



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

***“CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE LA MUERTE
PRESUNTA EN LA LEY CIVIL ECUATORIANA”***

**TESIS DE GRADO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
DOCTOR EN CIENCIAS JURÍDICAS**

Autor: Álvaro Reyes Ormaza.

Director: Dr. Jorge Morales.

Cuenca, Ecuador

2009

INTRODUCCIÓN

“La persona termina con la muerte”. Es así como reza el actual Art. 65 de nuestro Código civil, dando de esta manera la definición de cuando termina la personalidad, en el momento en el que la personalidad se extingue da inicio a variados efectos jurídicos, entre ellos el derecho toma a su consideración la necesidad de normar las circunstancias en las que se encuentran terceras personas, quienes tenían relación con el individuo que deja de existir, relaciones que pueden ser de índole familiar, con su cónyuge y relaciones contractuales.

En el momento mismo de la muerte de una persona, da inicio a una serie de eventos relacionados con estas relaciones del occiso con terceros, como por ejemplo la apertura de su testamento, el afán del derecho es dar una solución a todos los inconvenientes que podrían desprenderse de la muerte de la persona, tomando en cuenta la protección de los derechos que tengan terceros.

En el caso de la muerte de una persona, la cual es constatada, por que se tiene pleno conocimiento que este echo se dio, sea esto por la presencia de los restos mortales, o por la existencia de fehacientes pruebas de que la muerte se dio, como por ejemplo, la presencia de personas que testifiquen este echo, de que constataron que la persona murió, y mas, si es que este testimonio viene de una persona con conocimientos de la ciencia médica que pudo llegar a comprobar el deceso de la

persona, o el testimonio de una persona que tiene un conocimiento certero de que esa muerte se dio porque así lo presencié, esto puede presentarse dentro de alguna batalla, o dentro de una catástrofe natural o provocada por el hombre.

En estos casos, en donde la muerte de una persona es constatada o probada, será en la ley en donde se formulan las soluciones, sin encontrar mayor inconveniente al tema, pero se abre una incógnita, que es cuando la muerte de una persona no ha llegado a constatarse, sino simplemente a presumirse, y esta presunción basada en la ausencia prolongada de un individuo, y la faltas de noticias de la persona que se ausentó, ello a obligado también a la ley a formular las soluciones necesarias, esto ha dado lugar a la creación de la institución jurídica de la **muerte presunta**, precepto jurídico del que trata el presente trabajo, y de cuyo estudio y análisis nos adentramos

La muerte presunta, esta llamada a brindar solución en cuanto tiene que ver con las relaciones que existen entre la persona que se ausentó y quienes mantienen relaciones con este, sean estas relaciones familiares o contractuales, a mas de ello la ley se preocupa del patrimonio de la persona que ha desaparecido, precautelando de esta manera los intereses tanto del ausente como de las personas que tienen relación con esta.

La muerte presunta regula las relaciones que mantenía el desaparecido con terceras personas como si este hubiese muerto, y para ello es necesario un proceso en el que cronológicamente, y esto por que depende el tiempo de ausencia del desaparecido, así se irán sucediendo distintos hechos jurídicos que serán objeto de estudio del presente trabajo.

Encontraremos la necesidad en este trabajo, el analizar las modificaciones dadas a esta institución jurídica, a través del tiempo y del espacio, pues el aporte hecho por diversas escuelas del derecho, han sido de gran importancia en la consecución de la actual formulación de este precepto jurídico.

La muerte presunta, hoy en día, dado el avance de la ciencias, técnicas en lo relativo a las comunicaciones, se pensaría que es una norma en desuso, o creerla que ha caído en un obsoletismo jurídico por la falta de aplicación, y por tanto considerar a la norma inadecuada dentro de nuestra normativa legal. De ello se verá que la muerte jurídica aún en nuestros días, dentro de nuestra realidad social demuestra la necesidad de la existencia de la norma, nuestra comunidad es susceptible de fenómenos como la migración, ejemplo que será citado en el trabajo, pues la migración a estado presente en todos los tiempos y lo han sufrido todas las civilizaciones, de manera especial en nuestro tiempo y en los pueblos latinoamericanos, y apuntan de manera directa a los pueblos de nuestro país, fenómeno por el que es grande el índice de ausencia de personas, quienes decidieron buscar un mejor futuro en otros lugares del planeta, de quienes realizan estas migraciones, siempre existirá la probabilidad de percances, por las condiciones en que se realizan, por ello el siempre peligro y amenaza de una muerte lejos de su tierra de origen, muerte que podría desconocerse por sus familiares o personas allegadas, y que además no dejen pruebas.

Además de ello no por la sola ausencia de la persona y el desconocimiento de su existencia o no, se puede pensar que esta de manera inevitable haya muerto, es

también intención de esta norma dar el tiempo prudencial para que el ausente o desaparecido reaparezca, pues sería arbitrario, actuar como si este ya no existiera y por ello se analizará el tiempo que la ley considera prudente para dar la oportunidad para que el desaparecido reaparezca, pues ante la ausencia o desaparición de una persona, no solo que habrá la posibilidad de su muerte sino la probabilidad de su reaparición, por ello en este trabajo se estudiará cada uno de los tiempos a darse en cada periodo que comprende la muerte presunta, y en cada uno de ellos los efectos a producirse, los cuales se desprenden del tiempo de ausencia del desaparecido .

Será también objeto de estudio, el como a de llevarse el proceso de la muerte presunta, los pasos que la ley indica a seguir para que los interesados puedan obtener de la autoridad competente la declaración de la muerte presunta.

CAPITULO I

EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD.

La Real Academia de la Lengua Española, define a la muerte como “cesación o término de la vida”. Concepto que consideramos incompleto, pues este nos enfrenta a una serie de preceptos culturales e incluso religiosos.

En lo que atañe al presente trabajo hemos de analizar las consecuencias jurídicas que se desprenden de este hecho, pues nuestra legislación en varias ocasiones se obligada a dar tratamiento a este tema, pues es la norma jurídica, la que esta llamada a regular la vida de las personas dentro de la sociedad, y de ellas los actos que realizan, es necesario se regule el fin de la existencia de las personas, y por tanto el fin de la personalidad.

Este fin esta marcado por la muerte, con la cual se extinguen los atributos de la personalidad, siendo también el génesis de la existencia de derechos y obligaciones de terceras personas, mismas que se relacionaron en vida con quien falleció, relaciones de distinta índole, y que recoge nuestra legislación por precautelar los intereses que nacen de este hecho, pero antes de analizar las consecuencias jurídicas que se desprenden de la muerte de una persona, en este trabajo se presentará un análisis jurídico de la muerte de la persona:

El Art. 64 del Código civil dice la persona termina con la muerte.

En lo concerniente a este trabajo nos interesa la muerte de las personas naturales, pues nuestra codificación civil en el Art. 40 de dicho cuerpo legal señala que las personas son naturales o jurídicas

Explica en el Art. 41 que personas naturales son todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad sexo o condición.

Por tanto daremos tratamiento a la muerte de las personas naturales, que ha decir del tema Don Luis Claro Solar en su obra Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado anota: "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".

Dentro de este concepto podemos entender que don Luis Claro Solar habla de los distintos factores por los que se puede producir la muerte de una persona, pues nos habla sobre el debilitamiento del que son susceptibles los órganos del cuerpo humano, esto ya sea por la avanzada edad de una persona, o por el padecimiento de una enfermedad, por la cual se da la existencia de falencias en el normal funcionamiento en el organismo llegando a consecuencias fatales, a la vez menciona la posibilidad que ese deceso suceda por la ejecución de factores extremos, mismos que pueden ser accidentales como por ejemplo un accidente de tránsito, un naufragio en alta mar, el fallecimiento de una persona en un incendio, por mencionar algunas

posibilidades, pero también al decirnos: "y a todas las causas externas de destrucción a las que el hombre se ve rodeado", nos abre entonces a un sin número de posibilidades por las que le puede llegar la muerte a una persona, así por ejemplificar hablaríamos de el ataque que sufre una persona por un animal, razón de muerte que anualmente deja grandes índices, o del ataque que sufra una persona por otra quien a través de impactos con objetos contundentes, o con proyectiles, o utilizando la fuerza con armas corto punzantes, o incluso ayudándose para dar muerte a otra persona con partes de su cuerpo. Sucesos que pueden acontecerse en una guerra, o cuando existe la simple predisposición de causarle la muerte a otra persona, en este último caso también es la Ciencia Jurídica la que ha tratado el tema esto en el área del derecho Penal; otra causa de muerte que debemos mencionar que se da en un elevado índice es el suicidio, cuando la persona busca su auto eliminación.

Podría ocurrir que en las razones explicadas le suceda la muerte a la persona de una manera inmediata, como también podría llegar a ocurrir que la persona no muera en el acto, pero las heridas conferidas en estos casos han comprometido de tal manera que sus consecuencias le lleven a la muerte.

Como quiera que se de la muerte en una persona, ha sido necesaria la discusión de los profesionales de la ciencia médica en torno al momento mismo de la muerte, es decir en que momento se debe declarar la muerte en una persona.

Este tema que a través del tiempo ha causado gran polémica, pues se han presentado varias tesis que argumentan posiciones diversas, en las cuales se han tomado incluso conceptos de fe, llegándose a confundir lo religioso con lo científico.

Es así que para la religión católica a la cual nombramos por ser la religión con mayor número de fieles en nuestro país, el momento de la muerte de una persona está dado en el momento que el alma abandona el cuerpo, dándole entonces al alma el elemento esencial de la vida, ya que sin ella el ser corporal no podría vivir.

Sin embargo para la Iglesia es necesaria toda clase de esmerada atención médica mientras las personas muestren algún signo vital, por más leve que este se presente, es aquí donde radica el problema puesto que existen casos que aunque se den signos vitales, las consecuencias son fatalmente irreversibles.

Anteriormente se le dotaba mayor importancia al corazón que a cualquier órgano del cuerpo, se pensaba que en él radicaba la esencia de la vida misma, que eran sus latidos lo que permitía el buen funcionamiento de los demás órganos del cuerpo, a más de atribuirle a este órgano la posibilidad de sentir y emocionarse.

Más aún cuando se decía que mientras exista el funcionamiento del corazón en el cuerpo de un paciente este no podía declararse muerto, es decir que mientras se presenten signos de funcionamiento cardíaco, por más leves que estos sean la persona no puede ser refutada muerta.

Más, en la actualidad se ha visto como un corazón a dejado de palpar, y con una urgente y adecuada atención médica la persona puede sobrevivir a este paro cardíaco, es más, la ciencia médica ha permitido en estos tiempos grandes hazañas como por ejemplo cirugías a corazón abierto, e incluso trasplantes de este órgano,

en este caso será necesario que el corazón deje de cumplir su labor, interrumpiendo momentáneamente la circulación sanguínea en el cuerpo.

Por el contrario es posible que se le mantenga a un paciente con su corazón funcionando, y este recibiendo oxígeno de equipos extraños predestinados a esta función, es decir que el cuerpo siga recibiendo oxígeno, y se mantiene el riego sanguíneo, pero que las circunstancias para el paciente son irreversibles, esto puesto que carece absolutamente de funciones cerebrales.

Son estos los casos que demuestran que no es la ausencia del funcionamiento del corazón lo que marca la muerte de una persona, sino, es una de sus consecuencias, pudiendo ser también la causa de la muerte.

Nuestra legislación prefirió acoger la tesis de la muerte cerebral presentada por la Conferencia de Reales Colegios Médicos y sus Facultades, suscrito en el mes de abril de 1979, memorando que lleva por título Diagnóstico de la Muerte, éste trata sobre la muerte del cerebro. En su parte medular expresa: Cualquiera sea su causa, la muerte del cerebro representa la etapa en que verdaderamente muere el paciente, porque en ese momento cesan permanente e irreversiblemente todas las funciones del cerebro.

Entonces así un paciente presente signos vitales, como el funcionamiento del aparato respiratorio, o del aparato circulatorio, aunque estos fuesen con la ayuda del equipo médico necesario, en el momento en el que el paciente no presente señales de

funcionamiento del cerebro, esto ya de manera irreversible, estamos hablando del momento de la muerte del paciente.

Esto lo demuestra nuestra legislación cuando trata sobre el tema del transplante de órganos, de este tema se refiere el Código de la Salud en su Título XIII que señala:

Con exclusivo fin de utilizar el cadáver o una de sus partes, para realizar el injerto, el transplante o cualquiera otra operación similar será necesario que el equipo de médicos certifique la muerte con la constatación del paro irreversible de la función cerebral, establecido a través de los signos siguientes:

1. Ausencia de respuesta cerebral con pérdida absoluta de conciencia.
2. Ausencia de reflejos cefálicos con hipotonía muscular y medrasis; y
3. Encefalograma plano demostrativo de inactividad bio-eléctrica cerebral repetido cada quince minutos por un tiempo de dos horas.

Demostrándonos de esta manera que nuestra legislación considera el momento de la muerte cuando se demuestra la ausencia del funcionamiento del cerebro.

Señalado entonces el momento en que se le declara muerta a una persona, hemos de notar la gran connotación que presenta este hecho, pues desde ese mismo instante se generan circunstancias jurídicas, algunas de las cuales en este momento solo serán señaladas.

La sucesión de los bienes de una persona, se abre al momento de su muerte (Art. 997 C.C)

El matrimonio termina: por la muerte de uno de los cónyuges (Art.105 C.C)

La enajenación Legal se efectúa: Por la muerte del padre, cuando no existe la madre. (Art. 310 C.C).

Existen ciertos contratos que terminan con la muerte de uno de los contratantes por ejemplo el de sociedad, el mandato, el comodato, la renta vitalicia, el contrato de obra material.

Los derechos intransmisibles se extinguen con la muerte de su titular, por ejemplo los derechos de usufructo, uso y habitación, e incluso el derecho de pedir alimentos (Art. 820, Art. 826 Art. 362 respectivamente C.C).

La muerte produce la extinción de ciertas acciones: acción de nulidad, acción de divorcio, acciones que deben realizarse en vida

En materia de formación de consentimiento, la oferta se extingue con la muerte del proponente.

