamente al órgano judicial a pedir se otorgue el auto de posesión provisional con todos los efectos que esto conlleva.

Posteriormente el solicitante deberá esperar diez años para pedir que se dicte el auto de posesión definitiva con todos los efectos que implica.

Considerando que en el caso especial los términos son diferentes se da el período de mera ausencia de seis meses, transcurridos los cuales se otorga la posesión definitiva.

## Organigrama sobre el Procedimiento Voluntario del Código Orgánico General del Procesos



**Fuente:** Arrieta, Gabriela; Aguirre, German, Organigrama de Procedimiento Voluntario, tomado de Código Orgánico General de Procesos

\*Juez califica la solicitud, si se admite se ordena la citación “a quienes puedan tener interés” esto es de mi autoría

\* Juez “puede inadmitir”, esto es de mi autoría.

\* **Persona citada:** Podrá oponerse a la solicitud, “hasta antes de la convocatoria a la audiencia”, esto es de mi autoría.

\* (Si hay oposición), esto es de mi autoría.

### **Conclusión Capítulo III:**

El Estado ecuatoriano al reformar los procesos judiciales no penales mediante la implementación del Código Orgánico General de Procesos, lo que busca es consolidar el sistema procesal de manera ágil, eficaz y transparente en todas sus fases procesales, por tanto, en base a las experiencias de cada día se puede determinar que situaciones se deben mejorar.

Como podemos observar al desaparecer algunos de los procesos que pertenecían a los procesos sumarios y al quedarse la institución jurídica muerte presunta sin un proceso especial y propio para su sustanciación debe ser tramitado por el procedimiento voluntario no sumario, teniendo que superar requisitos que el Código Orgánico General de Procesos determina.

## **Capítulo IV**

### **Legislación Comparada.**

#### **4.1. Posesión Provisional en el Derecho Comparado en el Marco de las Vertientes Civilistas de América Latina: Argentina, Chile, España y México.**

##### **Introducción**

El objetivo principal de este capítulo es efectuar un estudio de la legislación comparada que conduzca al planteamiento de conclusiones y recomendaciones, encontrando la correlación de la institución muerte jurídica en la legislación comparada, la cual nos permita analizar la naturaleza y reglas de la posesión provisional para reducir plazos en la muerte presunta como sustento de posibles reformas

En América Latina la mayoría de países tienen la institución jurídica muerte presunta regulada en su ordenamiento jurídico de acuerdo a las particularidades y necesidades que establece cada país

La comparación de diversos ordenamientos jurídicos para los casos de presunción de muerte por desaparecimiento por tal motivo se realiza los estudios y análisis de los códigos civiles en el marco de las vertientes civilistas de América Latina de los países como: Argentina, Chile, España y México análisis que comprende la comparación para la interpretación jurídica.

##### **Derecho Comparado**

“El Derecho Comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo, con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado.” (Blacio Aguirre, 2010)

Para autores como Sacco, citado por Alfredo Ferrante en la Revista Jurídica “Entre derecho comparado y derecho extranjero: Una Aproximación a la Comparación Jurídica”, establece “el cotejo científico de sistemas jurídicos para estudiar sus similitudes y diferencias, tomando como referencia también las distintas implicaciones sociales” (FERRANTE, 2016)

## 4.2. Legislación de Argentina

**Palabras clave:** Código Civil y Comercial de la Nación (CCy C)

En la legislación argentina en el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994 y promulgado según decreto 1795/2014, se encuentra regulada la ausencia en el Libro Primero, Parte General, Título I, en dos capítulos denominado “Capítulo 6.- Ausencia” en los artículos del 79 al 84 y “Capítulo 7.- Presunción de fallecimiento” en los artículos del 85 al 92. (Ver Anexo 2)

### **Comentario:**

En conclusión, el Código Civil de Argentina regula la institución de la ausencia y la presunción de fallecimiento en dos capítulos separados por lo que comienza diciendo que la ausencia simple se da cuando una persona desaparece de su domicilio sin que se tenga alguna noticia de su paradero, sin dejar apoderado puede designar un curador para precautelar los bienes.

Pero al determinarse que una persona se encuentra desaparecida de su domicilio no nos lleva asegurar que la persona falleció, la normativa del Art.79 del Código Civil y Comercial de la Nación (CC y C) (Ver Anexo 2) se refiere a la ausencia simple que presume una situación de incertidumbre sobre el estado de la persona.

Esta legislación no establece una diferencia clara entre la ausencia simple y el desaparecido- presunto muerto, por el contrario, al encontrarse ausente se lo considera con las mismas prerrogativas que el desaparecido, razón por la que equiparan al ausente con un presunto muerto, es decir, que como consecuencia inmediata de declararse la ausencia de una persona se declara la presunción de muerte.

El concepto de ausencia simple es la no presencia de la persona, que se enfatiza con el transcurso del tiempo lo que produce la incertidumbre sobre su vida o muerte, por lo que no debería producir sospechas de su muerte ni permitir medidas sobre sus bienes.

la legislación Argentina regula dos situaciones: la ausencia simple y la ausencia con presunción de fallecimiento en la cual se podrá declarar dependiendo si es caso ordinario en el término de tres años y en el extraordinario en la primera circunstancia (incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante) se declara en el término de dos años y el segundo caso (buque o aeronave) en el término de seis meses, sin importar que el ausente haya designado o no un mandatario.

Existe una diferencia importante con relación a la mayoría de las legislaciones, pues cada una tiene un plazo establecido diferente para la declaratoria de ausencia, esta legislación al establecer la presunción de fallecimiento en la cual se considera que existe una ausencia calificada por el transcurso del tiempo determina plazos diferentes para declarar la presunción de fallecimiento, dependiendo si es un caso ordinario o un caso extraordinario.

El código civil argentino distingue un periodo de declaración de ausencia, en el que se designa curador de bienes del desaparecido y la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, cuyo efecto principal es dar lugar a la apertura de sucesión del ausente. Al transcurrir los dos casos en el término de seis meses de recibida la prueba y oído el defensor el juez podrá declarar el fallecimiento presunto.

La legislación Argentina no se refiere al plazo entre la fecha para declarar la ausencia con resultado de muerte presunta y el desaparecimiento del ausente, sin tomar en cuenta que los bienes deben ser administrados y el ausente defendido precautelando sus derechos.

Además, abarcar una legitimación activa demasiado extensa al considerar que todos los que tengan interés podrán iniciar la presunción de fallecimiento. De igual manera la normativa no dice nada respecto de los casos ordinarios o extraordinarios en los cuales al ostentar el derecho de la declaratoria de muerte presunta no sabemos desde cuando pueden iniciar la posesión provisional o definitiva sobre los bienes del ausente, razón por la cual deberíamos interpretar que entra en posesión provisional de los bienes.

Al establecer en la normativa una ausencia simple esta no puede crear sospecha de fallecimiento ni tampoco permitir que se adopte medidas sobre los bienes del desaparecido, debido que es una ausencia simple y esta debe prolongarse por el tiempo.

La ausencia calificada se da cuando por el transcurso prolongado del tiempo en el caso ordinario o en el caso extraordinario en las circunstancias de desaparición como naufragio o accidente aéreo, etc, se presume que la persona ausente ha fallecido, en estos dos casos no existe certeza de la muerte del ausente, mas sin embargo le atribuyen la presunción de muerte porque posee determinados elementos de acuerdo con la legislación Argentina.

### **4.3. Legislación de Chile**

**Palabras clave:** Código Civil de Chile (CCDC)

La legislación chilena regula la institución jurídica muerte presunta en el capítulo 3 De la presunción de muerte por desaparecimiento en los artículos del 80 al 94 del Código Civil de Chile. (CCDC) (Ver Anexo 3)

**Comentario:**

En la legislación chilena se distinguen tres etapas las cuales son: mera ausencia, la posesión provisional y la posesión definitiva. Reconoce a la muerte presunta la cual se declara cuando haya transcurrido a lo menos cinco años.

La citación al ausente es una prueba para demostrar que no se tiene noticias del ausente. Además, en esta legislación se otorgaba un defensor para proteger los bienes e interés del ausente.

El decreto de posesión provisional es declarado por un juez al transcurrir cinco años desde el día presuntivo de la muerte.

De existir otras circunstancias para determinarse el día presuntivo de muerte en los casos de heridas graves o le sobre vino otro peligro debió transcurrir cinco años o no siendo así se adopta un término medio entre el principio y el fin de la época en que ocurrió el suceso para otorgar la posesión definitiva. Por otro lado, al existir otras circunstancias como pérdida de una nave o aeronave se otorga al transcurrir seis años y se otorga la posesión definitiva.

Este código establece un período de mera ausencia que dura cinco años o seis meses de acuerdo al caso. La posesión definitiva se otorga al cumplir cinco años cuando han transcurrido sesenta años o diez años desde las últimas noticias.

#### **4.4. Legislación de España**

**Palabras clave:** Código Civil Español (CCE)

En la legislación española la ausencia se encuentra regulada en el Código Civil Español (CCE) Título VIII De la ausencia en el Capítulo I en los artículos del 181 al 192 (Ver Anexo 4) y la Declaración de fallecimiento en el Capítulo II en los artículos del 193 al 197. (Ver Anexo 4), este CCE regula la institución de la muerte presunta a través de dos etapas.

##### **Comentario:**

Podemos concluir diciendo que la legislación española establece a la ausencia en dos diferentes capítulos, siendo 1.- la declaración de ausencia; y 2.- la declaración de fallecimiento el cual tiene los efectos de la muerte real y no la de un fallecimiento presunto.

Considerando el fallecimiento presunto como la situación jurídica mediante la cual se declara a la persona ausente como fallecida, a fin que los herederos puedan disponer de sus bienes; y por otro lado la muerte real se considera al cese definitivo e irreversible de las funciones vitales y la muerte extingue la personalidad civil, motivo por el cual los herederos o los llamados mediante la ley (órdenes sucesorios) adquieren los bienes, derechos, obligaciones y patrimonio del muerto de manera inmediata.

El código civil español puede observarse tres etapas: La ausencia de hecho, la ausencia legal y la declaratoria de fallecimiento.

Esta normativa también establece medidas provisionales anteriores a la declaración de la ausencia legal con el objetivo de precautelar y conservar el patrimonio del ausente, dentro de las medidas se nombra un defensor o un representante que en inicio será el cónyuge.

En primer momento se declara la ausencia al transcurrir uno o tres años en el caso de haber o no dejado mandatario y el efecto esencial en este periodo es otorgar la posesión temporal de los bienes a los representantes legítimos y no a los considerados dativos.