Esto por anotar algunas de las más importantes consecuencias que se dan a la muerte de una persona, circunstancias que se enmarcan dentro de la rama del derecho civil, pues la muerte de una persona puede originar variadas consecuencias en otras áreas del derecho, así es materia del derecho penal el respectivo estudio cuando se encuentran acciones u omisiones tendientes a la muerte de una persona, a esto el código penal dedica el titulo de los delitos contra la vida.

El derecho laboral también trata sobre la muerte de las personas, por ejemplo al tratar sobre las indemnizaciones por accidente de trabajo, cuando en este suceso se ha dado la muerte del trabajador (Arts. 365 y 375 C.T.)

Arturo Valencia Zea en su obra derecho civil realiza una consideración sobre los efectos de la muerte al decirnos que con la muerte se extingue la personalidad del ser humano; esto conlleva a que deja de ser sujeto de derechos. Se plantea entonces la incógnita de que sucede ¿Qué sucede con los derechos de que era titular una persona antes de morir? Entonces realiza una distinción entre los derechos patrimoniales los cuales son susceptibles de transmisión y los derechos extra patrimoniales los cuales se extinguen definitivamente con la muerte del titular.

En nuestro trabajo lo que nos atañe son las consecuencias civiles que han de desprenderse del deceso de una persona, por tanto es necesaria la inscripción del deceso, esto con el afán de dejar sentada y probada la muerte, formalidad que ha de cumplirse ante la autoridad competente que en nuestro caso es el Jefe del Registro Civil, Identificación y Cedulación, quien expedirá en certificado correspondiente.

Así lo expresa el tratadista Victorio Pesio en su obra Manual de Derecho Civil. "La prueba de la muerte natural se verificara mediante la expedición del certificado de defunción otorgado por el oficial de Registro Civil, certificado que corresponde a la inscripción del fallecimiento".

Al tema de la inscripción y su importancia se refiere también el tratadista Alfredo Barroz Errazuriz al decir: "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".

Entonces salta la incógnita de quienes o quien debe solicitar la inscripción de la muerte del difunto en el registro civil.

Además quien o quienes pueden solicitar copia del certificado que pruebe dicha muerte.

Al respecto el Art. 122 de la Ley de Registro Civil señala: "A petición de cualquier persona, el Jefe de Departamento de Registro Civil o el Jefe de Registro Civil, identificación y cedulación conferirá copia o certificado de las inscripciones o de los datos contenidos en las mismas. La copia o certificado autorizado por el Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación, o su delegado, es Instrumento Público".

Al tomar en cuenta la ley a cualquier persona para que tenga la facultad de solicitar copia certificada de la muerte de una persona, instrumento probatorio de este hecho, se pretende que dicho documento este al alcance de cualquier persona que tenga el interés de probar que esta persona ha fallecido; esto con la aspiración de precautelar los derechos de terceras personas.

La inscripción del deceso de una persona ha de hacerse por las personas que tengan el interés de probar la muerte a través de esta inscripción; inscripción que se hará en base de la constancia de defunción firmada por el facultado que hubiese asistido al fallecido en su ultima enfermedad, o del medico legista, y a falta de dicho informe se

lo hará en base del certificado del medico sanitario o de cualquier otro medico, la constancia de defunción se llenará en base a la declaración jurada de dos testigos, esto en el caso de lugares en donde no hubiere médico. Esto según ordena el Art. 42 de la Ley de Registro Civil.

Los datos que la ley obliga a anotar en las actas del registro de defunciones son las que a continuación me permito detallar:

1. Nombres y Apellidos del fallecido.
2. Lugar y fecha de nacimiento.
3. Estado civil, sexo y edad, cierta o presunta del fallecido.
4. Nombres y Apellidos del cónyuge sobreviviente si lo hubiere.
5. Nombres y Apellidos de los padres del fallecidos.
6. La causa cierta o presunta de la última enfermedad.
7. Nombres y Apellidos de la persona que solicita la inscripción y el respectivo número de su cedula de identidad y ciudadanía o su pasaporte en caso de ser extranjero no residente.
8. Las firmas del declarante y del Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación o de su delegado.

Anteriormente la jurisprudencia aceptaba como única prueba de la muerte la presencia del cadáver, que los testigos lo hayan visto e identificado, esto con rigidez intolerable, así lo expresa el tratadista chileno Guillermo Borda, quien en su obra Tratado de Derecho Civil nos dice "que anterior a la sanción a la ley 14394 sin la identificación del cadáver no podía tenerse por acaecido el fallecimiento, no obstante

la ausencia más prolongada, ni aún en caso que hubiere desaparecido en un desastre de mar o aéreo", continua señalando Borda, "esto daba lugar a las consecuencias más injustas, sobre todo teniendo en cuenta el régimen de la ausencia con presunción de fallecimiento".

Relata en su obra el hundimiento de una nave nombrada el Fornier, de cuyo siniestro no se pudo encontrar los cadáveres, pero explica que técnica y científicamente era imposible que alguno de los tripulantes pudiese sobrevivir dadas las condiciones en las que se suscitó este lamentable suceso, enfrentándose así a la jurisprudencia un tribunal bonarense reputó fallecido y simplemente ausente a un oficial de aquella nave.

En este caso ingresamos al tema de la presunción de muerte que será la Institución Jurídica de cuya conceptualización nos ocuparemos en el presente trabajo en páginas posteriores, por ser esta la institución jurídica concerniente al presente.

Tocaremos el tema de la muerte civil, tema en cuestión que de mayor manera no merecería nuestra atención, pues de forma sensata, nuestra legislación derogó toda norma que se refería a esta Institución Jurídica, pues en los actuales momentos la ciencia jurídica repudia la muerte civil, pero a través del espacio y el tiempo diversas han sido las legislaciones (entre ellas la nuestra) que han dado vigencia a esta institución siendo entonces una de las maneras de extinción de la personalidad. Así se expresa Arturo Valencia Zea en su obra derecho civil, expresando: "La muerte civil consistía en extinguir la personalidad del ser humano antes de su muerte natural, y en

consecuencia, el muerto civilmente era aquel que, a pesar de estar vivo, se le consideraba muerto para la vida jurídica”

A decir del tema Borda señala “Las legislaciones antiguas conocían una institución repugnante al sentimiento jurídico moderno”. Hoy en día entendemos como explica Lois Jousserand, en su obra Derecho Civil “ La personalidad de los seres humanos no comporta más que un fin: el fallecimiento, la muerte física”; en líneas posteriores nombrado tratadista explica “A lado de la muerte natural nuestra legislación conocía y organizaba la muerte civil, la muerte jurídica, en que se escurría por la voluntad de los poderes públicos, aquel a quien afectaba estaba muerto para la vida jurídica, no tenía personalidad, puede decirse, porque la muerte civil imitaba tan fiel y tan cruelmente a la muerte natural; produciendo para aquel a quien afectaba, la pérdida de los derechos civiles y políticos, la disolución de su matrimonio, la incapacidad para figurar en la escena jurídica, para firmar un contrato, para ser propietario o acreedor y en fin determina también la apertura de su sucesión, la cual podía ser admitidos prematuramente sus herederos”.

Borda en su obra citada con anterioridad nos da a conocer la frase utilizada por el Juez en el derecho germánico para condenar a una persona a esta pena “Tú quedarás fuera del derecho. Viuda será tu mujer; sin padre son tus hijos. Tu cuerpo y tus carnes son consagrados a las fieras de los bosques a los pájaros del aire, a los peces de las aguas. Los cuatro caminos del mundo se abren ante ti para que vayas errante por ellos donde todos tienen paz tu no la tendrás”. Frases que en hora buena quedaron en el pasado, y gracias al juicioso estudio de la ciencia del derecho, no encontraremos en el porvenir.

Esta pena estaba destinada según Borda a los delincuentes condenados por ciertos delitos graves a deportación, eran reputados, a manera de condena adicional como civilmente muertos.

En esta condición se encontraban también las personas que habían asumido cargos en una institución monástica de la Iglesia Católica. Con esta opción dejaban de ser sujetos de derechos.

A continuación Guillermo Borda enumeró los efectos que surgían de esta institución ya abolida, los cuales eran:

- a) Apertura de la sucesión
- b) Pérdida de los derechos civiles y políticos
- c) Disolución del vínculo matrimonial.

En nuestro País explica Juan Larrea Olgún, existió la muerte civil hasta 1936, según el artículo 92 del Código Civil que decía así: "Termina también la personalidad relativamente a los derechos de propiedad, por la muerte civil, que es la profesión solemne hecha conforme a las leyes, en instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica". El Ing. Federico Páez mediante decreto supremo que se publicó en el registro oficial 202 del 12 de Mayo de 1936 derogó dicho artículo y los siguientes referentes a la muerte civil estableciendo además "Las personas consideradas como civilmente muertas conforme a la abolida institución gozarán, desde la fecha de la vigencia de esta ley, de los derechos civiles inherentes a la personalidad humana,

pero no podrán reclamar derecho alguno en los bienes que poseían antes del ingreso al instituto monástico ni en las sucesiones de que, por la llamada muerte civil se hicieron incapaces”.

Para finalizar el tema daremos revisión a una breve cronología que escribe el tratadista Arturo Valencia Zea acerca de como se ha ido modificando en la historia jurídica la institución de la muerte civil, causando distintos efectos dependiendo el periodo en el que ha tenido vigencia. Valencia Zea analiza la *capitis diminutio máxima* *capitis diminutio media* que era la institución jurídica equivalente a la muerte civil, esto en el derecho romano; “Por la primera, el hombre libre caía en esclavitud y perdía consecuentemente, su personalidad; por la segunda, se menguaba en gran parte la personalidad; la disminución de la personalidad se les aplicaba a los ciudadanos que incurrían en determinadas penas o eran deportados”.

El mismo tratadista también expresa en su obra Derecho Civil un pequeño análisis de lo que fue la muerte civil en el antiguo derecho germánico en donde nos dice “En el antiguo derecho germánico surgió la muerte civil con mayor rigor para las personas que eran sometidas a una pena. El muerto civilmente era tratado como una bestia salvaje.

Nos señala también que en el código de Napoleón se mantuvo la muerte civil para quienes eran castigados con determinadas penas, en líneas posteriores señala que existió la muerte civil en el antiguo derecho español para quienes eran sancionados con ciertas condenas.

Terminamos la referencia a este tratadista, cuando se refiere a don Andrés Bello quien señala, “tomó del derecho francés la institución de la muerte civil pero se aplicó

solamente a los religiosos que hacían profesión solemne en instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica.

Siendo la muerte de una persona un suceso del cual se suceden importantes efectos jurídicos, es necesario el análisis de la importancia del momento en que se produce la muerte de una persona

Respecto al tema, haremos referencia la tratadista Juan Larrea Olguín quien nos presenta tres posibilidades:

- a) Que se conozca con certeza que una persona ha muerto y que se sepa asimismo cuando ha muerto, porque, por ejemplo, se tiene su cadáver, y además hay personas que testimonian en cuanto al tiempo en que acaeció el fallecimiento, o por lo menos hay estos testimonios aunque no se tenga el cadáver.
- b) Que conste la muerte de una persona porque hay su cadáver porque hay testimonios referentes a la existencia del cadáver, pero que se desconozca cuando murió.
- c) Que no se sepa si una persona a muerto o no, y en caso que haya muerto se ignore cuando.

Continúa anotando el tratadista ecuatoriano que: "El tiempo en que se produce la muerte de una persona puede significar que nazcan o no nazcan ciertos derechos, que se cumplan o no condiciones o plazos, que se distribuya de una manera u otra una herencia, etc."

Hace un análisis también de la reglas 16 a 19 del Atr. 7 del Código Civil puesto que estas contemplan el momento de la muerte y determinan la ley aplicable a los testamentos, las cuales procedo a detallar.

- a) Las disposiciones testamentarias se sujetan a la ley vigente cuando fallece el testador, aunque el testamento se hubiere hecho bajo el imperio de otra ley distinta.
- b) Si el testamento contuviere disposiciones que no debieren llevarse a ejecución, según la ley bajo la cual se otorgó, se cumplirán, sin embargo, siempre que ellas no se hallen en oposición con la ley vigente al tiempo de la muerte del testador.
- c) También esa ley rige en las sucesiones intestadas el derecho de representación.
- d) Igualmente se rigen la adjudicación y partición de una herencia o legado.

La muerte de una persona, además a dar lugar a los derechos de los herederos, origina también otros derechos como por ejemplo los relativos a las prestaciones del seguro social o a indemnizaciones previstas en el Código de Trabajo.

Además Larrea Olgúin, nos habla de que no solo existe importancia en el momento de la muerte de la persona, sino también, analiza la importancia del lugar donde este hecho acaeció, por tanto, habla que existen ocasiones que es necesario recurrir a presunciones y ficciones para la determinación de ese sitio como por ejemplo el fallecimiento de una persona a bordo de una aeronave ecuatoriana se considera

acaecida en el Ecuador, se podrá comprender de igual manera que la muerte de una persona en alta mar, a bordo de un barco de bandera ecuatoriana, se considerará, que dicha muerte se dio en el Ecuador.

CONMURIENTES

Esta Institución Jurídica dirige su tratamiento en dar una solución, cuando se imposibilita la determinación del momento mismo de la muerte de personas que por su relación estaban llamados a sucederse de manera recíproca.

La conmuriencia comprende, la consideración de una muerte en un mismo momento, pues dependiendo de quien ha fallecido primero, es decir, el premuriante tendrá derecho para que se considere que quien ha de fallecer luego de éste pueda heredarlo, es decir, en el momento en que muere una persona se determina quienes son sus herederos, nos da ha entender entonces que, cuando una persona sobreviva otra, a pesar de que haya fallecido después, obtiene el derecho de ser considerado heredero y, a su muerte transmite éste derecho a sus herederos.

Para poder heredar es necesaria la vida, esto por tener presente el principio: "En el momento de la muerte de una persona se determina quienes son sus herederos, estos han de ser sujetos de derechos".