En el segundo momento al declararse el fallecimiento, este se da al haber transcurrido dos, cinco o diez años de acuerdo a cada circunstancia de posibilidad de muerte ausente, aquí el efecto es la apertura de la sucesión a favor de los herederos legítimos o testamentarios.

Esta legislación española en los dos capítulos antes mencionados no establece como efecto la terminación del matrimonio, además el período de la ausencia es considerado como

mera ausencia, en esta normativa no hay una diferenciación clara entre cada caso para declararse el fallecimiento, además establece como consecuencia de la ausencia a la declaración del fallecimiento.

#### **4.5. Legislación de México**

**Palabra Clave:** Código Civil Federal de México (CCFDM)

En la legislación de México se regula la muerte por desaparecimiento en el Título Undécimo. - De los Ausentes e Ignorados en el capítulo I De las medidas provisionales en caso de ausencia en los artículos del 648 al 668, Capítulo II De la declaración de ausencia en los artículos del 669 al 678, Capítulo III De los efectos de la declaración de ausencia en los artículos del 679 al 697, Capítulo IV De la administración de los bienes del ausente casado en los artículos del 698 al 704, Capítulo V De la presunción de muerte del ausente en los artículos del 705 al 714, Capítulo VI De los efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales del ausente en los artículos del 715 al 719, Capítulo VII Disposiciones generales en los artículos del 720 al 722. (Ver Anexo 5)

#### **Comentario:**

La legislación mexicana determina tres etapas de la declaratoria de la ausencia:

1.- medidas provisionales: no crea duda en cuanto a la existencia de la persona, aunque no se encuentre en su domicilio, por lo que se otorga medidas provisionales con el fin de conservar los bienes del ausente, además se nombra un curador provisional o un representante. Siendo lo principal en esta etapa la publicación mediante edictos, mas no el transcurso del tiempo, debido que sin la publicación no se podrá nombrar el guardador o representante.

2.- Ausencia: existen posibilidades de vida y de muerte del ausente, en esta etapa l que se quiere es saber noticias o el paradero del ausente, motivo por el cual se precautelan los interese del presunto heredero, otorgándole la posesión provisional de los bienes del ausente cuando haya transcurrido dos años desde el día en que se nombró un representante o guardador en la primera etapa.

3.- Muerte presunta: es en la que se tiene certeza respecto de la muerte del ausente y en el caso de no abrirse la sucesión en la segunda etapa se otorgará en esta etapa y se procede a otorgar la posesión definitiva de los bienes a los herederos quienes dispondrán libremente de los bienes con el único límite que reaparezca el ausente. Se decreta cuando haya transcurrido seis años desde la declaración de ausencia o si han transcurrido dos años o seis meses de acuerdo en cuál de las dos circunstancias de ausencia calificada se encuentre.

En la declaración de ausencia los efectos esenciales son la terminación de la sociedad conyugal y en la declaración de muerte presunta se termina el matrimonio y el cónyuge podrá contraer nuevo matrimonio.

### **Cuadros comparativos de las Legislaciones de Argentina, Chile, España y México.**

**Cuadro 1**

<b>Etapas de la declaración de la ausencia</b>			
<b>Argentina</b>	<b>Chile</b>	<b>España</b>	<b>México</b>
Regula la ausencia simple y la ausencia con presunción de fallecimiento en la que trata de reconocer 3 fases: 1. Mera ausencia 2. Posesión provisional 3. Posesión definitiva	1.-Mera ausencia 2.-Posesión provisional 3.-Posesión definitiva	1.-Medidas provisionales 2.-Declaración de la ausencia 3.-Presunción de muerte Este es el único país donde se debe cumplir en orden cada una de las etapas como pre requisito para pasar a las demás etapas.	1.-Medidas provisionales 2.-Declaración de la ausencia 3.-Declaración de muerte

**Cuadro 2**

<b>Plazos de la declaración de ausencia</b>			
<b>Argentina</b>	<b>Chile</b>	<b>España</b>	<b>México</b>
Pasados los seis meses, recibida la prueba y oído el defensor, el juez debe declarar el fallecimiento presunto	Se considera al desaparecimiento como mera ausencia durante los cinco años o seis meses.	Primero se otorga las medidas provisionales, las cuales no tienen un tiempo de duración debido que se toman de acuerdo con la urgencia para precautelar los bienes del ausente. La ausencia legal se da en dos supuestos: 1.- Pasado un año desde las últimas noticias si no dejo apoderado 2.- Pasado tres años si dejo apoderado	Primero se otorga medidas provisionales en defensa de los intereses del ausente, no establece un plazo de duración, puesto que se toman en virtud de la urgencia. La ausencia Pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia.

**Cuadro 3**

<b>Plazos para la declaración de fallecimiento, muerte presunta o ausencia por desaparicimiento</b>			
<b>Argentina</b>	<b>Chile</b>	<b>España</b>	<b>México</b>
<p>Hace una división de dos casos el caso ordinario y el extraordinario.</p> <p>1.- Caso Ordinario: La ausencia de una persona de su domicilio por el término de tres años, aunque exista apoderado.</p> <p>2.- Caso extraordinario:</p> <p>a.- si se encontraba en el lugar de incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante o actividad que implique el mismo riesgo, cuando haya transcurrido dos años.</p> <p>b.- Si en un buque o aeronave naufragados o perdidos cuando haya transcurrido seis meses desde el suceso.</p>	<p>1.- Persona recibió herida grave en guerra o le sobrevino otro peligro semejante y han transcurrido cinco años (Día presuntivo de muerte el de la acción de guerra o peligro, o un término medio entre el principio y fin de la época)</p> <p>2.- cuando se haya perdido toda nave o aeronave y haya transcurrido seis meses desde las últimas noticias</p> <p>3.- Pasado un año de ocurrid un sismo o catástrofe.</p>	<p>1.- Si transcurrido diez años desde las últimas noticias del ausente y a falta de ellas desde su desaparición</p> <p>2.- Pasado cinco años desde las últimas noticias y a falta de ellas desde su desaparición si al expirar el plazo hubiera el ausente cumplido sesenta y cinco años.</p> <p>3.- Cumplido un año contado desde la fecha de riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida siempre que posterior a la violencia no se tuvieron noticias de él. En caso de siniestro el plazo es de tres meses.</p>	<p>1.- Transcurrido dos años desde el nombramiento del representante</p> <p>2.- Plazo de tres años si el ausente nombró apoderado antes del suceso.</p> <p>3.- cuando ha transcurrido seis años desde la declaración de ausencia.</p>
<p>Se fija como día presuntivo del fallecimiento.</p> <p>a.- En caso ordinario el último día del primer año y medio</p> <p>b.- En el caso extraordinario el día del suceso y de no estar determinado se establece el día del término medio.</p> <p>c.- segundo caso extraordinario es el último día noticias del buque o aeronave perdidos.</p>	<p>El Juez fijará, como día presuntivo de la muerte, el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias.</p>	<p>La declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal.</p>	<p>Pasados cuatro meses desde la fecha de la última publicación, si no hubiere noticias del ausente ni oposición de algún interesado, el juez declarará en forma la ausencia.</p>

**Cuadro 4**

<b>Efectos de las medidas provisionales antes de la ausencia.</b>			
<b>Argentina</b>	<b>Chile</b>	<b>España</b>	<b>México</b>
En esta legislación no se establecen medidas provisionales.	En esta legislación no se establecen medidas provisionales.	1.- Nombrar un defensor judicial y extrajudicial 2.- facultad para precautelar los bienes e intereses del ausente.	1.- Nombrar un depositario 2.- se debe buscar el paradero y al ausente 3.- las medidas provisionales son para asegurar y resguardar los bienes.

**Cuadro 5**

<b>Efectos de la posesión provisional</b>			
<b>Argentina</b>	<b>Chile</b>	<b>España</b>	<b>México</b>
Aunque esa legislación no hace una diferenciación clara entre la posesión provisional y definitiva. Debemos entender que los efectos de la provisional son: 1.- Señala el día presuntivo de fallecimiento 2.- Nombrar un defensor que lo represente judicial y extrajudicial 3.- Nombrar un curador de los bienes 4.- Se otorga la posesión provisional de los bienes a los herederos previo inventario y fianza.	1.- Queda disuelta la sociedad conyugal 2.- publicación y apertura de testamento 3.- posesión se otorga a los herederos presuntos, previo inventario solemne 4.- Podrán vender muebles o todos si el juez lo autoriza por causa de necesidad o utilidad, mediante pública subasta. 5.- Al entrar en posesión deberán prestar caución.	1.- Se da la posesión temporal de los bienes previa garantía que asegure los bienes del ausente.	En esta legislación no se establecen efectos provisionales.

**Cuadro 6**

<b>Efectos de la posesión definitiva</b>			
<b>Argentina</b>	<b>Chile</b>	<b>España</b>	<b>México</b>
En el código de este país no existe un capítulo propio dedicado a la posesión definitiva, sin embargo, los efectos son: 1.- Se otorga la posesión definitiva de los bienes a los herederos presuntos 2.- Se disuelve la sociedad conyugal que haya existido.	1.- Se cancelan las cauciones 2.- cesan las restricciones impuestas en la posesión provisional 3.- Se abre la sucesión del desaparecido de acuerdo con las reglas generales. 4.- quienes tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido como los propietarios y fideicomisarios de bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios, y en general todos.	1.- se otorga la posesión definitiva de los bienes de forma libre.	En esta legislación no se establecen efectos de posesión definitiva.

**Cuadro 7**

<b>Existencia de la muerte presunta y efectos</b>			
<b>Argentina</b>	<b>Chile</b>	<b>España</b>	<b>México</b>
Si existe la declaratoria  Los efectos de la muerte presunta son los mismos que en la posesión provisional y la definitiva.	Si existe la declaratoria	Si existe la declaratoria Los efectos de la muerte presunta: 1.- Cesa la ausencia legal 2.- Se apertura la sucesión	Si existe la declaratoria. Los efectos de la muerte presunta: 1.- se otorga la posesión definitiva. 2.- Cesan las garantías de los poseedores provisionales 3.-Se da por Terminado el vínculo conyugal.

**Conclusión Capítulo IV:**

En conclusión, este capítulo tiene como objetivo analizar las diferentes legislaciones y situaciones respecto de la posesión provisional la cual necesita una revisión que permita una mejor aplicación de plazos en este período teniendo como antecedente la legislación ecuatoriana analizada en los capítulos anteriores.