Diversas Legislaciones antiguas se preocuparon del presente tema así en el Derecho Romano, cuya Legislación marcó precedentes en el Derecho Civil. Se trató sobre el tema, en el sentido de que cuando no se puede saber la prioridad de la muerte de dos o más personas, es que se consideran fallecidos en el mismo instante, pero a este

concepto se agrega excepciones, considerando: la condición, el sexo, la edad de los individuos, es decir, tratándose del padre e hijo, se presume premuerto el padre o la madre; si el hijo es impúber. Si éste es púber presume esto entonces premuerto el hijo. Esta regla encontraba su base en la mayor resistencia que tiene la juventud ante las personas de mayor edad o menor edad.

También se presumía premuerta a la mujer que el varón, pues se basa esta excepción al igual que la anterior por que naturalmente el varón puede prestar mayor resistencia. Mas, podemos presentar ciertos criterios que desvirtúan la generalidad de estas excepciones, entre estos criterios, se puede argumentar la existencia de enfermedades que debilitan el organismo y una persona que padece de estas dolencias, se vea involucrada en un accidente no podemos hablar que puede tener más fortaleza que otra, sea cual sea su edad y sexo. De igual manera podría presentarse el caso de que sea una mujer la que presente físicamente mayor fortaleza corporal que el varón.

Anota Luis Claro Solar que: "El Código Francés siguió la doctrina Romana, estableciendo un sistema de presunciones, que igual se basan en los elementos de la edad y el sexo".

Pero en el caso que estudia la Institución Jurídica de los Conmuerientes, es cuando no ha sido posible la determinación de quien de las personas llamadas ha sucederse murió primero, en este caso hablamos de una muerte que ha sido comprobada. La incógnita en este caso es el orden con el que la normativa del Código Francés se refiere al tema de la conmuerencia, según anota Claro Solar de la siguiente manera:

“El Art. 720 dispone que si varias personas llamadas a sucederse respectivamente, perecen en un mismo accidente sin que pueda reconocer quien ha muerto primero, la presunción de supervivencia es determinada por las circunstancias del hecho y a falta de ellas por la fuerza de la edad y del sexo, y los Artículos 721 y 722, consideran que si todos los que han perecido juntos tenían menos de quince años, ha sobrevivido al de más edad, si tenían más de sesenta años el de menor edad; si unos tenían menos de quince y menos de sesenta años, el varón sobrevive cuando hay igualdad de edad o la diferencia no excede de un año y si son del mismo sexo se sigue el orden de la naturaleza y el más joven se presume que ha sobrevivido al de más edad”.

Normatividad que lleva también a la relatividad, pues si es que se basan en la fortaleza para determinar la supervivencia de uno u otro, no podemos pensar que cada ser humano tenga la misma contextura pues puede darse que un joven de 13 años más fornido que alguien de 16 años, o puede llegarse al caso de que dos personas de la misma edad sean distintas entre sí en su contextura física lo cual es la generalidad, por tanto, encontramos criticable el hecho de reglar la conmuriencia basadas en relativas normas de presunción.

La muerte es un acto circunstancial y causal, pues se presenta en un momento, y si esta se da dentro de un suceso como un accidente, naufragio, pues estamos hablando de impactos de cuerpos extraños con partes del organismo, estos golpes o impactos que provocan en este caso la muerte, se dan de manera tal, en muchos casos su contundencia tendría como resultado la muerte instantánea de las personas,

esto sin respetar la fortaleza, la edad, el sexo u otras circunstancias de las cuales se ha basado antiguas legislaciones.

En este motivo prefiero hacer alusión al tratadista Arturo Alesandri, quien anota que: "El criterio del legislador Chileno es el más sencillo y justo, en un accidente o en cualquier otra circunstancia la muerte se acerca a las personas al azar y no considerando el sexo o la edad de los individuos".

Lo escrito por Alesandri guarda relación con lo anotado por Don Luis Claro Solar al referirse a Don Andrés Bello, quien, según el tratadista se apartó de los antecedentes legales, es decir de lo legislado respecto al tema por el Derecho Romano y al Código Francés, esto por considerarlos demasiado ligeros e inciertos los argumentos de estas presunciones que se refieren a la edad y al sexo. Por este motivo nuestro Código Civil mantiene la tradición Jurídica del Derecho Romano, pero elimina estas reglas que estiman la sobrevivencia basados en la edad y en el sexo, redactando esta institución Jurídica en el Art. 65 "Si por haber perecido dos o más persona en un mismo acontecimiento como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, no pudiera saberse el orden en el que se han producido sus fallecimientos, se procederá, en todos los casos como si dichas personas hubieren perecido en un mismo momento y ninguno de ellos hubiese sobrevivido a las otras".

Este concepto de *communiencia* transcrito en nuestro Código Civil se ha prestado para algunas interpretaciones puesto que su naturaleza se presenta con gran ambigüedad. Al respecto escribe Alesandri: "Las disposiciones sobre que no solo se aplica cuando dos personas mueren en uno de los acontecimientos señalados

expresamente por el citado artículo, si no en cualquier otro como accidente aéreo, por que la enumeración del Art. 79, es enunciativo".

En verdad podemos decir, que cuando el Art. 65 expresa la frase o por otra causa cualquiera, de una apertura total a un sinnúmero de posibilidades en donde dos o más personas pueden encontrar la muerte, pero abre también una gran incertidumbre, por lo cual vemos que este criterio de ejemplificar casos en la ley, deja espacio para que se considere diversas circunstancias.

Es el caso de algunos tratadistas como Alesandri quien nos dice: "A todos los casos en que por cualquier causa no pudiere saberse el orden en que ocurrieron los fallecimientos de dos o más personas. De manera que no es necesario que las personas hayan estado en un mismo sitio, tampoco es necesario que las personas hayan perecido a causa del mismo acontecimiento". Nos da a entender entonces el mentado tratadista que para que opere la Institución Jurídica de la conmuriecia es necesario el desconocimiento de quien de las personas falleció primero.

De acuerdo con este criterio está Guillermo Borda quien en su obra escribe, "Como se ve en nuestro Código se refiere no solo a esta sino también a cualquier otra circunstancia, vale decir que la presunción es aplicable en cualquier hipótesis en que no se puedan determinar quien ha fallecido primero, aunque no se trate de un mismo accidente o desgracia común".

De esta manera se admitiría la posibilidad que dos persona llevadas a sucederse entre si de quienes se ha comprobado su deceso y este se da en las partes distintas

al hecho de desconocer quien de estos falleció primero, se aplicaría la presunción de la conmuriencia.

Juan Larrea Olguín nos da también su criterio referente a este tema, presentándonos un argumento por lo cuál está a favor de la interpretación extensiva de esta norma, de la que comenta: "Adolece de cierta antigüedad la frase "o por otra causa cualquiera" que podría aplicarse bien al desconocimiento del orden en que se han producido las muertes, o bien a las causas que se tuvieran como las que ocasionan de un fallecimiento en "un mismo acontecimiento". Es decir, que puede entenderse en dos sentidos el Art. 65 ya en el sentido de que la regla es aplicable solo a los que mueran en un mismo acontecimiento, o también a todas las personas que fallecen aunque sea en acontecimientos o circunstancias no conocidas entre sí, pero cuyo orden de deceso no se puede establecer por medios directos". Continúa el tratadista Ecuatoriano al decir: "Creo que no existe una razón filosófica fundamental para restringir la regla solamente a los casos de conmuerientes en un mismo accidente o acontecimiento y que interpretan restrictivamente la ley, sería dejar una laguna respecto a los demás casos".

Por ello consideramos, que es preferible la interpretación extensiva, que abarca todos los casos en que pueda reconocer el orden de las defunciones.

Entendemos la necesidad de establecer, que la ejemplificación realizada en el Art. 65 es enunciativa y la frase "o por otra causa cualquiera" permite que ésta institución Jurídica sea aplicable a demás casos no nombrados en este artículo, en los cuales han perecido personas llamadas a sucederse entre sí. El argumento presentado por

los citados tratadistas quienes consideran la necesidad de una interpretación extensiva; pues, que sucedería si dos personas llamadas a sucederse han fallecido esto sin que se tenga el conocimiento de en que tiempo se produjo el deceso de uno y otro, y sus decesos se dieron en lugares distintos, es decir, no en un mismo hecho, al pensar que la institución Jurídica de la conurencia tendrá que limitarse o considerar que se ha hecho en un mismo acontecimiento, nos enfrentamos a una laguna legal, pues siendo de esta manera no podríamos encontrar solución al problema planteado. Hablando entonces de una deficiencia por falta de tratamiento a este caso, por ello la necesidad que esta presunción abarque todos los casos en los cuales se desconoce el orden en el que se suscitó las muertes de quienes recíprocamente estuvieron llamados a sucederse.

Sin embargo, el Doctor Enrique Coello García en su obra *Derecho Civil, Sujeto del Derecho*, manifiesta su desacuerdo, con ello nos dice: "La ley habla de fallecimientos ocurridos en un mismo acontecimiento y no en más de uno. La frase "o por cualquier otra causa" que leemos en el Art. 65 se refiere individualmente a hechos distintos al naufragio, incendio, ruina o batalla, citados a título de ejemplo".

Por basarse el Precepto Jurídico de la conmuriencia en una presunción de hecho, ésta puede ser desvirtuada presentando las pruebas por parte de quienes tengan interés, esto significa que se le da la posibilidad de demostrar la existencia de un premuriante, lo cual explicaría que otra persona sobrevivió y por tanto el derecho a suceder al premuriante.

Así entonces la ley presume que han muerto todas las personas en un mismo momento, siempre que sea imposible tener el cabal conocimiento de sí una persona sobreviva a otra, pero en el caso de la existencia de pruebas que demuestran que una persona sobrevivió a otra, entonces no se podría aplicar la concausa de esto trata nuestra legislación, ya que con el progreso que ha tenido la ciencia moderna, puede ser posible determinar mediante la práctica de la autopsia de los cadáveres de quienes están implicados. El tiempo en que la muerte puede haberse producido en uno u otro, esto lo prescribe el Código de Procedimiento Penal, podemos pensar que la sobrevivencia de una persona en este caso puede llegar a ser por pocos instantes: lo cual no podría una autopsia determinar, pero en esos instantes puede ser que la persona deje evidencias de que no murió en un mismo instante, lo cual tendrá que ser considerado, pues por ejemplo en un accidente de tránsito en donde mueran dos personas recíprocamente con derechos a sucederse entre sí, y una de ellas ha podido salir por sus propios medios del automotor y trasladarse pocos metros de distancia, habría dejado una clara prueba de que sobrevivió a la otra.

La presentación de pruebas para desvirtuar esta presunción ha sido aceptada incluso por las legislaciones antiguas que presentaban un sistema de presunciones basados en la edad y el sexo como lo analizamos anteriormente, y hay análisis con mayores facilidades que obedecen al adelanto de la medicina y la técnica forense, en darse estos casos podría demostrarse con mayor facilidad, no obstante el Juez presentará su criterio, pues ante él se tratará por parte de quien demuestre el interés por hacerlo.

Narra Claro Solar el hecho suscitado en la jurisprudencia Francesa el 19 de febrero de 1572, la hija de Carlos Dumoulir, casado con Simón Boh; fue acecinada en su casa en unión a sus dos hijos de ocho años de edad el uno y el otro de veintidós meses.

Boh y los herederos colaterales de la mujer se disputaron la sucesión de los difuntos, sosteniendo al primero que su hijos habrían sobrevivido y sucedido a su madre y los segundos que la mujer debería reputarse muerta la última, conforme a la ley Romana, según la cual si la madre perece en un naufragio con su hijo impúber, éste se reputa muerto primero. El Tribunal pensó que antes de recurrir a las presunciones fundadas sobre la colaboración y la fuerza de los conmurientes era preciso consultar las circunstancias del hecho y que habiéndose cometido el asesinato por los actores, no se podía presumir que estos hubieran comenzado por matar dos niños de tan tierna edad, dando así a la madre tiempo para pedir socorro y que se debía suponer que esta había sido la primera víctima. Esto demuestra la valía del criterio que presente el Juez en un juicio de connuriencia.

MUERTE PRESUNTA

El precepto jurídico en cuestión, se le ha dado forma en la Legislación con objeto de esclarecer la situación de una persona desaparecida por un lapso de tiempo, y las terceras personas que tenían alguna relación con ésta, además el estado en el que queda el patrimonio que poseyó el desaparecido.

Expresa Jorge Joaquín Llambias: "El derecho no puede dejar de computar la situación que se presenta cuando una persona se ausenta de su lugar de domicilio o

residencia y transcurre un lapso mas o menos prolongado sin dar noticia alguna de su existencia. En tales casos, es dable presumir el fallecimiento del ausente, pues este es el hecho que aparece revertido con una gran probabilidad derivada de esta ausencia prolongada y de la falta de noticias sobre su paradero, no obstante las averiguaciones efectuadas por sus allegados”.

Esta institución no nos llama a pensar en un seguro deceso de la persona desaparecida, sino nos hace presumir su muerte y esto con el afán de dar solución al problema que plantea su desaparecimiento. La legislación regula las relaciones jurídicas como si la persona hubiera muerto; cuando por haber desaparecido, no se sabe si este vive o ha muerto; pero por el hecho de no tener noticias de él por un lapso prolongado de tiempo es muy probable que haya encontrado la muerte.

Tratamos sobre una muerte que llega a presumirse y no de la existencia de una certeza, pues existen también casos en los que no se tiene presente el cadáver de una persona, pero su muerte se colige, ya que las circunstancias en la que esta acaeció sería imposible que una persona haya podido sobrevivir como por ejemplo, la explosión de una aeronave a gran distancia de la superficie. Hechos que definitivamente dejan ver que las personas que se encontraban en estas circunstancias no tienen posibilidades de sobrevivir.

Larrea Olguín nos dice: “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 vive o muerto, pero resulta muy probable que realmente haya fallecido”.

El tema de la muerte presunta es mas bien un proceso en el que se presume muerta a una persona que ha desaparecido de su domicilio o residencia y que gradualmente, a medida de que el tiempo pasa se acrecienta la convicción de que esta persona ha muerto.

Debemos tomar en cuenta un principio del derecho que dice: "Acreditado el nacimiento o existencia legal de una persona debe reputársela viva mientras no se pruebe que ha muerto". Lo que no presenta mayor inconveniente frente a la fehaciente prueba de la muerte, pero en dicha desaparición de un individuo, será menester llevar todo un proceso, para así poder reputársele muerta a la persona.

A través del tiempo se ha modificado esta institución jurídica pues así los romanos dieron tratamiento al tema aunque no contenía un sistema sobre la ausencia y el desaparecimiento; como lo observan todos los tratadistas citados, pocas disposiciones aisladas sobre el tema. Al respecto de las cuales señaló Claro Solar sobre la Ley 14 Tit. 8 del Digesto.

"El Derecho Romano tan fecundo en instituciones jurídicas no contenía, sin embargo, un sistema sobre la ausencia y el desaparecimiento, como lo observan todos los tratadistas, y sólo se cita una que otra disposición aislada referente a diversos aspectos de la ausencia como la ley 14, tit 8, libro 2 del Digesto, referente a la prestación de fianza para defender en juicio al ausente; la 1.a, § 3, tit. 5, del lib. 3, sobre nombramiento de procurador al que esta ausente; la 56, tit. 1.o, lib. 7.o, que limitó a cien años el usufructo de los municipios "*quia is finis vita longavi, hominis est*", por que esta es la vida más larga del hombre; las leyes 173 y 199 del tit. 16, lib. 52,

que definen lo que deben entenderse por ausente y consideran tal al que no se encuentra en el lugar donde puede exigírsele alguna cosa es decir, al que está fuera de los límites de la ciudad *extra continencia urbis sit*".

Continúa el análisis cronológico el Tratadista nombrado, señalando la deficiencia de la Legislación Española, al tratar el tema, de ello anota.

"La legislación española fue igualmente deficiente. La ley 12 tit. 2. partida 3.a, que disponía que se nombrara curador a los bienes de aquellos que *catiuan o non* son en la tierra, con quien pudiera entenderse el demandante; la ley 14, tit. 14, de la misma partida, según la cual "*Si aquel de cuya muerte dubdan dizen que en extraña e luenga tierra es muerto e grand tiempo es passado, assí como diez años arriba*", bastaba probar que era fama pública que había fallecido; la ley 8.a, tit. 1.o, partida 4.a, que disuelve los esponsales cuando alguno de los que los contraen, *se va a otra tierra e non lo pueden fallar, nin saber do* es durante tres años; la ley 26, del tit. 31 partida 3.a, que limita a cien años el usufructo de una ciudad por que "*asmaron los sabios que en el tiempo de los cien años pueden ser muertos quantos eran nacidos en el día en que fuesse otorgado el usufructo*", y algunas otras leyes resolvían una que otra dificultad determinada; pero, no constituían un sistema completo de legislación.

Termina dicho análisis con el contenido del código francés diciéndonos:

"El Código Francés consagró un título especial a los *ausentes*, es decir, a aquellos cuyo paradero se ignora; pero no llegó hasta la presunción de muerte, que aceptó el proyecto de Código Español de 1851, y que admitía también anteriormente el Código

de Austria. Nuestro Código aprovechó estos elementos, pero su teoría del desaparecimiento es desde muchos respectos, original, como tendremos ocasión de hacerlo notar”.

Alesandri y Somarriva sostienen que don Andrés Bello al elaborar el Código Civil en este tema tuvo presente el Código Francés con los comentarios de Royron y de Delvivecour, el código Luisiana, el Código Austria y el proyecto del Código Español de 1851. Pero nos dicen los tratadistas nombrados que en muchos puntos Bello con originalidad aportó con soluciones propias las cuales le parecieron más adecuadas por lo que señalan como relativa originalidad en la materia de muerte presunta.

Con el tema de la muerte presunta siempre a de necesitarse realizar una diferenciación en cuanto a la terminología utilizada. Por esto es que Planiol y Ripert con mucha claridad distinguen el caso del desaparecido con el ausente y del simplemente no presente esto en conformidad con el derecho Francés, diferenciación que me permito anotar. “El ausente es la persona cuya existencia no es posible establecer por ningún hecho y cuya muerte no puede ser probada”.

“El no presente es el que se encuentra alejado de un lugar determinado, pero sobre la existencia del cual no hay dudas serias. El desaparecido es el que ha cesado de verse a partir de un accidente o de una catástrofe en la que según toda posibilidad, ha hallado la muerte, se podrá; pues, al cabo de algún tiempo declarar su fallecimiento por medio de un juicio”.

Continúan los tratadistas explicando que: "el ausente se distingue, pues del no presente en que su existencia es dudosa y del desaparecido en que la falta prolongada de noticias es la única razón de que se dude de esa existencia. Esta situación tiende a hacerse rara a causa de la facilidad creciente de las comunicaciones y por que la Ley actual autoriza los juicios declarativos sobre fallecimiento de una persona en todos los casos en que se está mas bien en presencia de un desaparecido que de un ausente".

Arturo Alesandri y Manuel Somarriva resuelven también los significados que se le da a la palabra ausente en el Código Civil chileno y al referirse al tema señala:

"Para los efectos de la declaración de muerte presunta el Código llama ausente a los que han desaparecido y se ignora si viven, habiendo transcurrido por lo menos cinco años dentro de la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia y llenándose los demás tramites que exige la Ley.

Don Luís Claro Solar también nos da una explicación sobre la palabra ausente, con lo que dice: "Se designa especialmente a la persona que ha dejado su residencia o domicilio sin dar noticia de su paradero, lo que hace que exista incertidumbre respecto de si está viva o muerta, y la incertidumbre va aumentando a medida que este estado de cosas se prolonga". Termina el tratadista señalando a semejanza de los demás Códigos modernos, el Código Civil Chileno, emplea la palabra ausente en este sentido técnico y especial.

Ambrocio Colin y H. Capitant presentan en su curso en el Derecho Civil las determinaciones del concepto de la ausencia, que lleva el Código Civil Español,

formula el siguiente concepto: "El ausente es aquella persona cuyo paradero se ignora y sobre cuya existencia reina incertidumbre".

Sobre la terminología utilizada por nuestra legislación con mucha razón Juan Larrea Olgún en su obra Derecho Civil del Ecuador, expresa: "que nuestras Leyes no son siempre constantes, y así en la institución que vamos a estudiar a veces se le llama al desaparecido, ausente y a veces se distingue la ausencia del verdadero desaparecimiento. En el lenguaje corriente la acepción que tiene la palabra ausente es más bien para significar que una persona no se encuentra en un lugar determinado, lugar en donde general o habitualmente se le puede encontrar, así por ejemplo: una persona en la casa donde habita".

Lois Jouserant señala en su obra derecho Civil: "Se dice de una persona que esta ausente significa con ello que no se encuentra en un lugar determinado, se hace alusión a su alejamiento con relación a un punto fijo, por ejemplo para un estudiante, el local de la cátedra, para un militar el cuartel o la ciudad, la guarnición para un heredero, el lugar de apertura de la sucesión a la cuál es llamado. Continúa el tratadista escribiendo: "En lenguaje de Derecho se dice en esos casos que hay no ausencia, sino simple no presencia y ésta situación no produce en tesis general, consecuencias Jurídicas".

Continua Jouserant, y explica: "La ausencia tiene muy distinta significación, así como también muy distinta gravedad en el lenguaje Jurídico, esta palabra expresa la incertidumbre que hay en cuanto a la existencia actual de un ser humano". El

tratadista ejemplifica en su obra, el caso de un explorador que partió hace muchos años para regiones lejanas y cuya suerte permanece desconocida.

La presunción de muerte de una persona, debe ser como ya se expresó anteriormente, mediante la declaración del Juez Competente, luego de seguir para ello un trámite especial, proceso que dedicaremos su estudio con posterioridad, pero dentro de lo que es la muerte presunta debemos distinguir los casos existentes, pues dependiendo de cómo se hayan suscitado las circunstancias, estas irán modificando la declaración y efectos de esta Institución Jurídica.

Así por ejemplo señala nuestro Código Civil en el Art. 66 "Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive".

Art. 67.- 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 fallecido han transcurrido por lo menos dos años.

Entonces tratamos del caso de un desaparecido, de quien no se tiene noticias por vario tiempo y esto no es explicable, puesto que el avance tecnológico cada vez es más óptimo y permite, con la facilidad inmediata comunicarse con los seres queridos, por tanto no es pensable que una persona se ausente de el lugar de su domicilio cortando lazos de comunicación. Además los lazos existentes entre el hombre y su terruño son tan grandes, que es muy difícil que una persona desaparezca por

completo de él, y pues podemos darnos cuenta, que en ese lugar una persona además de sus seres apreciados, habrán otros hechos que le harán sentir arraigado.

Así expresa Luís Claro Solar: "Son tan fuertes, tan poderosos, los lazos que unen al hombre con su familia y al suelo en que vio la luz primera, que lo natural es suponer en el deseo de volver a su Patria y de mantener con los suyos continuas relaciones, y si esto no sucede es seguramente por que ha muerto".

Encontramos otro caso que analiza el Derecho, este caso esta dado en el Art. 67 Numeral 6. Que manifiesta: "Con todo, si después de que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en la 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 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"

Estamos entonces frente a un hecho, que como en el caso general arrancamos de una hipótesis, pero esta vez de un hecho preciso y concreto, por que inicia un siniestro o catástrofe en donde son mayores las probabilidades que haya fallecido una persona, criterio que se acrecienta con el transcurso del tiempo de desaparición, el que por presumir que la persona falleció en el día en que sucedió el hecho, el plazo en este caso es menor, pues dado el caso mayor la probabilidad de que se haya dado

el deceso de la persona, y por tanto no es necesario mayor plazo de tiempo y es aún ya nuestra codificación en el haber Civil no concibe necesario más plazo que seis meses.

Nótese que la norma expresa: "Herida grave en guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba", pues aquí la norma es enunciativa y no entonces es posible pensar que necesariamente se aplique este caso especial de la muerte presunta solo en los casos señalados y más aún cuando la norma continúa: "o le sobreviene otro peligro semejante", con lo que abre el abanico a todo hecho o accidente en donde se ponga en peligro evidente la vida de un ser humano.

Puede darse que no se conozca con exactitud el día en que se dieron los hechos del que se colige la muerte presunta de la persona, pero existe el conocimiento del accidente o peligro dado, entonces la Ley es muy explícita al decir: "No siendo enteramente determinado ese día, adoptará un termino medio entre el principio y el fin de la época en que ocurrió el suceso".

Respecto a ello Claro Solar escribe: "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 provenientes en los números precedentes, dice el num. 7 del Art.81, modificado por la ley num. 6162, 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 fin de la época en que pudo ocurrir el suceso. En este caso, el desaparecimiento coincide con un acontecimiento que

contribuye a robustecer considerablemente la presunción de muerte. Si se sabe que un individuo ha sido gravemente herido en una batalla y después no se ha vuelto a tener noticias suyas, la probabilidad de su muerte es mucho mayor que cuando se ha ausentado y deja de comunicarse con los suyos, y no se tiene noticias de su existencia. Si un incendio destruye el edificio en que se encontraba una persona momentos antes de producirse y no se vuelve a saber más de ella; si un río inunda una comarca y no se vuelve a saber de las personas que se encontraban en una de las casas derribadas por la inundación, es natural suponer que la muerte de esas personas ha ocurrido en esos acontecimientos”.

Al respecto de este caso especial que hoy lo encontramos de esta manera, no se lo ha considerado siempre así, pues con el paso del tiempo se ha ido modificando hasta que ha tomado esta forma. A ejemplo de ello citaremos al escritor de la obra Tratado de Derecho Civil, Jorge Joaquín Llambías quien diferencia un caso extraordinario genérico y el caso extraordinario específico los cuales detallamos en las palabras escritas por el autor: “Caso extraordinario genérico: se requiere que el desaparecido haya estado en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra, u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte; o haya participado de una empresa que implique el mismo riesgo. En tal caso la presunción de su fallecimiento se causa por el transcurso de dos años sin noticias.

Caso extraordinario específico: se presenta cuando el desaparecido ha estado en una nave o aeronave naufragada o perdida. La presunción de fallecimiento se causa por el transcurso carente de noticias de solo seis meses.

Para terminar este tema señalaremos la naturaleza de la presunción de muerte, la que se la califica como una presunción **IURISTANTUM**, es decir, que se trata de una presunción y no una ficción. Esa presunción es la consecuencia de un hecho, la cual se fortalece por una resolución Judicial.

Por tanto la declaración de muerte presunta es una presunción que admite prueba en contrario, presentada por la persona que tenga interés en demostrar que el individuo en cuestión vive o ante la aparición de este, con lo que queda comprobada la vida de la persona, esto se da por que lo que se declaró es una presunción, que tiene como objetivo proteger tanto los intereses del desaparecido como los de terceros y de la sociedad en general por tanto se declara la muerte presunta basados en hechos, los que son indicios de una posible muerte de una persona, pero no lo hace de una manera absoluta porque no se sabe con total certeza la existencia o inexistencia ya de la persona.

ELEMENTOS DE LA MUERTE PRESUNTA

Para que se llegue a determinar por parte de la autoridad judicial la declaración de la muerte presunta, es necesario que ocurran ciertas circunstancias para que constituyan dicha Institución Jurídica.

Siendo la muerte presunta una presunción, es inexistente una prueba fehaciente de la muerte de la persona, como por ejemplo contar con la presencia del cadáver o con testimonio de personas que lo vieron morir, o que la persona falleció en circunstancias

tales que imposibilitan la presencia del cadáver, pero se puede constatar la muerte de un individuo.

En el caso de la muerte presunta, como hemos dicho para que se constituya la Institución Jurídica de la Muerte Presunta, es necesario la participación de tres elementos congruentes entre si los que van teniendo una secuencia importante, que en sumatoria de estos se constituye en si dicha figura.

Arrancamos con el primer elemento que es la ausencia y desaparecimiento de una persona, que, con dicho individuo, pierden relación el resto de personas, con quienes habitualmente mantenía variados lazos, como por ejemplo relaciones familiares, relaciones comerciales, relaciones laborales, relaciones sociales, políticas, etc, calificamos entonces a esta ausencia como el primer elemento de la muerte presunta.