En este capítulo analizo aspectos de vida jurídica civil y no procedimental, en los países mencionados, en la cual encontramos que la etapa de la posesión provisional y la muerte presunta se encuentran reguladas en el código civil de cada país. Luego de este estudio surge la posibilidad de regular de manera diferente este período en consideración de las legislaciones de Argentina, Chile, España y México.

Las etapas o fases de acuerdo a cada legislación donde se pretende declarar la muerte presunta en las cuales encontramos que no existe una uniformidad de criterios con relación a los plazos para la declaración de la ausencia y posterior muerte presunta los mismos que son diferentes en cada legislación.

Al estudiar las diferentes legislaciones podemos dilucidar de manera más clara a la institución de la muerte presunta con referencia a la posesión provisional y la necesidad de ser reformados los plazos establecidos, determinar cuáles son las etapas y efectos que encontramos en las diferentes legislaciones con relación al ausente, sus bienes y derechos en las legislaciones de Argentina, Chile, España y México comparada con nuestra legislación ecuatoriana.

Del análisis de las legislaciones no existe un plazo fijo para la declaración de ausencia o declaración de muerte presunta, por lo que cada uno de los países analizados determinan diferente momentos y requisitos para la declaración, determinándose que esta institución jurídica es de suma importancia en las diferentes legislaciones, puesto que con el avance tecnológico y de telecomunicaciones que vive el mundo se hace innecesario dilatar los plazos para declarar la ausencia y la muerte presunta por este motivo las legislaciones analizadas han establecido plazos más cortos.

## Conclusiones Generales

Al culminar el desarrollo de esta investigación en lo que concierne al análisis crítico de la institución de la muerte presunta: Necesidad de innovar la regulación actual, al estudiar un panorama más claro donde se establecen las causas que lo generan, efectos jurídicos, el proceso a seguirse en nuestra legislación ecuatoriana, las complicaciones de esta institución jurídica y por último el análisis de su funcionamiento en las diferentes legislaciones, se llega a las siguientes conclusiones:

- Luego del estudio, debemos coincidir en el hecho de que el término ausencia tiene un significado diferente al de desaparición, siendo la ausencia cuando la persona no se encuentra en su lugar de domicilio o residencia, la cual no implica la menor incertidumbre sobre la vida o muerte; y la desaparición se da cuando la persona deja de tener contacto con los suyos no se tiene noticias de su paradero y conforme pasa el tiempo se hace más convincente la idea que la persona ha muerto, en tal razón nuestra legislación ecuatoriana no coincide con el significado del término ausente expuesto por Planiol & Ripert, debido que nuestro Código confunde el término ausente con desaparecido al expresar en el artículo 66 “Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive (...)”, en todo caso el término correcto es ausente para el caso general y el término desaparecido para el caso especial según lo aportado por los tratadistas antes mencionados.
- La muerte presunta, es una institución jurídica óptima para proteger y resguardar el patrimonio, los bienes, derechos y obligaciones del desaparecido y también de las demás personas que puedan tener interés.
- Los plazos establecidos en el Código Civil para la declaración de la muerte presunta, no son los apropiados en el siglo XXI, ya que en la actualidad se debe considerar el avance de la tecnología, internet, medios comunicaciones, etc., que posibilitan que las comunicaciones sean más rápidas para contactar al desaparecido, por lo que resulta innecesario dilatar los plazos, como en las épocas pasadas, los cuales deberían ser reducidos.

- El Código Civil establecía una aplicación correcta del principio de publicidad puesto que se debía publicar en el Registro Oficial, en el periódico de la Capital de la República del Ecuador y en el domicilio del desaparecido para que en el caso de reaparecer pueda ejercer sus derechos, mientras que con la implementación del COGEP se hace las publicaciones en el periódico de amplia circulación del lugar y de no haberlo se hará en el de la capital o sino en el de circulación nacional, pero consideramos que para un tema de eficacia y certeza se debería realizar tomando en cuenta como se procedía antes con las normas expresas del Código Civil, que las publicaciones se hagan a nivel nacional porque es la declaratoria de muerte presunta al ser un tema complejo requeriría de esta protección y cobertura nacional que antes existía.
- En la posesión Provisional, dilucidamos que su naturaleza jurídica es una institución sui generis, siguiendo el criterio del Dr. Juan Larrea Holguín, debido a que se rige por su propia normativa y de ninguna manera existiría una teoría que pueda identificarla con el usufructo, mera tenencia o propiedad.
- El procedimiento voluntario es el que, por su naturaleza o por cuanto son temas que se resuelven sin contradicción, resulta idóneo para resolver la declaración de muerte presunta ante el juez competente, pues así se ha pronunciado la Corte Nacional al absolver la consulta sobre la muerte presunta. Como según la quimérica posición del COGEP de establecer la unificación de los trámites, se debe optar por uno de los previstos en el COGEP, resulta que debemos acoplar este trámite al voluntario.
- Todas las legislaciones estudiadas como: Argentina, Chile, España y México, no tienen un factor común en cuanto a la determinación de las etapas para la declaración de ausencia, pero tiene un objetivo común, pues todas buscan de alguna manera proteger los bienes y patrimonio de la persona que se encuentra ausente, además de reducir de manera considerable los plazos, volviéndolos más convenientes y acertados a la época actual, las cuales permiten resguardar y precautelar los bienes e intereses del ausente, ejemplo que deberían seguir nuestros legisladores.
- El término declaratoria de muerte presunta que utiliza nuestra legislación es correcta, mas no la que sostienen las otras legislaciones que es una declaratoria de ausencia por desaparecimiento.

## Recomendaciones

- Que nuestros legisladores reformen el Código Civil de acuerdo con los criterios doctrinarios analizados, permitiendo realizar una correcta definición de los términos ausente y desaparecido en nuestra legislación, para de esta manera dejar de seguirlos usando como sinónimos.
- Innovar la regulación actual de la legislación civil, reduciendo los términos para acoplarla de acuerdo a las nuevas circunstancias que viven el mundo y específicamente a nuestra sociedad con el avance tecnológico, internet, medios de comunicación, etc., que nos permiten de manera más eficaz conocer si la persona se encuentra desaparecida o no.
- Se impulse la reformativa del Código Civil, del artículo 67 en los numerales 1 y 6, revisando los plazos en los casos generales y especiales, porque los plazos de dos años y seis meses respectivamente, son muy amplios, sugerimos su modificación por seis meses y dos meses, para precautelar los intereses de los herederos presuntos o quienes tengan interés en los bienes del desaparecido y no queden en la indefensión de sus derechos.
- Promover la investigación de la institución jurídica muerte presunta, estudiando minuciosamente las diferencias en los casos generales y casos especiales a fin de evitar incongruencias procedimentales, derivada de la falta actual de dominio práctico sobre esta institución, que teniendo trámite propio el cual estaba establecido en el Código Civil tiene que acoplarse al planteado por el COGEP.
- al no tener un trámite propio y tener que acoplarse al planteado por el COGEP.
- Es necesario que los legisladores al crear o expedir la norma, se relacionen e investiguen el tema que pretendan introducir en el ordenamiento jurídico, con el objetivo que sea más acorde a la realidad que vivimos y no solo basarse en las experiencias obtenidas de las realidades de otros países, pues, no todas las sociedades, tienen el mismo desarrollo social y jurídico.
- Las reglas del proceso y los términos deben ser claros para que no den lugar a interpretaciones abusivas o inclusive dolosas, eso de acuerdo al proceso voluntario y la función de la prueba.

## Bibliografía

- AGUILAR GORRONDONA, J. L. (2000). *DERECHO CIVIL PERSONAS 14 AVA*. CARACAS: SUCRE.
- ALESSANDRI, A., & SOMARRIVA, M. (1971). *CURSO DE DERECHO CIVIL PARTE GENERAL Y LOS SUJETOS DE DERECHO, 2DA PARTE* . SANTIAGO DE CHILE : EDITORIAL NASCIMENTO .
- ALSINA, H. (1963). *DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL* . BUENOS AIRES: EDITAR .
- Avila, A., & Terán, F. (2010). *Informe de la Comision de la Verdad Ecuador 2010, Tomo: Relatos de casos. Periodo 1989-2008*. Ecuador : Ediecuatorial.
- BAQUEIRO ROJAS, E., & BUENROSTRO BÁEZ, R. (2004). *DERECHO CIVIL. INTRODUCCIÓN Y PERSONAS* . MEXICO: OXFORD UNIVERSITY PRESS.
- BARROS ERRAZURIZ, A. (1930 ). *Curso de Derecho Civil, Volumen IV*. Santiago de Chile: Nascim.
- Blacio Aguirre, R. (26 de marzo de 2010). *DERECHO COMPARADO*. Obtenido de Derecho Ecuador : <https://www.derechoecuador.com/derecho-comparado-0>
- Borda, G. (1994). *Tratado de Derecho Civil Sucesiones, TOMO I*. BUENOS AIRES, ARGENTINA : PERROT .
- BORJA CEVALLOS, R. (1971). *DERECHO POLITICO Y CONSTITUCIONAL* . QUITO : EDITORIAL CASA DE LA CULTURA ECUATORIANA.
- Borja, L. F. (1908). *Estudios sobre el código Civil Chileno, Volumen 3*.
- CABANELLAS, G. (1997). *DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL* . HELIASTRA
- CEVALLOS, R. (2005). *CÓDIGO CIVIL EN PREGUNTAS*. QUITO : JURÍDICA DEL ECUADOR.
- CHIOVENDA, G. (2005). *INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL* . VALLETTA EDICIONES .