Como segundo elemento anotamos la incertidumbre absoluta de su existencia, puesto que esta perdida de relaciones y la falta de conocimiento mismo sobre el desaparecido marcan dudas a cerca de la existencia de esta persona, pues, como ya hemos dicho la naturaleza sociable del hombre, y los lazos sentimentales con su patria, hacen muy difícil el hecho de que esta persona desaparezca sin que se sepan noticias posteriores de él, sobre todo con sus más allegados, lo que da inicio a creer en la posibilidad de que dicha persona haya muerto. Cabe destacar que la incertidumbre tiene que ser absoluta, es decir desde la fecha de últimas noticias que se tuvo del desaparecido no debe existir conocimiento de sus actos por ninguna persona en lo absoluto

El último elemento que se presenta en la muerte presunta es el transcurso del tiempo, el mismo que está determinado en nuestra legislación, del que nos ocuparemos posteriormente; este es el factor determinante para la declaración de la muerte presunta, por lo imprevisible de que una persona se aleje de su domicilio sin que en este lapso se tengan noticias de él, y la Ley establece este plazo protegiendo los intereses del desaparecido, dando también al desaparecido la oportunidad de su reaparecimiento.

PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA

Ya habíamos tocado el tema, que para que se considere muerte de manera presunta a un individuo, es menester que se lo haga mediante una declaración judicial, se deberá para ello dar análisis a las condiciones subjetivas y procesales que señala nuestro Código Civil, concernientes al presente tema, los mismos que se encuentran en el Art. 67 del nombrado cuerpo Legal.

De estas reglas realizaremos un análisis tomando en cuenta las circunstancias más preponderantes, catalogadas así: El interés procesal, el Juez competente, condiciones objetivas, publicidad y fijación del día de la muerte. Este último trataremos por su importancia de manera separada.

INTERÉS PROCESAL

Nos referimos como interés procesal, aquel interés que tenga una persona y pueda motivar la resolución judicial que declare la muerte presunta de una persona, que

dicha resolución se tramite a partir de petición de parte, así lo señala la Ley al decir: "La declaración podrá ser pedida por cualquier persona que tenga interés en ella".

Anota en su obra Larrea Olgúin "Se entiende que tienen interés actual los que heredarían al desaparecido si hubiera muerto, los que heredarían a otra persona siempre y cuando el desaparecido hubiera muerto, (por ejemplo por derecho de representación o bien por haberse cumplido así alguna condición), el cónyuge del desaparecido, los socios del desaparecido y quizás los acreedores".

Respecto al tema el tratadista Claro Solar manifiesta: "El interés del que se trata debe ser un interés primario subordinado a la muerte del desaparecido". De esta manera estaría enmarcando solamente a aquellas personas con quienes la persona que se le declararía muerta presuntamente tenga una relación económica, con la que a la muerte del primero, la segunda llegará a tener facultades como para exigir el cumplimiento de este derecho.

Y así el mentado tratadista señala quienes son las personas que pueden dar motivación a la declaración de muerte presunta de una persona entre quienes señala a: los herederos presuntos, a los que se considera como los principales interesados, pues son ellos según los casos que pueden pedir la posesión provisoria o definitiva de los bienes del ausente. Los propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios y todos ellos que tengan derechos subordinados la condición de muerte del desaparecido, tienen también interés en la declaración por que aunque no puedan hacer valer desde luego sus derechos y tengan que esperar la posesión definitiva de los bienes, necesita la

presunción de muerte como un antecedente indispensable para hacer valer sus derechos.

Claro Solar opina que los acreedores no estarían en la misma calidad pues nos dice: "Ellos no tienen interés en la declaración de la presunción de muerte por que sus derechos no están subordinados a ella, ni pueden obtener para si la posesión de los bienes de aquel". Entonces nos señala Claro Solar que "Para hacer valer sus derechos les basta entenderse con los apoderados del asunto o bien provocar el nombramiento de un curador y no tienen para que ni por que gestionar la declaración de presunción de muerte de su deudor".

En esto coinciden los tratadistas Arturo Alesandri y Manuel Somarriva al decir: La declaración de muerte presunta puede ser provocada por cualquier persona que tenga interés en ella. Y es tal, toda persona que tenga un interés pecuniario subordinado a la muerte del desaparecido. Por ejemplo, los herederos presuntivos, el propietario de bienes que el desaparecido usufructuaba, el fideicomisario a quien por la muerte del desaparecido se define el fideicomiso, los legatarios, etc.

Continúan los autores chilenos señalando, pero se encuentran en el mismo caso los acreedores del ausente por que su interés pecuniario no está subordinado a la muerte del desaparecido y si quieren hacer valer sus derechos, les basta con dirigirse a los apoderados del ausente a provocar el nombramiento de un curador.

Sin embargo de ello Juan Larrea Olgún no se muestra en concordancia pues escribe: "Pero si es cierto que la mayor parte de los casos, bastará el acreedor el

nombramiento del curador del ausente, también conviene considerar que si se sigue el juicio de presunción de muerte por parte de otras personas y sin la intervención de los acreedores, estos podrían correr de que los bienes del deudor pasen a personas menos solventes de donde no parece justo negarles el derecho de intervenir en el juicio, y si pueden intervenir tampoco hay inconveniente en que puedan incluso promoverlo, tanto más cuando la declaración de muerte presunta, como he dicho, protege no solamente los intereses de terceras personas sino también del mismo desaparecido (si vive) o de sus sucesores”.

En otro aspecto que están de acuerdo Claro Solar, Alesandri y Somarriva es en cuanto al Ministerio Público, pues señala Claro Solar: “Es evidente aunque el Ministerio Público, pueda provocar medidas para resguardar los intereses del ausente y entre ellos el nombramiento de los curador, no podría perseguir la declaración de muerte presunta”. En manera muy similar Alesandri y Somarriva expresan: “Es más evidente aún que el Ministerio Público que puede provocar medidas para resguardar los intereses del ausente y entre ellos el nombramiento de curador, no podría perseguir la declaración de muerte presunta”. No obstante existen diversos criterios que me permito anotar, el de Guillermo Borda, quien a diferencia de los anteriores no limita solamente al plano pecuniario el interés que pueda tener una persona para motivar la declaración de presunción de muerte, pues trasciende de este criterio al decirnos en su obra Tratado del Derecho Civil: “Pueden pedirla todas las personas que tengan algún derecho sobre los bienes del ausente supeditado a la condición de su muerte”. Luego nos da este tratadista un listado de quienes tendrían el derecho a pedir la declaración de ausencia.

“El cónyuge sea, o no heredero del ausente, siempre que demuestre un interés patrimonial o de otro orden en la declaración del fallecimiento presunto. Diferimos, por tanto de la opinión de Busso, quien sostiene que el cónyuge divorciado por su culpa y además separado de bienes no tiene derecho a entablar la acción pues carece de vocación hereditaria y la sociedad conyugal esta ya liquidada. Podría ocurrir sin embargo que tuviera un interés extramatrimonial, así por ejemplo si la tendencia de los hijos menores se hubiera adjudicado al cónyuge ausente, su muerte presunta tendrá como efecto que esa tendencia pase al supérstite.

Por lo demás el interés del cónyuge existe aunque no haya bienes ya sea para obtener la disolución del vínculo matrimonial ya para lograr una separación de patrimonios que impida que los bienes ganados en lo sucesivo con su trabajo personal, ingresen a la sociedad conyugal.

Los presuntos herederos sean legítimos o instituidos en un testamento abierto. Si por el contrario, el testamento fuere cerrado no podrá abrirse hasta dictada la sentencia que declare la presunción de fallecimiento de tal modo que los indicados en el no podrían iniciar acción. Adviértase bien que al iniciarse el juicio, todavía no puede saberse con certeza quienes serán los herederos legítimos pues no se ha fijado aún el día del fallecimiento; de manera que basta probar el parentesco, para que el Juez admita la demanda, sin que quepa por el momento indagar la existencia de otros presuntos herederos con mejor derecho. Sin embargo, si iniciada la acción por un pariente de grado lejano, se le opusiere uno más próximo y de las circunstancias del caso resultare que, cualquiera fuese el día presuntivo del fallecimiento, el primero quedará excluido por el segundo, la opción de este al juicio de ausencia impide

continuar su trámite, puesto que aquel carece de todo derecho a los bienes del ausente subordinado a la condición de su muerte.

Los legatarios instituidos en testamento abierto.

El beneficiario de un seguro de vida; el donante, cuando la donación hubiera sido hecha con cláusulas de reversión en caso de muerte del donatario; el deudor de una renta vitalicia a favor del ausente; el propietario sobre cuyos bienes pesa el usufructo de por vida a favor del ausente; los acreedores de los herederos del ausente, en ejercicio de la acción subrogatoria.

El ministerio Fiscal, entendiéndose por tal los Asesores de Menores e Incapaces en representación de los presuntos derechos habientes incapaces; los agentes fiscales y representantes de la Dirección General Impositiva, desde que el Fisco tiene interés en la percepción del impuesto a la transmisión gratuita de bienes y tiene derechos sucesorios sobre las herencias vacantes.

En cambio, carecen de derecho a iniciar el juicio los acreedores, que si bien pueden estar interesados en la designación de un curador a los bienes, que cuide de estos, no lo están en cambio en que se declare su muerte".

Pero no se encuentra de acuerdo con Claro Solar, Arturo Alesandri y Somarriva, en cuanto a la situación de los acreedores por lo que anota: "En cambio, a veces el derecho a iniciar el juicio o los acreedores que si bien pueden estar interesados en la declaración de un curador de bienes, que cuide de estos, no lo están en cambio en

que se declare su muerte presunta, desde que estas circunstancias en nada influye en el cobro de sus créditos".

Jorge Joaquín Llambías en su libro Tratado del Derecho Civil "Podrá pedir la declaración del día presuntivo del fallecimiento justificando los extremos legales y la realización de diligencias pendiente a la averiguación de la existencia del ausente, todos los que tuvieran algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate". Es decir, que este autor también no toma en cuenta solamente intereses que pueda darse por aspectos de carácter pecuniario.

Nos brinda dicho autor en su obra un listado de quienes el considera las personas que llegan a tener este interés, así entonces nos dice que entre los interesados cabe mencionar los siguientes:

- a) El Cónyuge del Ausente.- aún sin vocación hereditaria, pues siempre dispondría del derecho de contraer nuevas nupcias, supeditado a la declaración del fallecimiento presunto del ausente. no creemos que sea menester acreditar el interés del cónyuge para que se admita su legitimación procesal en la causa, sin que por su mismo carácter sea menester la exposición del propósito ante extraños.
- b) Los Herederos presuntos del ausente.- legítimo o testamentario, los herederos instituidos en un testamento cerrado carecen de acción, por ignorarse su título hasta la apertura del testamento, lo cual recién puede tener lugar después de la declaración del fallecimiento presumido por la ley.

-
- c) Los Legatarios.- instituidos en un testamento abierto que ostentan evidentemente un derecho supeditado de los bienes del ausente si este careciese de herederos.
 - d) El Fisco.- interesado en la percepción del impuesto a la herencia o eventualmente en la recesión de los bienes del ausente si este careciese de herederos.
 - e) El Beneficiario de un seguro sobre la vida del ausente.- así como en general los acreedores de una prestación subordinada en su exigibilidad o existencia al plazo o condición de la muerte del desaparecido.
 - f) El Socio de una sociedad de dos socios, el mandatario, el deudor de renta vitalicia o cualquier otro contratante cuyas obligaciones caducan por la muerte de la contraparte.
 - g) El Nudo propietario.- cuando el desaparecido fuere titular del correlativo derecho de usufructo, uso o habitación, por su interés en la consolidación de su dominio.
 - h) Los acreedores de cualquier interesado patrimonialmente en la declaración del fallecimiento del desaparecido, cuando obraren en ejercicio de la acción subrogatoria.

A más de este listado nos nombra a aquellas personas que en su consideración no pueden pedir estas declaraciones que son:

- a) Los Acreedores del Ausente.- Bueno es notar que tales acreedores no tienen condicionado su derecho al fallecimiento del deudor, pero además carecen de todo

interés en concretar la sucesión "Mortis Causa" del ausente. Diversa es la situación cuando se trata de proveer al ciudadano de los bienes del simple ausente, mediante el nombramiento de curador, pues entonces si tienen aquellos un efectivo interés en la designación de ese representante para ventilar con el mismo las acciones judiciales del caso.

- b) Los parientes del desaparecido en grado no sucesible, ósea los parientes colaterales más lejanos del cuarto grado.
- c) Los amigos del desaparecido.
- d) El Ministerio Fiscal.- Aquí encontrarnos otra diferencia fundamental con el sistema del Código Civil, ahora derogado pues mientras en este el ministerio fiscal, en cuanto tal y como representante del orden público tenía acción para promover juicio de ausencia con presunción de fallecimiento.
- e) El Cónsul respectivo.- Si el ausente fuese extranjero. En el sistema derogado."

JUEZ COMPETENTE

Nuestra legislación ordena el trámite de la declaración de muerte presunta se lo haga ante el Juez del último domicilio que el desaparecido estuvo en el Ecuador, esto se comprenderá puesto que en tal sitio es en donde esta persona tenía sus relaciones con los demás en eventos sociales y relaciones de toda índole y también es muy

general que la totalidad o la mayoría de sus bienes se encuentran en este lugar, además que los que señalan que el mismo Código Civil en materia de sucesiones en el Art. 997 nos dice la sucesión en los bienes de una persona se abre el momento de su muerte, en su último domicilio.

Me permito transcribir dos criterios muy similares expuestos el primero por Alesandri y Somarriva y el segundo por Don Luís Claro Solar al respecto de la competencia del Juez.

“La presunción de muerte debe declararse por el Juez del último domicilio que el haya tenido en Chile. El fundamento de la competencia de este tribunal, se encuentra en el principio general que prescribe que todos los actos judiciales o extra judiciales que se interesan a una persona deben efectuarse en su domicilio y en la consideración especial que supone que una persona es mucho más conocida en su domicilio que en otra parte, esta tiene sus relaciones y es muy probable que haya noticias de su paradero”.

Transcribimos ahora lo citado por Claro Solar “La declaración de ausencia es un hecho judicial que debe tramitarse ante el Juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile. La ley a elegido este Juez aplicando el principio general de que todos los actos judiciales o extra judiciales que interesen a una persona es natural que se efectuó en su domicilio respecto del desaparecido es conocido, en este lugar tiene sus relaciones y es muy probable que haya noticias de su paradero”. Sobre el tema en cuestión nos dice el Tratadista Guillermo Borda: “Es competente el Juez de lo último domicilio o en efecto, de la última residencia del

ausente". Continúa el Jurisconsulto francés diciendo "Si se ignora el domicilio y la residencia y hubiere bienes en el territorio de la República, es competente el Juez del lugar en que están situados los bienes, si hubiera en varias jurisdicciones será competente cualquiera de ellos excluye a los otros ante los cuales también se han podido iniciarse".

Concepto en el cual participa el hecho del desconocimiento del domicilio de la persona, en esto toma gran importancia la residencia, para lo cual viene hacer necesario hacer su diferenciación.

Al respecto del domicilio Alesandri dice que "El domicilio no es una noción abstracta y ficticia, sino concreta, es un lugar en que la ley supone siempre presente a una persona para los respectivos efectos jurídicos". Borda por su parte nos brinda el siguiente concepto de domicilio: "El lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona para la producción de determinados efectos jurídicos".

Don Andrés Bello recoge esta concepción de domicilio como lugar y lo plasmó en el Código Civil de la siguiente manera: Art. 45. "El domicilio consiste en la residencia, acompañada real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella". De esta definición se colige que la residencia es como de los elementos constitutivos del domicilio, pues la residencia es el lugar de la sede estable de la persona aunque no sea perpetua o continua.

A pesar de que entre las características del domicilio está su obligatoriedad como así lo reconoce la ley, pueden darse casos en que existen personas que carezcan de

domicilio, en cuyo caso hay que recurrir a lo que expresa el Art.54 del Código Civil: "La mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieran en otra parte". De esta manera se daría solución en casos de presentarse la conveniencia de domicilio de la persona y por otra parte hace bien la doctrina en dar solución.

Para determinar el domicilio de una persona hay que entender lo expuesto en el Art. 48 del Código Civil: "El lugar de donde un individuo está de asiento o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio determina su domicilio civil o recintos". Por tanto hay que señalar que el domicilio es una valoración legal que lo considera a una persona presente en un lugar en el cual tiene su asentamiento y en la que realiza sus actividades de interés, familiar, económico, social, laboral.

En el caso de la declaración de muerte presunta, tocamos el tema de desaparecimiento de una persona que no se encuentre en su domicilio y de quien no se tiene ya noticias, o bien las últimas noticias que se tuvo de él en este lugar y siendo posible que una persona pueda cambiar de domicilio, pues esto está dentro de su amplia libertad de obrar, pues las personas a su libre arbitrio podrán elegir su lugar de domicilio y por tanto puede efectuarse el cambio domiciliario, esto cuando una persona traslada su residencia a otro lugar y presente la intención de permanecer o establecerse. De este concepto entonces, podemos colegir, que la residencia es un elemento que constituye el domicilio, y así entonces comprendemos que la residencia es un lugar de la sede que establece la persona aunque no sea perpetua o continúa.

La declaración de muerte presunta se haría en el último domicilio que tuvo esta persona, teniendo competencia el Juez de este lugar, no esta por demás el señalar que la ley se refiere al último domicilio, y en este no a un domicilio especial, el cual se refiere al ejercicio de ciertos derechos o relaciones jurídicas especialmente determinados.

El jurista Ecuatoriano Larrea Olgúin presenta en hipótesis la competencia al Juez ecuatoriano en todo caso en que una persona haya tenido domicilio en el Ecuador aunque su último domicilio conocido haya sido en el extranjero. El problema que se plantea el jurista Larrea Olgúin formula la respuesta al decirnos: "No creo que pueda responderse afirmativamente en esta cuestión sino que por lo contrario el Juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el Ecuador será competente solo en tres cosas". A continuación el doctor Larrea nos presenta tres circunstancias que puedan presentarse las cuales necesita nuestro estudio, por ello los planteamos en este trabajo:

- a) Cuando ese Juez es también el del último domicilio absoluto dentro o fuera del Ecuador, es decir que el desaparecido no haya tenido otro domicilio conocido en el exterior después de haberlo tenido en el Ecuador. En este caso no necesita justificación, con esto el autor, si el desaparecido tuvo su último domicilio en el Ecuador el Juez Ecuatoriano es sin duda el competente.

- b) Cuando el desaparecido Ecuatoriano y tenga cónyuge o parientes ecuatorianos. Este caso comenta Larrea Olgúin, se resuelve en la forma indicada, en virtud de lo que dispone el Art. 14 del Código Civil, ya que la muerte presunta afecta a las

relaciones de familia y tal vez al estado civil y si hay cónyuge o parientes ecuatorianos, compete a las leyes ecuatorianas regular tales situaciones y consecuentemente parece lógico que los jueces ecuatorianas tengan competencia para aplicar dichas leyes.

- c) Cuando se atribuye la competencia a los jueces ecuatorianos en virtud de tratados internacionales o de disposiciones de remisión de otra ley extranjera. En estos casos señala el tratadista ecuatoriano que las disposiciones positivas de tratados o de leyes extranjeras también parece evidente que pueda corresponder la competencia del Juez ecuatoriano, aunque el desaparecido haya podido tener su último domicilio en el extranjero.

Continúa el jurista ecuatoriano explicándonos en líneas posteriores:” pero fuera de los tres casos examinados, no resulta razonable atribuir la competencia al Juez del último domicilio “en el Ecuador”, si hubo otro domicilio conocido posterior, en el extranjero.

Continúa el autor citado: “el Código Sánchez de Bustamante dice el Art. 82:” todo lo que se refiere a la presunción de muerte del ausente y a sus derechos eventuales se regula por su ley personal”, y ya sabemos que esa ley personal puede ser de la nacionalidad o la del domicilio. Ahora bien, si una persona ha tenido su domicilio primeramente en el Ecuador y luego en otro país por fin desaparece, si el segundo país considera como ley personal la del domicilio, el Juez ecuatoriano no podría considerarse competente (salvo que se trate de un ecuatoriano). El problema se hace difícil en el caso de que el un estado siga la nacionalidad como ley personal y el otro prefiere el sistema del domicilio. Pero en todo caso, si se presenta tal conflicto, el

Juez ecuatoriano debe preferir su propio sistema (Lex Fori), a la aplicación de la ley extranjera.

La declaración de muerte presunta, echa por Juez competente tiene valor extraterritorial así lo declara el Art. 83 del Código de Sánchez de Bustamante, es decir que produce efectos también fuera del caso del estado en que se declaró. Pero en la extraterritorialidad supone que la competencia del Juez que declaró la muerte presunta sea reconocida por aquel o aquellos otros estados en los que se pretende hacer que surtan efectos de declaración”.

CONDICIONES OBJETIVAS

Hablemos de las condiciones que deben ser probadas ante el Juez para motivar la declaración de muerte presunta, a esto se refiere la ley al decir que se ignora su paradero, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que desde la fecha de la última notificación que se tuvieron de la existencia del desaparecido han transcurrido dos años. Estas tres condiciones se encuentran anexas entre sí y que es necesario que se justifiquen el cumplimiento de las mismas para que opere la resolución judicial de los cuales analizaremos una a una, esto dado a que en el trabajo ya se ha expuesto sobre el tema.

El hecho que se ignore el paradero del desaparecido tiene que ser absoluto, el hecho de que no exista conocimiento del lugar donde se encuentra una persona y entre ellos las personas más allegadas como familiares, amigos, socios o demás personas con

quienes ha mantenido relaciones da serios indicios de una circunstancia fatal puesto que como ya lo hemos mencionado de una persona por su naturaleza sociable a la que Aristóteles llamaba el zón politicon hace que las personas mantengan una relación con nuestros semejantes y más con quien se encuentra en el lugar donde se han encontrado y si ha mantenido un vínculo con otras personas, siendo así imposible el pensar que una persona pierda contacto sobre todo con familiares, ya hemos analizados que las facilidades existentes que brinda el avance tecnológico sobre todo en las comunicaciones, siendo la naturaleza del hombre es imposible que alguien pueda alejarse del resto de personas y aunque esta persona quiera romper relación con el resto de personas con quien haya en el pasado mantenido una relación, pues siempre habrá un indicio o se llega por terceras personas a tener noticias de este, pues es común que se le avise o se den referencias del desaparecido y sobre todo cuando a este se le esta buscando que es a lo que se refiere a la segunda condición.

Que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo puesto que si una persona a desaparecido será de preocupación para las personas con quienes tiene relación quienes han de suponer harán todos los esfuerzos para dar con su paradero. Pero tendrá que imperiosamente probarse por parte de quienes solicita la declaración de la muerte presunta y que se pruebe que se han hecho grandes esfuerzos para poder averiguar cual ha sido la suerte del desaparecido, y que no se han tenido ya por ningún motivo noticias de él y también que probaran a la autoridad competente al respecto de estas dos condiciones. Claro Solar anota en su obra.

“Que la persona que la solicita justifique previamente que se ignora el paradero del desaparecido y que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo. Esta

comprobación se hace por medio de una información de testigos con la audiencia del defensor de ausentes quien puede contradecir las afirmaciones del solicitante de la declaración de muerte y exigir que se presenten otros antecedentes o pruebas si las que se presentaren no fueren satisfactorias. Cualquiera persona que tenga un interés en la vida actual del desaparecido puede ser también admitida contradictoriamente con el que se presente solicitando la declaración de presunción de muerte, y aún el Juez de oficio puede exigir mayores esclarecimientos que las circunstancias hagan necesarios. Según esto, la declaración puede dar lugar a un juicio entre partes y citar juicio no ocurre, el Juez mismo de oficio o a requisición del defensor de ausentes, puede exigir que se amplíen las pruebas.”

Sobre el segundo caso tratado Claro Solar escribe: “Que se practique la citación del desaparecido entre estas serán de rigor la citación del desaparecido; que deberá haberse repetido hasta por tres veces”. En esta parte Don Luís Claro Solar nos hace referencia a Ocampo miembro de la Comisión revisoría, nos dice que: “Observó respecto de este inciso que no se determinaba el proyecto el numero de inserciones de que debía componerse cada situación y que a su juicio una sola bastaría para llenar los fines de la ley. Observó también que podría dudarse si cada citación debía distar de la que la precede o sigue más de cuatro meses o si bastaba, según la letra del artículo, que las dos primeras citaciones distaran de la última más de cuatro meses. Estas observaciones no fueron atendidas; pero ellas sirven para dejar bien en claro que una sola inserción basta, hará cada citación y que las citaciones son tres, pues debe repetirse hasta por tres veces y no mas de tres veces”.

Que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron del mismo a transcurrido por lo menos dos años, pues en este lapso prolongado de tiempo por lo cual se ha ignorado el paradero del desaparecido y a más de ello se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, lo que consuma una situación extraña, por lo que se puede llegar a la conclusión de que esta persona ha llegado a la muerte es determinante, el transcurso del tiempo pues por razones ya anotadas comprendimos que una persona no puede perder su relación con los suyos o con su tierra y por tanto una persona que se ausente de su domicilio por este lapso prolongado y en estas circunstancias nos lleva a creer de que puedo encontrar la muerte.

Cabe señalar que este lapso de tiempo ha venido notificándose a través de las épocas, así por ejemplo nos habló Arturo Alesandri sobre la variación que ha sufrido dicha situación jurídica. Para que proceda la declaración de muerte presunta debe antes justificarse entre otros hechos ya mencionados que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia del desaparecido han transcurrido al menos cinco años. (Art. 81 numero 1 Código Civil Chileno modificado por la ley 6192 que sustituyo las palabras cuatro años por cinco años.)

Pero el legislador a tomado hoy en día el criterio de que una persona no puede desaparecer sin que deje rastro de ella por más de dos años, esto puesto que los medios de comunicación y de transporte se han desarrollado de tal manera que no exista manera que un ser humano quede incomunicado. o que tarde tantos años emprendiendo camino regreso a casa y por lo tanto ya no es necesario que se espere mayor tiempo, esto también para que esta Institución Jurídica puesta en análisis

llamada no solo a precautelar los intereses del desaparecido sino también de terceras personas que tuvieron relación con este.

PUBLICIDAD

Manda también la ley que en este caso será necesario que se haga de rigor (como es el texto legal), la citación al desaparecido, esto puesto que puede darse tramitación de mala fe, esto alegando el hecho de que personas se hayan ausentado de su domicilio, pero no hayan perdido comunicación, es decir que no estamos hablando de personas desaparecidas. Es entonces una manera de precautelar los intereses del desaparecido, así como también de otras personas que hayan tenido relación con el desaparecido para que se llegue a tener conocimiento de que se esta tramitando al respecto Luís Claro Solar anota:

Que se practique la citación del desaparecido. "Entre estas pruebas dice el número 2 del Art. 81, será de rigor la citación del desaparecido; que deberá haberse repetido hasta por tres veces".

El señor Ocampo, miembro de la Comisión Revisora, observó respecto de este inciso que no se determinaba en el proyecto en número de inserciones de que debía componerse cada citación y que a su juicio una sola bastaría para llenar los fines de la ley. Observó también que podía dudarse si cada citación debía distar de la que le parece o sigue más de cuatro meses, o si bastaba, según la letra del artículo, que las dos primeras citaciones distarán de la última mas de cuatro meses. Estas observaciones no fueron atendidas; pero ellas sirven para dejar bien claro que una

sola inserción basta para cada citación y que las citaciones son tres, pues debe repetirse *hasta por tres veces* y no más de tres veces. La redacción de la ley es, sin embargo, un poco oscura y habría sido preferible la adoptada por el Código de Colombia que, como se sabe, es igual al nuestro. La condición 2.ª del artículo 97 de este Código dice: "La declaratoria de que habla el artículo anterior no podrá hacerse sin que preceda la citación del desaparecido, por medio de edictos, publicados en el periódico oficial de la Nación, tres veces por lo menos, debiendo correr más de cuatro meses entre cada dos citaciones".