- CLARO SOLAR, L. (2013). *DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO* . CHILE: EDITORIAL JURIDICA DE CHILE .
- *Código Civil Ecuatoriano* . (2005). Corporacion de Estudios y Publicaciones .
- *Código Orgánico de la Funcion Judicial* . (2011). Quito-Ecuador : Cosporación de Estudios y Publicaciones.
- *Código Orgánico General de Procesos*. (2016). Quito- Ecuador: Corpocación de Estudios y Publicaciones.
- COELLAR ESPINOZA, M. (1992). *Derecho de Personas*. Cuenca, Ecuador: Universidad de Cuenca.
- COELLO, H. (2004). *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, SEGUNDA EDICION* . CUENCA: FUNDACIÓN CHICO PEÑAHERRERA.
- COLEGIOS MEDICOS, Y. F. (1979). *diagnosis de la muerte. diagnosis de la muerte*.
- COLIN, A., & CAPITANT, H. (1952). *CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL* . MADRID: INSTITUTO EDITAORIAL REUS .
- COLOMER HERNÁNDEZ, I. (2003). *LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS: SUS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES* . VALENCIA : EDITORIAL TIRANT LO BLANCH .
- Cordova Alvarez, P. (1984). *El nuevo concepto de Persona y su Repercusion en el Derecho* . Cuenca, Ecuador : Universidad de Cuenca .
- CORRAL TALCIANI, H. (2018). *DERECHO CIVIL PARTE GENERAL* . CHILE : THOMSON REUTERS.
- *CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO ANZUALDO CASTRO VS. PERÚ*. (22 de SEPTIEMBRE de 2009). Obtenido de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_202\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf)

- *CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, DIALOGOS JUDICIALES, NUEVAS PROYECCIONES DEL DERECHO PROCESAL*. (2015). QUITO- ECUADOR: EDITORIAL CORTE NACIONAL DE JUSTICIA .
- COUTO, R. (2008). *DERECHO CIVIL PERSONAS, VOLUMEN 3*. EDITORIAL JURIDICA UNIVERSITARIA .
- Coviello, N. (1949). *Doctrina General del Derecho Civil, 4a Edicion* . Mexico : Hispano- Americana .
- COVIELLO, N. (2017). *DOCTRINA GENERAL DEL DERECHO CIVIL* . SANTIAGO DE CHILE : EDICIONES JURIDICAS OLEJNIK.
- DE LA FUENTE, A. (2013). *TEMAS SELECTOS DE DERECHO PROCESAL I* . MEXICO : MIGUEL ÁNGEL PORRÚA.
- DEL ROSARIO CARDENAS, K. E., TORRES TORRES, A. G., & VILELA PINCAY, W. E. (2019). LA PRESUNCION DE MUERTE POR DESAPARECIMIENTO EN LA NORMATIVA ECUATORIANA. *UNIVERSIDAD Y SOCIEDAD , REVISTA CIENTIFICA DE LA UNIVERSIDAD DE CIENFUEGOS*, 54-60.
- *DERECHO PROCESAL CIVIL , TOMO I, SEPTIMA EDICION* . (2005). VALENCIA : TIRANT LO BLANCH.
- DUCCI, C. (2014). *DERECHO CIVIL* . SANTIAGO DE CHILE: JURIDICA DE CHILE.
- *Enciclopedia Juridica* . (2020). Obtenido de Enciclopedia Juridica Web Site : <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/posesion/posesion.htm>
- ESCOBAR ALZATE, J. (2010). *MANUAL DE TEORIA GENERAL DEL PROCESO: FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES*. COLOMBIA : UNIVERSIDAD DE IBAGUÉ.
- Española, R. A. (s.f.). *Real Academia de la Lengua Española* . Obtenido de <https://www.rae.es/>

- ESPÍN CANOVAS, D. M. (1977). *MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL.VOL. I*. MADRID, ESPAÑA: REVISTA DE DERECHO PRIVADO.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. A. (2012). *DERECHO DE LAS PERSONAS,TOMO I*. PERU : GRIJLEY- IUSTITIA.
- ESPINOZA, M. C. (s.f.). *PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO CIVIL PERSONAS* .
- FERRANTE, A. (2016). ENTRE DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO: UNA APROXIMACION A LA COMPARACION JURIDICA. *REVISTA CHILENA DE DERECHO SCIELO* , 601-618. Obtenido de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372016000200010](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000200010)
- Ferreyra, A. &. (2009). *MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL* . BUENOS AIRES, ARGENTINA : EDITORIAL ALVERONI.
- Friend Macias, R. &. (2018). Relacion Juridica entre la Muerte Presunta y la Desaparicion Forzada segun el Código Civil , Volumen V. *USFQ LAW REVIEW* , 16.
- FRIEND MACIAS, R., & NAVEDA VERA, M. C. (2018). RELACION JURIDICA ENRE LA MUERTE PRESUNTA Y DESAPARICIÓN FORZADA SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL, VOLUMEN V . *USFQ LAW REVIEW*, 97.
- Galindo Garfias, I. (1987). *Derecho Civil, Octava Edicion*. Mexico: Porrúa S.A.
- Georges, R. &. (s.f.). *Tratado de Derecho Civil segun el tratado de Planiol, Tomo II, Volumen II*. Buenos Aires, Argentina : La Ley .
- GRATERÓN GARRIDO, M. S. (2014). *DERECHO CIVIL I PERSONAS, SEGUNDA EDICION*. CARACAS: EDICIONES PAREDES.
- GUASP, J. (2006). *DERECHO PROCESAL CIVIL, TOMO II, SÉPTIMA EDICIÓN* . EDITORIAL ARANZADI S.A. .

- *Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Atencion integral a victimas de tortura en procesos de litigio.* (2007). San jose: Mundo grafico de San Jose.
- Larrea Holguin, J. (1989). *Derecho Civil del Ecuador, Edicion 3a.* Quito, Ecuador: Corporacion de Estudio y Publicaciones.
- LARREA HOLGUIN, J. (2008). *Enciclopedia Juridica Ecuatoriana, Tomo I.* Ecuador: Edicion Universitaria, Voces de Derecho Civil.
- LARREA HOLGUIN, J. (2008). *MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR, VOLUMEN I.* QUITO: CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.
- LEHMANN, H. (1956). *PARTE GENERAL .* MADRID : REVISTA DE DERECHO PRIVADO.
- Llambias, J. J. (1997). *Tratado de Derecho Civil II.* Buenos Aires, Argentina : Artes Graficas Candil.
- LOPEZ SUAREZ, D. (ABRIL de 2017). *LEXVALOR.COM.* Obtenido de <https://www.lexvalor.com/ci/index.php/lex/actualidad/content/15#:~:text=Principios%3A,buena%20fe%20procesal%2C%20entre%20otros>.
- MAC-GREGOR, E. F., & JESÚS, G. M. (2019). *DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS Y DERECHO A LA VERDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.* MÉXICO: Editorial del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- MARIN PEREZ, P. (1984). *DERECHO CIVIL VOL. III.* MADRID: TECNOS.
- Morales Alvarez, J. (1992). *Derecho Civil: Personas y familia.* Cuenca: Universidad del Azuay.
- MORAN SARMIENTO, R. E. (2007). *DERECHO PROCESAL CIVIL PRÁCTICO, TOMO II, SEGUNDA EDICIÓN .* GUAYAQUIL, ECUADOR : EDILEX S.A.

- NIETO GARCIA, A. (1998). *EL ARTE DE HACER SENTENCIAS O TERORIAS DE LA RESOLUCION JUDICIAL* . MADRID : FUNDACIÓN COPY LEFT.
- Ortiz Alzate, J. J. (2010). Sujetos Porcesales. Partes, terceros e intervinientes. *Revista Facultad de Derecho. Ratio Juris Vol. 5 No 10* , 49-63.
- PALIARES, E. (1960). *DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL* . MEXICO : PORRÚA .
- Parra Benitez, J. (1990). *Manual de Derecho Civil* . Bogotá, Colombia : Temis .
- Parraguez Ruiz, L. (1981). *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Volumen I*. Quito, Ecuador: Graficas Mediavilla.
- PEÑAHERRERA, V. M. (1958). *LECCIONES DE DERECHO PRACTICO CIVIL Y PENAL* . QUITO - ECUADOR : Talleres gráficos de educación.
- PEREZ GALLARDO, L. B. (2008). *La Declaracion Judicial de Presuncion de Muerte: Una Aproximacion Topica a su Estudio*.
- PEREZ PASCUAL, M. (1983). *DERECHO CIVIL, VOL. I* . MADRID: TECNOS.
- PESCIO VARGAS, V. (1958). *MANUAL DE DERECHO CIVIL* . SANTIAGO DE CHILE : EDITORIAL JURIDICA DE CHILE .
- Piedra, O. (2017). *Apuntes de Derecho Procesal Civil* . Cuenca-Ecuador : UDA.
- PODETTI, R. (1963). *TEORÍA Y TÉCNICA DEL PROCESO CIVIL Y TRIOLOGÍAS ESTRUCTURAL DE LAS CIENCIAS DEL PROCESO CIVIL*. BUENOS AIRES: EDIAR.
- RAMÍREZ ROMERO, C. (2015). *PRINCIPALES CUESTIONES ACERCA DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS EN PREGUNTAS Y RESPUESTAS*. QUITO : EDITORIAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.
- Ripert, P. y. (1945). *Tratado Practico de Derecho Civil Frances, Tomo I* . La Habana, Cuba : Cultural S.A. .

- RIVAS CADENA, L. (1980). *DERECHO CIVIL, TOMO II*. EDITORIAL CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.
- RODLEY, N. (1999). *THE TREATMENT OF PRISONERS IN INTERNATIONAL LAW* . OXFORD.
- Ruz, G. (2011). *EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL, VOLUMEN I* . SANTIAGO DE CHILE : LEGAL PUBLISHING CHILE .
- SANCHEZ DE BUSTAMANTE, A. (2005, Artículo 83). *CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*.
- SATTA, S. (2001). *DERECHO PROCESAL CIVIL* . VENEZUELA: LA LEY .
- Solar, L. C. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo XIII*. Santiago de Chile, Chile: EDITORIAL JURIDICA DE CHILE.
- TARUFFO, M. (2009). *LA MOTIVACION DE LA SENTENCIA* . MADRID : EDITORIAL MARCIAL PONS .
- Valencia Zea, A. (1974). *Derecho Civil, Tomo I, Sexta Edicion* . Bogotá, Colombia: TEMIS .
- VALENCIA ZEA, A. (1974). *DERECHO CIVIL, TOMO I, SEXTA EDICION* . BOGOTÁ: EDITORIAL TEMIS .
- VARGAS, A. E. (1991). *MEDICINA FORENSE Y DEONTOLOGIA MEDICA, CIENCIA FORENSE PARA MEDICOS Y ABOGADOS* . MEXICO: TRILLAS.
- Velasco Celleri, E. (1996). *Teoria y Practica del Juicio Ordinario, Primera Edicion* . Quito : Pudeleco, Publicaciones de Legislación, Cia. Ltda.
- VILLAREAL, M. T. (2014). *RESPUESTA ANTE LA DESAPARICION DE PERSONAS* .

## **Anexos**

**Anexos 1:** Transcripción del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)- Procedimiento Voluntario

### **“CAPÍTULO IV**

### **PROCEDIMIENTOS VOLUNTARIOS**

#### **SECCION I**

#### **REGLAS GENERALES**

##### **Art. 334.- Procedencia.**

Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes:

1. Pago por consignación.
2. Rendición de cuentas,
3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes.
4. Inventario, en los casos previstos en este capítulo.
5. Partición.
6. Autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda.