"Siendo tres citaciones y mediando más de cuatro meses entre cada dos citaciones, el periodo de duración de estas era de ocho meses a lo menos, suponiendo que la segunda citación se hiciera al día siguiente de completados los cuatro meses posteriores a la primera citación y la tercera inmediatamente después de corridos los cuatro meses de la segunda. Con arreglo a la ley número 6162, este periodo es hoy solamente de cuatro meses, reducción autorizada por la facilidad de comunicaciones que ahora existe. El Código Argentino, artículo 115, fija un espacio de seis meses y prescribe la citación del ausente por los periódicos cada mes, o sean seis citaciones."

La citación debe hacerse en el periodo oficial porque hay seguridad de que esta publicación llega a todas las legaciones y consulados de la República en el extranjero y de este modo es más fácil que el desaparecido tenga conocimiento de la tramitación que se practica para declarar su muerte presunta.

Pero al respecto al tiempo de intervalo que señala nuestra legislación entre cada citación es de un mes, puesto que no se considera necesario mayor tiempo, dando

facultad al Juez de señalar el periódico o periódicos en los que deberían citarse y además la ley obliga a que se cite a través del registro civil.

TUTELA DE LOS INTERESES DEL AUSENTE

El Dr. Máx Coellar en su obra Derecho Civil Personal nos explica que: "Entre las principales funciones del Ministerio Público está de representar judicialmente al Estado, intervenir como parte en los juicios por los de acción pública y la de defender derechos especialmente tutelados por la ley como los de los incapaces y ausentes".

Por esto y entonces en relación de la regla dada del Art. 67 que ordena que: "Será oído para proceder a la declaración y en todos los trámites judiciales posteriores al Ministerio Público". La norma dicha a través de la facultad de Ministerio Público de exigir además de las pruebas presentadas, se presenten otras pruebas que estimará satisfactorias, por tanto el Ministerio Público, debe tomar el papel en este proceso, como contradictor de quienes solicitan la declaración de la muerte presunta, además ordena la ley que en las actuaciones posteriores relacionadas al desaparecido. La doctrina habla también de la presencia en el proceso del Defensor de Ausente. Así entonces del tema se expresa el autor: "para proceder a la declaración de muerte presunta, y en todos los trámites posteriores debe ser oído al Defensor de Ausentes. Todo Defensor Público, como es el de ausentes, tiene por misión velar por los intereses particulares de las personas que no puedan ejercer sus derechos".

Pero a diferencia de los que expresa el tratadista, lo cual dice de la legislación Chilena, en nuestro país como ya lo hemos señalado esta facultad compete al

Ministerio Público, Jorge Joaquín Llambías trata también de la intervención del defensor lo cual considera indispensable en los actos esenciales del proceso, nos dice: "Desde luego que el defensor debe ser oído luego de producir las pruebas para que se expida sobre el mérito de los mismos". Llambias nos habla de la necesidad de la presencia del defensor para que la situación pueda recaer en validez.

Señala mencionado autor: "Pero no solo en esa situación debe ser oído el defensor, sino en todas las pruebas que han de rendirse bajo su control, y como en el expediente no hay propiamente un periodo procesal da prueba de ahí la necesidad de que las medidas que se ofrezcan sean ordenadas con citación del defensor bajo pena de nulidad de lo obrado sin cumplirse ese recaudo".

Debemos entonces decir que no solo al defensor de ausentes, en el caso concreto del país el Ministerio Público se le faculte para revisar y contradecir las pruebas observando su merito, Alesandri y Somarriva señalan de quienes encubren las pruebas contrarias a la presunción de la muerte, esto nos muestra al escribir en su obra: "El que reclama para cuya existencia se supone que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estaría obligado a probar que el desaparecido ha muerto verdaderamente en esa fecha y mientras no se presente prueba en contrario podrá usar de sus derechos en los términos de los artículos precedentes". Y por lo contrario, todo el que declara un derecho para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto antes o después de la fecha, está obligado a probarlo y sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros ni exigirles responsabilidad alguna. En este artículo no hay sino aplicación de los principios inherentes a las presunciones legales.

DETERMINACIÓN DEL DÍA PRESUNTIVO DE LA MUERTE

Decidimos tratar este tema por separado, pues el hecho de determinar el día presuntivo de la muerte de una persona se reviste de gran connotación como veremos más adelante. Y es necesario diferenciar entre el caso general y el caso calificado, ya que se dan en los dos, distinto tratamiento.

Iniciamos dando análisis al caso general, la ley dice que ha de fijarse como día presuntivo de la muerte, al último del primer año, contando desde la fecha de las últimas noticias, norma que también ha sido objeto de modificación, la ley señala que ha de contabilizarse dos años, pero por las razones señaladas cuando nos hemos visto avocados a tocar el tema de reducción de plazos y en la determinación del día presuntivo de la muerte no a pasado por alto esta nombrada reducción de plazo. Y hoy en día nuestra legislación exige se cuente hasta el último día del primer año contando desde la fecha de las últimas noticias. A lo cual Victorio Pescio ejemplifica este hecho al decir: "Si las últimas noticias datan del 1 de enero de 1949, se fijará como día presuntivo de la muerte el 31 de diciembre de 1950".

Alesandri y Somarriva dan la explicación de la importancia de la determinación del día presuntivo de la muerte de una persona y comenta de esta manera diciéndonos: "La regla del Código es arbitraria, pero no podría ser de otra naturaleza tratándose de un caso como este en el que reina la incertidumbre". Encontramos razón a estas palabras pues no estamos en conocimiento de muerte de una persona, y por tanto podemos saber si es que en verdad a esta persona le ha acaecido la muerte el día en que sucedió, por tanto se está llegando a una su posición no solo de su muerte sino también del día en que acaeció.

Continúan los tratadistas: "Puedan derivarse de dichas normas algunas injusticias como la de llamar a sucesión del desaparecido la persona que por no haberle sobrevivido no tendrá derecho a sucederlo, y por lo contrario puedan excluirse de la sucesión personas que por haberle realmente sobrevivido tienen derecho a ello". Pero ¿Qué regla podría adaptarse que no esté sujeta a ninguno de estos inconvenientes? Y la necesidad de fijarle de cualquier modo la fecha de la muerte, es evidente, puesto que por ella se califican los derechos del desaparecido con esto los tratadistas ingresan en el campo de la sucesión, de lo que también trata Claro Solar y señala: "Esta sujeción de la ley es arbitraria y ofrece el inconveniente que puedan ser llamados a la sucesión del desaparecido, personas que por haberles sobrevivido no tuviesen derecho a sucederle, y por el contrario sean excluidas de la sucesión personas que por haberles realmente sucedido tenían derecho a ella". Así lo observa Bello en sujeción a este artículo, pero si hubiera dejado al Juez la de designación del día presuntivo de la muerte, se habría abierto mucho mayor campo a la arbitrariedad y habría colocado al magistrado en una situación sumamente difícil constituyéndole en arbitro de conceder o quitar una herencia y haciéndole un blanco de pasiones de las partes.

En este sentido anota Victorio Pescio que: "El Juez en el sistema ordinario o común carece de facultad para fijar a su arbitrio la fecha en que deba considerada ocurrida la muerte presunta". Respecto a la sucesión Borda plantea el siguiente ejemplo: "Supóngase que el ausente no tenga otro heredero forzoso que el cónyuge, si este fallece antes del día fijado presuntamente para el ausente, los bienes de este serán heredados por sus parientes colaterales, en cambio si el cónyuge fallece después recibe los bienes sus herederos".

Complementamos esta idea con el concepto que nos brinda Jorge Joaquín Llambías "La sentencia que declara el fallecimiento presunto de una persona debe también fijar el día presuntivo de la muerte, asunto de la mayor importancia por que en este momento se habré la sucesión del presunto muerto y se fijan los derechos hereditarios en cabeza de quienes fueran entonces sus herederos". Por esta trascendencia el legislador no ha querido dejar librado la determinación de parte del arbitrio judicial que será ejercido sobre una materia necesariamente incierta. De ahí que haya adoptado criterios rígidos de fijación del día del fallecimiento en función de la última noticia que se haya tenido del desaparecido. Al respecto de la sentencia que como nos dice este autor tendrá en ella que declarar en día presuntivo de la muerte pero este día tendrá que ser anterior al día en que se dictaría esta sentencia, a esto se refiere Valencia Zea al decir: "En todo caso el día que se fija como fecha de muerte será anterior a aquel en que se dicta la sentencia".

Ahora bien es claro notar que tiene gran importancia el día en que se tuvo las últimas noticias del desaparecido, este llega hacer clave pues desde este día se contabilizara el plazo necesario para que se pueda declarar, luego de no tener nuevas noticias de la persona la muerte presunta.

Entonces es necesario también en determinar el día en que se tuvo el último conocimiento del desaparecido, sobre ello escribe Larrea Olguín: "Las últimas noticias a que hace referencia la ley, puede ocultarse testimonios de personas que haya visto, conversado, etc. con la persona desaparecida, o en documentos públicos o privados en los que la persona haya intervenido, un caso que se plantea es aquel en que la persona que escribe una carta a los familiares o relacionados, entonces ¿Será la

fecha de la carta o la de su llegada la de las últimas noticias? Considero que no se puede dar una respuesta generalmente válida, sino que dependerá de las circunstancias concretas. No cabe atenerse ciegamente a la fecha de la carta la cual puede ser equivocada o voluntariamente falsa, mucho menos lógico parece concluir que una persona actualmente viva por que se recibe una carta suya, puede haber muerto durante el viaje de la carta. De todos modos transcurrido los cuatro años desde la fecha de las últimas noticias, esto en el sistema anterior y cumplidas las formalidades relativas a la citación de la persona desaparecida, puede el Juez declarar la presunción de muerte y fijar el día presuntivo en que se supone en el que debió acaecer".

Por tanto considero que es el Juez quien deberá basarse en las circunstancias que se presentarán dependiendo del caso concreto, es decir, en su causalidad. Dependerá obviamente del criterio del Juez, ante la presentación de las pruebas, o en su defecto el día de su desaparición.

En lo referente al caso especial en este momento lo trataremos de una manera muy somera, y lo trataremos con más preocupación en los siguientes capítulos; en el caso especial arrancamos de un indicio que se señala como el día en que una persona recibió una herida grave o le sobrevino cualquier otra amenaza que ponía en peligro su vida, será entonces ese día el que el Juez considere como el día de la muerte presunta del desaparecido.

Señalemos también que en el caso que no exista como determinar el día exacto en el cual le sobrevino aquel peligro grave al desaparecido, pero se sabe que esto se dio,

entonces el Juez determinará un día intermedio entre el lapso de tiempo en el que se sabe se produjo esta amenaza grave sufrida por el desaparecido

CAPITULO II

EL PERIODO DE MERA AUSENCIA

Victorio Pescio en su obra "Derecho Civil", al hablar de los efectos de la muerte presunta nos dice: "Son variados y numerosos los efectos jurídicos al que da lugar el desaparecimiento base de la declaración de muerte presunta". En general tales efectos jurídicos al que da lugar el desaparecimiento, base de la declaración de muerte presunta, se conjugan con las tres etapas o regímenes que pueden producirse a consecuencia del desaparecimiento. Dichas etapas o regímenes tienen como ya hemos dicho la denominación clásica de "periodos" y son:

- El periodo de mera ausencia.
- El periodo de posesión provisoria.
- El periodo de posesión definitiva".

De esto entendemos, que en cada periodo seguirán ocurriendo de manera cronológica variados y distintos efectos, los cuales se adecúan al factor tiempo, es decir los efectos se irán sucediendo según se van cumpliendo los plazos determinados en la ley, a medida del transcurso de los días desde que la persona desapareció.

Pescio, nos da una definición de la **mera ausencia**, el que transcribo: "Mientras trascurren los cinco años o los seis meses prescritos, 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 periodo debe darse por iniciado con las últimas noticias y perdura hasta la concesión de posesión provisoria o definitiva en su caso”.

La doctrina Francesa también se expresa al respecto, es entonces que encontramos en el Tratado Práctico de Derecho Civil Francés de Planiol y Ripet, en donde se señalan los periodos sucesivos de la ausencia: “Como el ausente es aquel cuya existencia o muerte no está probada, todo derecho subordinado a la prueba de una u otra queda en suspenso. El litigante que logre que la prueba de una o de otra quede a cargo de su contrario, triunfará necesariamente. Sin embargo a medida que el tiempo transcurre sin noticias, el fallecimiento del ausente se hace más verosímil. La ley tiene en cuenta esta idea, estableciendo varios periodos en el curso de los cuales se dirige hacia la presunción de muerte sin que no obstante llegue nunca a admitirla de modo absoluto. A la no presencia, sucede en primer término, la ausencia presunta, cuando la falta de noticias comienza hacer que se dude de la vida del ausente. Al cabo de algún tiempo la ley permite que se haga declarar judicialmente la ausencia y atribuye a esta declaración efectos cada vez más amplios, primeramente la entrega provisional y luego, al cabo de un nuevo periodo, la toma definitiva por las personas que heredarían sus bienes si hubiera muerto. Pero a pesar del término empleado, el carácter definitivo. A esta última medida se haya también subordinado a la continuación de la ausencia”.

Si el ausente reaparece, en cualquier época que sea, vuelve a adquirir en principio todos sus derechos, si su muerte llega a ser conocida, son confirmadas todas las

transferencias de derechos que la toma de posesión habría hecho que datasen las últimas noticias.

Nicolas Coviello en su obra Derecho General del Derecho Civil nos explica sobre la ausencia presunta. "Para que se de la ausencia presunta es necesario:

-Que la persona haya dejado de comparecer en el lugar del último domicilio o de la última residencia, por lo cual no basta con un alejamiento voluntario o temporal, son necesarios hechos tales que excluyan la hipótesis de alejamiento voluntario y hagan surgir la duda sobre la existencia de la persona.

-Que no se tengan noticias de esta, aún cuando la falta de las mismas sean posteriores a la desaparición. Pero no es menester ningún transcurso de tiempo a contar de la desaparición o de la falta de noticias por más que valga como uno de los elementos de hecho que puedan hacer surgir la incertidumbre sobre la vida o muerte de una persona, la ausencia en tales circunstancias recibe el nombre de presunto, pero la denominación es impropia por que no es que se presuma la ausencia, lo que por el contrario, es efectiva desde el momento en que se ignora si una persona existe.