**334.1** También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción.

##### **Art. 335.- Procedimiento.**

Se iniciarán por solicitud que contendrá los mismos requisitos de la demanda.

**335.1** La o el juzgador calificará la solicitud. Si se admite la solicitud, la o el juzgador dispondrá la citación de todas las personas interesadas o de quienes puedan tener interés en el asunto. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, la o el juzgador podrá requerir la información a la o el interesado, con respecto al domicilio o residencia y otros datos necesarios de quienes deban ser citados.

**335.2** La o el juzgador convocará a audiencia en un término no menor a diez días ni mayor a veinte días siguientes a la citación. En dicha audiencia, escuchará a los concurrentes y se practicarán las pruebas que sean pertinentes. A continuación, aprobará o negará lo solicitado.

**Art. 336.- Oposición.**

Las personas citadas o cualquier otra que acredite interés jurídico en el asunto, podrán oponerse por escrito hasta antes de que se convoque a la audiencia.

**336.1** La oposición deberá cumplir los mismos requisitos de la contestación a la demanda.

**336.2** La o el juzgador inadmitirá la oposición cuando sea propuesta sin fundamento o con el propósito de retardar el procedimiento. En los demás casos, se entenderá que ha surgido una controversia que deberá sustanciarse por la vía sumaria, teniéndose la solicitud inicial como demanda y la oposición como contestación a la demanda. En tal caso, la o el juzgador concederá a las partes el término de quince días para que anuncien las pruebas, hecho lo cual se convocará a la audiencia.

**Art. 337.- Recursos.**

Será apelable la providencia que inadmita la solicitud inicial y la resolución que la niegue.

**337.1** Las demás providencias que se pronuncien solo serán susceptibles de aclaración, ampliación, reforma y revocatoria.” (2016)

**Anexos 2:** Transcripción de la Legislación Argentina del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC)- Capítulo 6.- Ausencia y Capítulo 7.- Presunción de fallecimiento.

## **“Capítulo 6. Ausencia**

### **Artículo 79. Ausencia simple**

Si una persona ha desaparecido de su domicilio, sin tenerse noticias de ella, y sin haber dejado apoderado, puede designarse un curador a sus bienes si el cuidado de éstos lo exige. La misma regla se debe aplicar si existe apoderado, pero sus poderes son insuficientes o no desempeña convenientemente el mandato.

### **Artículo 80. Legitimados**

Pueden pedir la declaración de ausencia, el Ministerio Público y toda persona que tenga interés legítimo respecto de los bienes del ausente

### **Artículo 81. Juez competente**

Es competente el juez del domicilio del ausente. Si éste no lo tuvo en el país, o no es conocido, es competente el juez del lugar en donde existan bienes cuyo cuidado es necesario; si existen bienes en distintas jurisdicciones, el que haya prevenido.

### **Artículo 82. Procedimiento**

**82.1** El presunto ausente debe ser citado por edictos durante cinco días, y si vencido el plazo no comparece, se debe dar intervención al defensor oficial o en su defecto, nombrarse defensor al ausente. El Ministerio Público es parte necesaria en el juicio.

**82.2** Si antes de la declaración de ausencia se promueven acciones contra el ausente, debe representarlo el defensor.

**82.3** En caso de urgencia, el juez puede designar un administrador provisional o adoptar las medidas que las circunstancias aconsejan.

### **Artículo 83. Sentencia**

**83.1** Oído el defensor, si concurren los extremos legales, se debe declarar la ausencia y nombrar curador. Para la designación se debe estar a lo previsto para el discernimiento de curatela.

**83.2** El curador sólo puede realizar los actos de conservación y administración ordinaria de los bienes. Todo acto que exceda la administración ordinaria debe ser autorizado por el juez; la autorización debe ser otorgada sólo en caso de necesidad evidente e impostergable.

**83.3** Los frutos de los bienes administrados deben ser utilizados para el sostenimiento de los descendientes, cónyuge, conviviente y ascendientes del ausente.

#### **Artículo 84. Conclusión de la curatela**

Termina la curatela del ausente por:

- a) la presentación del ausente, personalmente o por apoderado;
- b) su muerte;
- c) su fallecimiento presunto judicialmente declarado.

### **Capítulo 7. Presunción de fallecimiento**

#### **Artículo 85. Caso ordinario**

La ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento, aunque haya dejado apoderado. El plazo debe contarse desde la fecha de la última noticia del ausente.

#### **Artículo 86. Casos extraordinarios**

Se presume también el fallecimiento de un ausente: a) si por última vez se encontró en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido; b) si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.

#### **Artículo 87. Legitimados**

Cualquiera que tenga algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate, puede pedir la declaración de fallecimiento presunto, justificando los extremos legales y la realización

de diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente. Es competente el juez del domicilio del ausente.

#### **Artículo 88. Procedimiento.**

Curador a los bienes El juez debe nombrar defensor al ausente o dar intervención al defensor oficial, y citar a aquél por edictos una vez por mes durante seis meses. También debe designar un curador a sus bienes, si no hay mandatario con poderes suficientes, o si por cualquier causa aquél no desempeña correctamente el mandato. La declaración de simple ausencia no constituye presupuesto necesario para la declaración de fallecimiento presunto, ni suple la comprobación de las diligencias realizadas para conocer la existencia del ausente.

#### **Artículo 89. Declaración del fallecimiento presunto**

Pasados los seis meses, recibida la prueba y oído el defensor, el juez debe declarar el fallecimiento presunto si están acreditados los extremos legales, fijar el día presuntivo del fallecimiento y disponer la inscripción de la sentencia.

#### **Artículo 90. Día presuntivo del fallecimiento**

Debe fijarse como día presuntivo del fallecimiento: a) en el caso ordinario, el último día del primer año y medio; b) en el primero de los casos extraordinarios, el día del suceso, y si no está determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido; c) en el segundo caso extraordinario, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdidos; d) si es posible, la sentencia debe determinar también la hora presuntiva del fallecimiento; en caso contrario, se tiene por sucedido a la expiración del día declarado como presuntivo del fallecimiento.

#### **Artículo 91. Entrega de los bienes.**

Inventario Los herederos y los legatarios deben recibir los bienes del declarado presuntamente fallecido, previa formación de inventario. El dominio debe inscribirse en el registro correspondiente con la prenotación del caso; puede hacerse la partición de los bienes, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial. Si entregados los bienes se presenta el ausente o se tiene noticia cierta de su existencia, queda sin efecto la declaración de fallecimiento, procediéndose a la devolución de aquéllos a petición del interesado.

## **Artículo 92. Conclusión de la prenotación**

La prenotación queda sin efecto transcurridos cinco años desde la fecha presuntiva del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona. Desde ese momento puede disponerse libremente de los bienes. Si el ausente reaparece puede reclamar:

- a. la entrega de los bienes que existen en el estado en que se encuentran;
- b. los adquiridos con el valor de los que faltan;
- c. el precio adeudado de los enajenados;
- d. los frutos no consumidos”

**Anexos 3:** Transcripción de la Legislación de Chile del Código Civil Chileno (CCDC) Capítulo 3. De la Presunción de muerte por desaparecimiento

**“3. De la presunción de muerte por desaparecimiento**

**Art. 80.**

Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive, y verificándose las condiciones que van a expresarse.

**Art. 81.**

1º La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han transcurrido a lo menos cinco años.

2º Entre estas pruebas será de rigor la citación del desaparecido; que deberá haberse repetido hasta por tres veces en el periódico oficial, corriendo más de dos meses entre cada dos citaciones.

3º La declaración podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ella, con tal que hayan transcurrido tres meses al menos desde la última citación.

4º Será oído, para proceder a la declaración, y en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor de ausentes; y el juez, a petición del defensor, o de cualquiera persona que tenga interés en ello, o de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, si no las estimare satisfactorias, las otras que según las circunstancias convengan.

5º Todas las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, se insertarán en el periódico oficial.

6º El juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos cinco años desde la misma fecha, concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido.

7º Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces cinco años y practicándose la justificación y citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra o peligro, o, no siendo

enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

**8º** Se reputará perdida toda nave o aeronave que no apareciere a los seis meses de la fecha de las últimas noticias que de ella se tuvieron. Expirado este plazo, cualquiera que tenga interés en ello podrá provocar la declaración de presunción de muerte de los que se encontraban en la nave o aeronave. El juez fijará el día presuntivo de la muerte en conformidad al número que precede, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes de los desaparecidos.

**8.1** Si se encontrare la nave o aeronave naufraga o perdida, o sus restos, se aplicarán las mismas normas del inciso anterior, siempre que no pudieren ubicarse los cuerpos de todos o algunos de sus ocupantes, o identificarse los restos de los que fueren hallados.

**8.2** Si durante la navegación o aeronavegación cayere al mar o a tierra un tripulante o viajero y desapareciere sin encontrarse sus restos, el juez procederá en la forma señalada en los incisos anteriores; pero deberá haber constancia en autos de que en el sumario instruido por las autoridades marítimas o aéreas ha quedado fehacientemente demostrada la desaparición de esas personas y la imposibilidad de que estén vivas.

**8.3** En estos casos no regirán lo dispuesto en el número 2º, ni el plazo establecido en el número 3º; pero será de rigor oír a la Dirección General de la Armada o a la Dirección General de Aeronáutica, según se trate de nave o de aeronave.

**9º** Después de un año de ocurrido un sismo o catástrofe que provoque o haya podido provocar Art. 18 la muerte de numerosas personas en determinadas poblaciones o regiones, cualquiera que tenga interés en ello podrá pedir la declaración de muerte presunta de los desaparecidos que habitaban en esas poblaciones o regiones.

**9.1** En este caso, la citación de los desaparecidos se hará mediante un aviso publicado por una vez en el Art. séptimo, Diario Oficial correspondiente a los días primero o N° 1 quince, o al día siguiente hábil, si no se ha publicado en las fechas indicadas, y por dos veces en un diario de la comuna o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere, corriendo no menos de quince días entre estas dos publicaciones. El juez podrá ordenar que por un mismo aviso se cite a dos o más desaparecidos.

**9.1** El juez fijará, como día presuntivo de la muerte el del sismo, catástrofe o fenómeno natural y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes de los desaparecidos, pero será de rigor oír al Defensor de Ausentes.

**Art. 82.**

El juez concederá la posesión definitiva, en lugar de la provisoria, si, cumplidos los dichos Art. Único cinco años, se probare que han transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido. Podrá asimismo concederla, transcurridos que sean diez años desde la fecha de las últimas noticias; cualquiera que fuese, a la expiración de dichos diez años, la edad del desaparecido si viviese.

**Art. 83.**

Durante los cinco años o seis meses prescritos en los números 6º, 7º y 8º del artículo 81, Art. 1º se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, y cuidarán de los intereses del desaparecido sus apoderados o representantes legales.

**Art. 84.**

En virtud del decreto de posesión provisoria, quedará disuelta la sociedad conyugal o Art. 28, Nº 1 terminará la participación en los gananciales, según cual hubiera habido con el desaparecido; se procederá a la apertura y publicación del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno, y se dará posesión provisoria a los herederos presuntivos.

No presentándose herederos, se procederá en conformidad a lo prevenido para igual caso en el Libro III, título De la apertura de la sucesión.

**Art. 85.**

Se entienden por herederos presuntivos del desaparecido los testamentarios o legítimos que lo eran a la fecha de la muerte presunta.

El patrimonio en que se presume que suceden, comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta.

**Art. 86.**

Los poseedores provisorios formarán ante todo un inventario solemne de los bienes, o revisarán y rectificarán con la misma solemnidad el inventario que exista.

**Art. 87.**

Los poseedores provisorios representarán a la sucesión en las acciones y defensas contra terceros.

**Art. 88.**

Los poseedores provisorios podrán desde luego vender una parte de los muebles o todos ellos, si el juez lo creyere conveniente, oído el defensor de ausentes.

Los bienes raíces del desaparecido no podrán enajenarse ni hipotecarse antes de la posesión definitiva, sino por causa necesaria o de utilidad evidente, declarada por el juez con conocimiento de causa, y con audiencia del defensor.

La venta de cualquiera parte de los bienes del desaparecido se hará en pública subasta.

**Art. 89.**

Cada uno de los poseedores provisorios prestará caución de conservación y restitución, y hará suyos los respectivos frutos e intereses.

**Art. 90.**

Si durante la posesión provisoria no reapareciere el desaparecido, o no se tuvieren noticias que motivaren la distribución de sus bienes según las reglas generales, se decretará la posesión definitiva y se cancelarán las cauciones.

En virtud de la posesión definitiva cesan las restricciones impuestas por el artículo 88.

Si no hubiere precedido posesión provisoria, por el decreto de posesión definitiva se abrirá la sucesión del desaparecido según las reglas generales.

**Art. 91.**

Decretada la posesión definitiva, los propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios, y en general todos aquellos que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte.

**Art. 92.**

**92.1** El que reclama un derecho para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado a probar que el desaparecido ha muerto verdaderamente en esa fecha; y mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho en los términos de los artículos precedentes.

**92.2** Y, por el contrario, todo el que reclama un derecho para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto antes o después de esa fecha, estará obligado a probarlo; y sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros, ni exigirles responsabilidad alguna.

**Art. 93.**

El decreto de posesión definitiva podrá rescindirse a favor del desaparecido si reapareciere, o de sus legitimarios habidos durante el desaparecimiento, o de su cónyuge por matrimonio contraído en la misma época.

**Art. 94.**

En la rescisión del decreto de posesión definitiva se observarán las reglas que siguen:

1ª El desaparecido podrá pedir la rescisión en cualquier tiempo que se presente, o que haga constar su existencia.

2ª Las demás personas no podrán pedirla sino dentro de los respectivos plazos de prescripción contados desde la fecha de la verdadera muerte.

3ª Este beneficio aprovechará solamente a las personas que por sentencia judicial lo obtuvieren.

4ª En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos.

5ª Para toda restitución serán considerados los demandados como poseedores de buena fe, a menos de prueba contraria.

6ª El haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe.”

**Anexos 4:** Transcripción de la Legislación España del Código Civil Español (CCE)- Título VIII De la ausencia, Capítulo I.- Declaración de la ausencia, Capítulo II.- De la declaración de fallecimiento.

## **“TÍTULO VIII**

### **De la ausencia**

#### **CAPÍTULO I**

##### **Declaración de la ausencia y sus efectos.**

###### **Artículo 181.**

**181.1** En todo caso, desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido en ella más noticias, podrá el Secretario judicial, a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal, nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave. Se exceptúan los casos en que aquél estuviese legítimamente representado voluntariamente conforme al artículo 183.

**182.2** El cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente será el representante y defensor nato del desaparecido; y por su falta, el pariente más próximo hasta el cuarto grado, también mayor de edad. En defecto de parientes, no presencia de los mismos o urgencia notoria, el Secretario judicial nombrará persona solvente y de buenos antecedentes, previa audiencia del Ministerio Fiscal. También podrá adoptar, según su prudente arbitrio, las medidas necesarias a la conservación del patrimonio.

###### **Artículo 182.**

Tiene la obligación de promover e instar la declaración de ausencia legal, sin orden de preferencia:

**Primero.** El cónyuge del ausente no separado legalmente.

**Segundo.** Los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado.

**Tercero.** El Ministerio fiscal de oficio o a virtud de denuncia. Podrá, también, pedir dicha declaración cualquier persona que racionalmente estime tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte.

### **Artículo 183.**

Se considerará en situación de ausencia legal al desaparecido de su domicilio o de su última residencia:

**Primero.** Pasado un año desde las últimas noticias o a falta de éstas desde su desaparición, si no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes.

**Segundo.** Pasados tres años, si hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes.

La muerte o renuncia justificada del mandatario, o la caducidad del mandato, determina la ausencia legal, si al producirse aquéllas se ignorase el paradero del desaparecido y hubiere transcurrido un año desde que se tuvieron las últimas noticias, y, en su defecto, desde su desaparición. Inscrita en el Registro Civil la declaración de ausencia, quedan extinguidos de derecho todos los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente.

### **Artículo 184.**

Salvo motivo grave apreciado por el Secretario judicial, corresponde la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones:

- 1.º Al cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho.
- 2.º Al hijo mayor de edad; si hubiese varios, serán preferidos los que convivían con el ausente y el mayor al menor.
- 3.º Al ascendiente más próximo de menos edad de una u otra línea.
- 4.º A los hermanos mayores de edad que hayan convivido familiarmente con el ausente, con preferencia del mayor sobre el menor.

En defecto de las personas expresadas, corresponde en toda su extensión a la persona solvente de buenos antecedentes que el Secretario judicial, oído el Ministerio fiscal, designe a su prudente arbitrio.

#### **Artículo 185.**

El representante del declarado ausente quedará atendido a las obligaciones siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de su representado.
- 2.<sup>a</sup> Prestar la garantía que el Secretario judicial prudencialmente fije. Quedan exceptuados los comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo precedente.
- 3.<sup>a</sup> Conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles.
- 4.<sup>a</sup> Ajustarse a las normas que en orden a la posesión y administración de los bienes del ausente se establecen en la Ley Procesal Civil.

Serán aplicables a los representantes dativos del ausente, en cuanto se adapten a su especial representación, los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela y las causas de inhabilidad, remoción y excusa de los tutores.

#### **Artículo 186.**

**186.1** Los representantes legítimos del declarado ausente comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 184 disfrutarán de la posesión temporal del patrimonio del ausente y harán suyos los productos líquidos en la cuantía que el Secretario judicial señale, habida consideración al importe de los frutos, rentas y aprovechamientos, número de hijos del ausente y obligaciones alimenticias para con los mismos, cuidados y actuaciones que la representación requiera, afecciones que graven al patrimonio y demás circunstancias de la propia índole.

**186.2** Los representantes legítimos comprendidos en el número 4.º del expresado artículo disfrutarán, también, de la posesión temporal y harán suyos los frutos, rentas y aprovechamientos en la cuantía que el Secretario judicial señale, sin que en ningún caso puedan retener más de los dos tercios de los productos líquidos, reservándose el tercio restante para el ausente, o, en su caso, para sus herederos o causahabientes.

**186.3** Los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el Secretario judicial, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida.

**Artículo 187.**

**187.1** Si durante el disfrute de la posesión temporal o del ejercicio de la representación dativa alguno probase su derecho preferente a dicha posesión, será excluido el poseedor actual, pero aquél no tendrá derecho a los productos sino a partir del día de la presentación de la demanda.

**187.2** Si apareciese el ausente, deberá restituírsele su patrimonio, pero no los productos percibidos, salvo mala fe interviniente, en cuyo caso la restitución comprenderá también los frutos percibidos y los debidos percibir a contar del día en que aquélla se produjo, según la declaración del Secretario judicial.

**Artículo 188.**

**188.1** Si en el transcurso de la posesión temporal o del ejercicio de la representación dativa se probase la muerte del declarado ausente, se abrirá la sucesión en beneficio de los que en el momento del fallecimiento fuesen sus sucesores voluntarios o legítimos, debiendo el poseedor temporal hacerles entrega del patrimonio del difunto, pero reteniendo, como suyos, los productos recibidos en la cuantía señalada.

**188.2** Si se presentase un tercero acreditando por documento fehaciente haber adquirido, por compra u otro título, bienes del ausente, cesará la representación respecto de dichos bienes, que quedarán a disposición de sus legítimos titulares.

**Artículo 189.**

El cónyuge del ausente tendrá derecho a la separación de bienes.

**Artículo 190.**

Para reclamar un derecho en nombre de la persona constituida en ausencia, es preciso probar que esta persona existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.

### **Artículo 191.**

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste a sus coherederos, al no haber persona con derecho propio para reclamarla. Los unos y los otros, en su caso, deberán hacer, con intervención del Ministerio fiscal, inventario de dichos bienes, los cuales reservarán hasta la declaración del fallecimiento.

### **Artículo 192.**

Lo dispuesto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes o causahabientes. Estos derechos no se extinguirán sino por el transcurso del tiempo fijado para la prescripción. En la inscripción que se haga en el Registro de los bienes inmuebles que acrezcan a los coherederos, se expresará la circunstancia de quedar sujetos a lo que dispone este artículo y el anterior.

## **CAPÍTULO II**

### **De la declaración de fallecimiento**

**Artículo 193.** Procede la declaración de fallecimiento:

1°. Transcurridos diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de éstas, desde su desaparición.

2°. Pasados cinco años desde las últimas noticias o, en defecto de éstas, desde su desaparición, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente setenta y cinco años. Los plazos expresados se computarán desde la expiración del año natural en que se tuvieron las últimas noticias, o, en su defecto, del en que ocurrió la desaparición.

3°. Cumplido un año, contado de fecha a fecha, de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido, con posterioridad a la violencia, noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de tres meses. Se presume la violencia si en una subversión de orden político o social hubiese desaparecido una persona sin volverse a tener noticias suyas durante el tiempo expresado, siempre que hayan pasado seis meses desde la cesación de la subversión.

## **Artículo 194.**

Procede también la declaración de fallecimiento:

1.º De los que perteneciendo a un contingente armado o unidos a él en calidad de funcionarios auxiliares voluntarios, o en funciones informativas, hayan tomado parte en operaciones de campaña y desaparecido en ellas luego que hayan transcurrido dos años, contados desde la fecha del tratado de paz, y en caso de no haberse concertado, desde la declaración oficial de fin de la guerra.

2.º De los que resulte acreditado que se encontraban a bordo de una nave cuyo naufragio o desaparición por inmersión en el mar se haya comprobado, o a bordo de una aeronave cuyo siniestro se haya verificado y haya evidencias racionales de ausencia de supervivientes.

3.º De los que no se tuvieren noticias después de que resulte acreditado que se encontraban a bordo de una nave cuyo naufragio o desaparición por inmersión en el mar se haya comprobado o a bordo de una aeronave cuyo siniestro se haya verificado, o, en caso de haberse encontrado restos humanos en tales supuestos, y no hubieren podido ser identificados, luego que hayan transcurrido ocho días.

4.º De los que se encuentren a bordo de una nave que se presuma naufragada o desaparecida por inmersión en el mar, por no llegar a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase y haya evidencias racionales de ausencia de supervivientes, luego que en cualquiera de los casos haya transcurrido un mes contado desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje.

5.º De los que se encuentren a bordo de una aeronave que se presuma siniestrada al realizar el viaje sobre mares, zonas desérticas o inhabitadas, por no llegar a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, y haya evidencias racionales de ausencia de supervivientes, luego que en cualquiera de los casos haya transcurrido un mes contado desde las últimas noticias de las personas o de la aeronave y, en su defecto, desde la fecha de inicio del viaje. Si éste se hiciera por etapas, el plazo indicado se computará desde el punto de despegue del que se recibieron las últimas noticias.

## **Artículo 195.**

**195.1** Por la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal, pero mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo investigaciones en contrario.

**195.2** Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario.

## **Artículo 196.**

**196.1** Firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación conforme a lo dispuesto legalmente.

**196.2** Los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración del fallecimiento.

**196.3** Hasta que transcurra este mismo plazo no serán entregados los legados, si los hubiese, ni tendrán derecho a exigirlos los legatarios, salvo las mandas piadosas en sufragio del alma del testador o los legados en favor de Instituciones de beneficencia.

**196.4** Será obligación ineludible de los sucesores, aunque por tratarse de uno solo no fuese necesaria partición, la de formar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles.

## **Artículo 197.**

Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto.”

**Anexos 5 :** Transcripción de la Legislación Mexicana del Código Civil Federal de México (CCFDM)- Título Undécimo De los Ausentes e ignorados Capítulo I.- De las Medidas Provisionales en Caso de Ausencia, Capítulo II.- De la declaración de ausencia, Capítulo III.- De los efectos de la declaración de ausencia, Capítulo V.- De la presunción de muerte del ausente, Capítulo VI.- De los efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales del ausente, Capítulo VII.- Disposiciones Generales.

## **“TITULO UNDECIMO**

### **De los Ausentes e Ignorados**

#### **CAPÍTULO I**

##### **De las Medidas Provisionales en Caso de Ausencia**

###### **Artículo 648.-**

El que se hubiere ausentado del lugar de su residencia ordinaria y tuviere apoderado constituido antes o después de su partida, se tendrá como presente para todos los efectos civiles, y sus negocios se podrán tratar con el apoderado hasta donde alcance el poder.

###### **Artículo 649.-**

Cuando una persona haya desaparecido y se ignore el lugar donde se halle y quien la represente, el juez, a petición de parte o de oficio, nombrará un depositario de sus bienes, la citará por edictos publicados en los principales periódicos de su último domicilio, señalándole para que se presente un término que no bajará de tres meses, ni pasará de seis, y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes.

###### **Artículo 650.-**

Al publicarse los edictos remitirá copia a los cónsules mexicanos de aquellos lugares del extranjero en que se puede presumir que se encuentra el ausente o que se tengan noticias de él.

###### **Artículo 651.-**

Si el ausente tiene hijos menores, que estén bajo su patria potestad, y no hay ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley, ni tutor testamentario, ni legítimo, el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor, en los términos prevenidos en los artículos 496 y 497.

###### **Artículo 652.-**

Las obligaciones y facultades del depositario serán las que la ley asigna a los depositarios judiciales.

**Artículo 653.-** Se nombrará depositario:

**I.** Al cónyuge del ausente;

**II.** A uno de los hijos mayores de edad que resida en el lugar. Si hubiere varios, el juez elegirá al más apto;

**III.** Al ascendiente más próximo en grado al ausente;

**IV.** A falta de los anteriores o cuando sea inconveniente que éstos por su notoria mala conducta o por su ineptitud, sean nombrados depositarios, el juez nombrará al heredero presuntivo, y si hubiera varios se observará lo que dispone el artículo 659.

**Artículo 654.-**

Si cumplido el término del llamamiento, el citado no compareciere por sí, ni por apoderado legítimo, ni por medio de tutor o de pariente que pueda representarlo, se procederá al nombramiento de representante.

**Artículo 655.-**

Lo mismo se hará cuando en iguales circunstancias caduque el poder conferido por el ausente, o sea insuficiente para el caso.

**Artículo 656.-**

Tiene acción para pedir el nombramiento de depositario o de representante, el Ministerio Público, o cualquiera a quien interese tratar o litigar con el ausente o defender los intereses de éste.

**Artículo 657.-**

En el nombramiento de representantes se seguirá el orden establecido en el artículo 653.

**Artículo 658.-**

Si el cónyuge ausente fuere casado en segundas o ulteriores nupcias, y hubiere hijos del matrimonio o matrimonios anteriores, el juez dispondrá que el cónyuge presente y los hijos del matrimonio o matrimonios anteriores, o sus legítimos representantes en su caso, nombren de acuerdo el depositario representante; más si no estuvieren conformes, el juez lo nombrará libremente, de entre las personas designadas por el artículo anterior.

**Artículo 659.-**

A falta de cónyuge, de descendientes y de ascendientes, será representante el heredero presuntivo. Si hubiere varios con igual derecho, ellos mismos elegirán al que debe representarlo. Si no se ponen de acuerdo en la elección, la hará el juez, prefiriendo al que tenga más interés en la conservación de los bienes del ausente.

**Artículo 660.-**

El representante del ausente es el legítimo administrador de los bienes de éste y tiene respecto de ellos, las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores.

No entrará a la administración de los bienes sin que previamente forme inventario y avalúo de ellos, y si dentro del término de un mes no presta la caución correspondiente, se nombrará otro representante.

**Artículo 661.-**

El representante del ausente disfrutará la misma retribución que a los tutores señalan los artículos 585, 586 y 587.

**Artículo 662.-**

No pueden ser representantes de un ausente, los que no pueden ser tutores.

**Artículo 663.-**

Pueden excusarse, los que puedan hacerlo de la tutela.

**Artículo 664.-**

Será removido del cargo de representante, el que deba serlo del de tutor.

**Artículo 665.-** El cargo de representante acaba:

- I. Con el regreso del ausente;
- II. Con la presentación del apoderado legítimo;
- III. Con la muerte del ausente;
- IV. Con la posesión provisional.

**Artículo 666.-**

Cada año, en el día que corresponda a aquel en que hubiere sido nombrado el representante, se publicarán nuevos edictos llamando al ausente. En ellos constarán el nombre y domicilio del representante, y el tiempo que falta para que se cumpla el plazo que señalan los artículos 669 y 670 en su caso.

**Artículo 667.-**

Los edictos se publicarán por dos meses, con intervalo de quince días, en los principales periódicos del último domicilio del ausente, y se remitirán a los cónsules, como previene el artículo 650.

### **Artículo 668.-**

El representante está obligado a promover la publicación de los edictos. La falta de cumplimiento de esa obligación hace responsable al representante, de los daños y perjuicios que se sigan al ausente, y es causa legítima de remoción.

## **CAPÍTULO II**

### **De la Declaración de Ausencia**

#### **Artículo 669.-**

Pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia.

#### **Artículo 670.-**

En caso de que el ausente haya dejado o nombrado apoderado general para la administración de sus bienes, no podrá pedirse la declaración de ausencia sino pasados tres años, que se contarán desde la desaparición del ausente, si en este período no se tuvieron ningunas noticias suyas, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas.

#### **Artículo 671.-**

Lo dispuesto en el artículo anterior se observará aún cuando el poder se haya conferido por más de tres años.

#### **Artículo 672.-**

Pasados dos años, que se contarán del modo establecido en el artículo 670, el Ministerio Público y las personas que designa el artículo siguiente, pueden pedir que el apoderado garantice, en los mismos términos en que debe hacerlo el representante. Si no lo hiciere, se nombrará representante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 657, 658 y 659.

#### **Artículo 673.-**

Pueden pedir la declaración de ausencia:

- I.** Los presuntos herederos legítimos del ausente;
- II.** Los herederos instituidos en testamento abierto;
- III.** Los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente; y
- IV.** El Ministerio Público.

#### **Artículo 674.-**

Si el juez encuentra fundada la demanda, dispondrá que se publique durante tres meses, con intervalos de quince días, en el Periódico Oficial que corresponda, y en los principales del último domicilio del ausente, y la remitirá a los cónsules, conforme al artículo 650.

**Artículo 675.-**

Pasados cuatro meses desde la fecha de la última publicación, si no hubiere noticias del ausente ni oposición de algún interesado, el juez declarará en forma la ausencia.

**Artículo 676.-**

Si hubiere algunas noticias u oposición, el juez no declarará la ausencia sin repetir las publicaciones que establece el artículo 674, y hacer la averiguación por los medios que el oponente proponga, y por los que el mismo juez crea oportunos.

**Artículo 677.-**

La declaración de ausencia se publicará tres veces en los periódicos mencionados con intervalos de quince días, remitiéndose a los cónsules como está prevenido respecto de los edictos.

Ambas publicaciones se repetirán cada dos años, hasta que se declare la presunción de muerte.

**Artículo 678.-**

El fallo que se pronuncie en el juicio de declaración de ausencia, tendrá los recursos que el Código de Procedimientos asigne para los negocios de mayor interés.

### **CAPÍTULO III**

#### **De los Efectos de la Declaración de Ausencia**

**Artículo 679.-**

Declarada la ausencia, si hubiere testamento público u ológrafo, la persona en cuyo poder se encuentre lo presentará al juez, dentro de quince días, contados desde la última publicación de que habla el artículo 677.

**Artículo 680.-**

El juez, de oficio o a instancia de cualquiera que se crea interesado en el testamento ológrafo, abrirá éste en presencia del representante del ausente, con citación de los que promovieron la declaración de ausencia y con las demás solemnidades prescritas para la apertura de esta clase de testamento.

**Artículo 681.-**

Los herederos testamentarios, y en su defecto, los que fueren legítimos al tiempo de la desaparición de un ausente, o al tiempo en que se hayan recibido las últimas noticias, si tienen

capacidad legal para administrar, serán puestos en la posesión provisional de los bienes, dando fianza que asegure las resultas de la administración. Si estuvieren bajo la patria potestad o tutela, se procederá conforme a derecho.

**Artículo 682.-**

Si son varios los herederos y los bienes admiten cómoda división, cada uno administrará la parte que le corresponda.

**Artículo 683.-**

Si los bienes no admiten cómoda división, los herederos elegirán de entre ellos mismos un administrador general, y si no se pusieren de acuerdo, el juez le nombrará, escogiéndole de entre los mismos herederos.

**Artículo 684.-**

Si una parte de los bienes fuere cómodamente divisible y otra no, respecto de ésta, se nombrará el administrador general.

**Artículo 685.-**

Los herederos que no administren podrán nombrar un interventor, que tendrá las facultades y obligaciones señaladas a los curadores. Su honorario será el que le fijen los que le nombren y se pagará por éstos.

**Artículo 686.-**

El que entre en la posesión provisional, tendrá, respecto de los bienes, las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores.

**Artículo 687.-**

En el caso del artículo 682, cada heredero dará la garantía que corresponda a la parte de bienes que administre.

**Artículo 688.-**

En el caso del artículo 683, el administrador general será quien dé la garantía legal.

**Artículo 689.-**

Los legatarios, los donatarios y todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos que dependan de la muerte o presencia de éste, podrán ejercitarlos, dando la garantía que corresponda, según el artículo 528.

**Artículo 690.-**

Los que tengan con relación al ausente, obligaciones que deban cesar a la muerte de éste, podrán también suspender su cumplimiento bajo la misma garantía.

**Artículo 691.-**

Si no pudiere darse la garantía prevenida en los cinco artículos anteriores, el juez, según las circunstancias de las personas y de los bienes, y concediendo el plazo fijado en el artículo 631, podrá disminuir el importe de aquélla, pero de modo que no baje de la tercera parte de los valores señalados en el artículo 528.

**Artículo 692.-**

Mientras no se dé la expresada garantía, no cesará la administración del representante.

**Artículo 693.-**

No están obligados a dar garantía:

**I.** El cónyuge, los descendientes y los ascendientes que como herederos entren en la posesión de los bienes del ausente, por la parte que en ellos les corresponda;

**II.** El ascendiente que en ejercicio de la patria potestad administre bienes que como herederos del ausente correspondan a sus descendientes.

Si hubiere legatarios, el cónyuge, los descendientes y ascendientes darán la garantía legal por la parte de bienes que corresponda a los legatarios, si no hubiere división, ni administrador general.

**Artículo 694.-**

Los que entren en la posesión provisional tienen derecho de pedir cuentas al representante del ausente y éste entregará los bienes y dará las cuentas en los términos prevenidos en los capítulos XII y XIV del título IX de este Libro. El plazo señalado en el artículo 602, se contará desde el día en que el heredero haya sido declarado con derecho a la referida posesión.

**Artículo 695.-**

Si hecha la declaración de ausencia no se presentaren herederos del ausente, el Ministerio Público pedirá, o la continuación del representante, o la elección de otro que, en nombre de la Hacienda Pública, entre en la posesión provisional, conforme a los artículos que anteceden.

**Artículo 696.-**

Muerto el que haya obtenido la posesión provisional, le sucederán sus herederos en la parte que le haya correspondido, bajo las mismas condiciones y con iguales garantías.

### **Artículo 697.-**

Si el ausente se presenta o se prueba su existencia antes de que sea declarada la presunción de muerte, recobrará sus bienes. Los que han tenido la posesión provisional, hacen suyos todos los frutos industriales que hayan hecho producir a esos bienes y la mitad de los frutos naturales y civiles.

## **CAPÍTULO V**

### **De la Presunción de Muerte del Ausente**

#### **Artículo 705.-**

Cuando hayan transcurrido 6 años desde la declaración de ausencia, el juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrage, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en estos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia;

pero sí se tomarán medidas provisionales autorizadas por el capítulo I de este Título.

Cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, bastará el transcurso de seis meses, contados a partir del trágico acontecimiento, para que el juez de lo familiar declare la presunción de muerte. En estos casos, el juez acordará la publicación de la solicitud de declaración de presunción de muerte, sin costo alguno y hasta por tres veces durante el procedimiento, que en ningún caso excederá de treinta días.

#### **Artículo 706.-**

Declarada la presunción de muerte, se abrirá el testamento del ausente, si no estuviere ya publicado conforme al artículo 680; los poseedores provisionales darán cuenta de su administración en los términos prevenidos en el artículo 694, y los herederos y demás interesados entrarán en la posesión definitiva de los bienes, sin garantía alguna. La que según la ley se hubiere dado quedará cancelada.

#### **Artículo 707.-**

Si se llega a probar la muerte del ausente, la herencia se defiere a los que debieran heredar al tiempo de ella, pero el poseedor o poseedores de los bienes hereditarios, al restituirlos, se reservarán los frutos correspondientes a la época de la posesión provisional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 697, y todos ellos, desde que obtuvieron la posesión definitiva.

**Artículo 708.-**

Si el ausente se presentare o se probare su existencia después de otorgada la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se hallen, el precio de los enajenados, o los que se hubieren adquirido con el mismo precio, pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

**Artículo 709.-**

Cuando hecha la declaración de ausencia o la presunción de muerte de una persona, se hubieren aplicado sus bienes a los que por testamento o sin él se tuvieren por heredados, y después se presentaren otros pretendiendo que ellos deben ser preferidos en la herencia, y así se declara por sentencia que cause ejecutoria, la entrega de los bienes se hará a éstos en los mismos términos en que, según los artículos 697 y 708, debiera hacerse al ausente si se presentara.

**Artículo 710.-**

Los poseedores definitivos darán cuenta al ausente y a sus herederos. El plazo legal correrá desde el día en que el primero se presente por sí o por apoderado legítimo, o desde aquel en que por sentencia que cause ejecutoria se haya deferido la herencia.

**Artículo 711.-** La posesión definitiva termina:

- I.** Con el regreso del ausente;
- II.** Con la noticia cierta de su existencia;
- III.** Con la certidumbre de su muerte;
- IV.** Con la sentencia que cause ejecutoria, en el caso del artículo 709.

**Artículo 712.-**

En el caso segundo del artículo anterior, los poseedores definitivos serán considerados como provisionales desde el día en que se tenga noticia cierta de la existencia del ausente.

**Artículo 713.-**

La sentencia que declare la presunción de muerte de un ausente casado, pone término a la sociedad conyugal.

**Artículo 714.-**

En el caso previsto por el artículo 703, el cónyuge sólo tendrá derecho a los alimentos.

**CAPÍTULO VI**

**De los Efectos de la Ausencia respecto de los Derechos Eventuales del Ausente**

**Artículo 715.-**

Cualquiera que reclame un derecho referente a una persona cuya existencia no esté reconocida, deberá probar que esta persona vivía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirir aquel derecho.

**Artículo 716.-**

Si se defiere una herencia a la que sea llamado un individuo declarado ausente o respecto del cual se haya hecho la declaración de presunción de muerte, entrarán sólo en ella los que debían ser coherederos de aquél o suceder por su falta; pero deberán hacer inventario en forma de los bienes que reciban.

**Artículo 717.-**

En este caso, los coherederos o sucesores se considerarán como poseedores provisionales o definitivos de los bienes que por la herencia debían corresponder al ausente, según la época en que la herencia se defiera.

**Artículo 718.-**

Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, debe entenderse sin perjuicio de las acciones de petición de herencia y de otros derechos que podrán ejercitar el ausente, sus representantes, acreedores o legatarios, y que no se extinguirá sino por el transcurso del tiempo fijado para la prescripción.

**Artículo 719.-**

Los que hayan entrado en la herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fe, mientras el ausente no comparezca, sus acciones no sean ejercitadas por sus representantes, o por los que por contrato o cualquiera otra causa tengan con él relaciones jurídicas.

## **CAPÍTULO VII**

### **Disposiciones Generales**

#### **Artículo 720.-**

El representante y los poseedores provisionales y definitivos, en sus respectivos casos, tienen la legítima procuración del ausente en juicio y fuera de él.

#### **Artículo 721.-**

Por causa de ausencia no se suspenden los términos que fija la ley para la prescripción.

#### **Artículo 722.-**

El Ministerio Público velará por los intereses del ausente, será oído en todos los juicios que tengan relación con él, y en las declaraciones de ausencia y presunción de muerte”

## Anexos 6 Corte Nacional de Justicia



### PRESIDENCIA

#### PRESIDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS CRITERIO NO VINCULANTE

**REMITENTE:** PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA

**OFICIO:** 321-2018-P-CPJP

**FECHA:** 03 DE AGOSTO DE 2018

**MATERIA:** CIVIL

**TEMA:** TRÁMITE DE LA DECLARATORIA DE MUERTE PRESUNTA

**CONSULTA:**

“...respecto del trámite de la declaratoria de muerte presunta, (...) además de los tres meses previsto en el Art. 67 numeral 3 del Código Civil, se deben cumplir los términos previstos en los artículos 56 y 291 del COGEP.

**FECHA DE CONTESTACIÓN:** 31 DE OCTUBRE DE 2019

**NO. OFICIO:** 853-P-CNJ-2019

**RESPUESTA A LA CONSULTA.-**

**BASE LEGAL:**

Código Orgánico General de Procesos:

Art. 334.- Procedencia. Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes:

1. Pago por consignación.

2. Rendición de cuentas,
3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes.
4. Inventario, en los casos previstos en este capítulo.
5. Partición.
6. Autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda.



## PRESIDENCIA

También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción.

### **ANÁLISIS y CONCLUSIÓN:**

Se considera que la declaratoria de muerte presunta prevista en el párrafo 3ro. del Título II del TÍTULO PRELIMINAR del Código Civil es voluntario por tratarse de un asunto que por su naturaleza jurídica se resuelve sin contradicción, y debe tramitarse según las reglas del Código Civil.