Se le llama así únicamente en el sentido de que la ausencia resulta de los hechos mismos sin necesidad alguna de declaración judicial, se habla de ausencia presunta solo en contraposición a ausencia declarada indudablemente".

Coviello está hablando de el primer periodo que consta en la desaparición de una persona, en la cual nos da dos elementos que conforman este periodo, el primero de la inexistencia de una actitud voluntaria de la persona de alejarse de su lugar de domicilio o residencia, esto se colegirá de las circunstancias que se dan que haga ver que la persona desaparecida no tenía la intención de abandonar por lo menos en un tiempo tan prolongado su lugar de domicilio.

El siguiente punto, es el desconocimiento de noticias del desaparecido, toca un tema importante aquí, pues nos dice que no es necesario la existencia de ningún plazo para que sea la persona como ausente, pues su ausencia se da por condiciones participes, por esto, como dice el autor esta ausencia no se presume sino que esta ausencia es efectiva, esto por la desaparición del individuo, mas no por que sea presumida por la declaración de autoridades judiciales.

Vemos entonces que este periodo de **mera ausencia** da inicio con el desaparecimiento, o en su caso el día en que se lograsen las últimas noticias de la persona ausente, la determinación del día de las últimas noticias ya fue analizado en el presente trabajo por lo que no consideramos necesario hacerlo en esta parte. En este periodo lo que prima es el precautelar los intereses del ausente, ya que cuando da inicio este periodo, es decir de su muerte no es tan grande la hipótesis de su muerte, va acrecentándose particularmente con el transcurso del tiempo.

Al analizar este periodo de la **mera ausencia**, recordamos a Colin y Capitant quienes no hablaban de un periodo de "mera ausencia" o ausencia presunta sino de medidas provisionales, a manera de un periodo preliminar, nos dice los autores: "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". Se exceptúan los casos en que el estuviese legítimamente representado.

"El cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente, será el representante y defensor nato del desaparecido y por su falta de pariente más próximo hasta el cuarto grado, también mayor de edad. En defecto de parientes, no presencia de los mismos o urgencia notoria, el Juez nombrará una persona solvente y de buenos antecedentes, previa audiencia del ministerio fiscal. También podrá adoptar según prudencia, si cifró las posibilidades necesarias a la conservación del patrimonio". Esto nos abre la incógnita si es que en verdad es necesario la existencia del periodo de la **mera ausencia**, pero sin embargo, hemos de notar que la evolución jurídica ha hecho que en este periodo no solamente sean tomadas las medidas provisionales sino que en este periodo, así es como lo establece el Art. 69 del Código Civil durante los tres años o seis meses prescritos en el Art. 67 reglas 5 y 6, se mirará el desaparecimiento como **mera ausencia** y cuidará de los intereses del ausente sus apoderados o sus representantes legales. Pero a más de estas medidas provisionales, es en este periodo donde da inicio al trámite de la declaración de muerte presunta, con los efectos procesales que ya anotamos en el capítulo anterior del presente trabajo, por tanto, considero que esta etapa previa a la declaración de muerte presunta, de manera concreta por nuestra legislación es tomada como un periodo, ya que la importancia de este periodo indica en las circunstancias que se presentan, puesto que

de ellos nacerán las razones para que la autoridad judicial declare la muerte presunta de una persona.

La doctrina moderna apunta a declarar a este lapso como un periodo, por ello los chilenos Alesandri y Somarriva, dan la definición a este respecto: "El periodo 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 años o seis meses, según los casos. En este periodo prevalecen mayormente la posibilidad de la vida del desaparecido".

La **mera ausencia**, entendemos, aquel periodo que su inicio marca la ley, con el desaparecimiento de una persona, es un determinado tiempo, relativo a las circunstancias en los que se ha producido la desaparición de esta persona, durante este periodo la ley da la apertura, o expectativas de vida del individuo, y no toma definiciones acerca de su patrimonio, tan solo efectúa medidas provisionales, mismas que serán materia de análisis de este trabajo, según los casos, se da en este periodo el tiempo comprensiblemente necesario para que esta persona se presente en su domicilio, o se llegue a tener conocimiento de ella, con lo cual se desestimaría su muerte y la improcedencia de esta institución jurídica, o puede ocurrir también el caso contrario de llegar a tener el claro conocimiento de la muerte de la persona, entonces, en estos dos casos dejaríamos atrás la incertidumbre de la existencia o no del desaparecido.

Entendemos también, que este primer periodo ayuda a dilucidar sobre la suerte que tuvo esta persona, y, por tanto la ley da el tiempo prudencial, correspondiendo a cada caso distinto, por los hechos que se presenten en cada caso particular.

Si decimos que las posibilidades de la muerte de una persona se incrementan paulatinamente con el paso del tiempo, hemos de decir que en este primer periodo existe una supremacía de las probabilidades de vida de la persona por lo que tomamos a esta **mera ausencia** como un periodo que da la ley para la reaparición de la persona.

DURACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL PERIODO DE MERA AUSENCIA

DURACIÓN DEL PERIODO DE MERA AUSENCIA

El periodo de mera ausencia da inicio con la desaparición de la persona, o podemos decir con la fecha de las últimas noticias, lo cual deberá ser comprobado por las pruebas presentadas ante el Juez, será importante, el determinar la fecha en la cual se tuvieron las últimas noticias, para precisar el día presuntivo de la muerte, tema del cual ya nos ocupamos.

Planeol y Ripert nos dicen sobre el periodo de presunción de ausencia: "El periodo de presunción de ausencia comienza desde que la falta de noticias se ha prolongado el tiempo bastante para que la existencia del ausente parezca, de hecho incierta. Esta incertidumbre, que depende de circunstancias a consecuencia de las cuales el

ausente ha cesado de aparecer y de dar noticias suyas, es apreciada soberanamente por los jueces, de hecho." Otro tema importante es, que este periodo finaliza cuando el Juez declara la presunción de muerte de la persona, el tratadista señalado, anota sobre el tema: "El periodo de presunción de ausencia se prolonga hasta que los interesados hayan obtenido un fallo sobre declaración de ausencia, se verá que no pueden obtenerlo sino en 5 u 11 años después de la desaparición de la ausente según los casos".

También trata de la duración del periodo de la mera ausencia los Chilenos Alesandri y Somarriva "El periodo de mera ausencia, al término del cual se declara la muerte presuntiva, comienza con la fecha de las últimas noticias que se han tenido del desaparecido, y dura hasta el día en que se decreta la posesión provisoria o definitiva de sus bienes, a los cinco años o seis meses, según los casos". De este concepto encontramos una mayor cercanía nuestra legislación ya que los tratadistas en cuestión señalan la terminación de este periodo con la obtención de la declaración de la ausencia, esto por seguir lineamientos marcados por la Escuela Francesa, por su parte los juristas Chilenos analizan la norma escrita ya por Andrés Bello.

Y, en lo que nuestra legislación se refiere encontramos que el periodo de la mera ausencia tiene una duración de tres años desde el día en que el Juez fija como el día presuntivo de la muerte presunta, lo cual se explica en nuestro Código Civil en el numeral 5 del Art. 67 en su última parte dice: "Y transcurridos tres años desde la misma fecha, concederá la posesión provisional de los bienes del desaparecido". Pero en los casos que señala el siguiente numeral del artículo 67, es decir, en los casos en que se dio la desaparición de la persona a sabiendas de una herida grave en la

guerra o naufragó la embarcación en que navegaba o le sobrevino otro peligro semejante como dice la norma. Hemos analizado ya que el tiempo no es el mismo por aumentarse las posibilidades de muerte en estos eventos y por ello la ley reduce solamente a seis meses el periodo de mera ausencia.

Seis meses que han de contarse de igual manera desde la fecha de las últimas noticias que será el día en que el Juez determine como la fecha de la muerte presunta de la persona y puesto que no siempre será posible en estos casos el saber el día exacto en que ocurrió la catástrofe, la misma ley nos brinda la formula al decir que al no ser enteramente determinado ese día "se adoptará un termino medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso", entonces determinado el día del suceso se contará los seis meses desde entonces en el caso de no ser determinado enteramente, será el criterio del Juez obedeciendo a las pruebas presentadas, las que harán determinar en un término medio y de este día iniciará el conteo de los seis meses que tendrá duración el periodo de mera ausencia.

CARACTERÍSTICAS DEL PERIODO DE MERA AUSENCIA

En este periodo existen dos circunstancias a pensar y por ende a estudiar; primero, el hecho de que esta desaparición por si sola no puede llevarnos a ninguna certeza mucho menos en los primeros días, pues es normal que una persona se ausente de su domicilio, y con ello no es imposible pensar que por cierto tiempo prefiera este o simplemente no pueda mantener lazos comunicativos con los suyos, por ejemplo un fenómeno que a golpeado mucho en nuestra sociedad es la migración en la que muchas personas se ausentan de su terruño para buscar mejores días en otros

lugares del planeta y gran parte de ellos están a expensas de circunstancias fatales que comprenden esta travesía, encontramos a diario noticias sobre las penurias que tienen que vivir los migrantes para cristalizar su afanado viaje, logrando solo después de algunos meses y en todo este trayecto es muy difícil llegar a comunicarse con sus familiares, quienes a su vez no llegan a tener conocimiento de ellos, a pesar de que quieran establecer contacto con ellos mismos, o con terceros que supondrían tener contacto con los migrantes.

Entonces lo que determina la mera ausencia además del desconocimiento de noticias del desaparecido, es el tiempo prolongado, de esta incertidumbre, el cual la ley ha determinado en un periodo de tres años.

Distinto es el caso especial del que como he indicado anteriormente el periodo de mera ausencia tiene una duración de seis meses, la diferencia es que su ausencia se inicia con un suceso en donde la persona pueda haber encontrado la muerte, arrancándose así de una primicia, pues una herida en guerra, naufragio o incendio o como la ley dice otra amenaza semejante. Hablemos de hechos en donde sumando a la ausencia y el tiempo sin recibir noticias de él, hablamos de una mayor certeza de muerte, entonces disminuye esperanzas de vida y por el contrario existen mayores expectativas de su muerte, sucediendo lo contrario con el caso ordinario donde gradualmente se van perdiendo las esperanzas de vida del desaparecido. Pero la ley aún así, comprendemos que da un tiempo de seis meses para revelar cualquier situación, o que permite tener noticias del desaparecido, esto puesto que no se ha llegado a probar de manera fehaciente su muerte e incluso a pesar de los peligros graves e inminentes existen posibilidades de vida y del reaparecimiento de la

persona; entonces a pesar de probar o saber la grave amenaza y peligro dado en contra del desaparecido sería inadecuado la inmediata declaración de presunción de muerte presunta, pues, si esta persona reaparece, se tendrá que llevar otro proceso para la revocatoria de la muerte presunta.

Entonces, es la ley también la que toma en cuenta las probabilidades de vida y en uno y otro caso estiman los tiempos necesarios para esperar el reaparecimiento, o llegar a tener alguna información del desaparecido.

En el tiempo en que la persona esté ausente se comprende que el patrimonio con el que cuenta estaría sin administrarse, por lo que esto conlleva el peligro de que sus bienes puedan ser abusados por quienes estén al alcance de ellos. Y sin la administración su peculio puede verse afectado, podría incluso darse casos de que por parte de quienes serían sus herederos presuntivos empiecen a utilizar los bienes o desear administrar su patrimonio; la ley llama a este periodo mera ausencia, en el que como vimos predominan las expectativas de vida, además el desaparecido puede en que al momento de su desaparecimiento haya estado realizando negocios los que no es conveniente dejarlos en una suerte frustrada, y en este caso no sería justa para las personas con quienes está llevando esta relación contractual.

Por otro lado el ausente puede tener compromisos pecuniarios hacia con terceras personas, por ejemplo, créditos por pagar o además el desaparecido puede haber contraído obligaciones pecuniarias, las cuales debe honrar y ante su ausencia es necesario que exista una persona que se preocupe de este menester pues el desaparecido puede tener créditos que cubrir o estar obligado al pago de alimentos.

El derecho de alimentos es intransferible por acto entre vivos e intransmisible por causa de muerte, puesto que es un derecho personalísimo, pero en la ausencia de una persona no puede desproteger al beneficiario de este derecho, en este caso particular a la persona beneficiaria del pago de alimentos.

Así es que en este derecho no existe transmisión entre vivos sino que a nombre del desaparecido es una persona designada como administrador quien paga el monto asignado en concepto de alimentos.

Como prevalecen las expectativas de vida y en el primer periodo no se ha declarado la muerte del desaparecido, no podemos hablar de la muerte de la persona, por ello no es posible negar el pago de alimentos sino hasta que se haya dado dicha declaración, pues como personalísimo, como es calificado este derecho, solo termina con la muerte del alimentante, y así la muerte sea declarada en la fecha de las últimas noticias o en la fecha de amenaza grave, esto según los casos.

A más de ser personalísimo el derecho de alimentos es irrenunciable e imprescriptible, por ello, quien tiene el derecho de cobrarlos puede exigirlos en cualquier momento aquellas pensiones que no han sido pagadas, y por ello el administrador de los bienes del desaparecido tendrá, no solo la obligación de cancelar las pensiones obligatorias hasta el decreto de muerte presunta, sino también en el caso de haberlas, es decir aquellas pensiones pendientes o atrasadas.

Como vemos, la necesidad y según la característica del periodo de mera ausencia, que es que el patrimonio del desaparecido sea administrado con probidad para lo cual

se designará a la persona o personas que estén en la posibilidad de administrar este peculio. Esta administración será hecha por la persona a quien recaiga esta obligación.

Al respecto de esto nuestra legislación dice en el Art. 69: "Durante los tres años o seis meses prescritos en el Art. 67, reglas 5 y 6 se mirará al desaparecido como mera ausencia y cuidarán de los intereses del ausente sus apoderados o sus representantes legales. De no existir apoderados o representantes legales, será el Juez quien determine a la persona a la que deba administrar el patrimonio". Este tema no se verá en esta parte con profundidad, pues en paginas siguientes se dará el tratamiento necesario, por lo tanto, queda expuesto de esta manera.

Con lo anotado vemos que en este periodo se adoptan medidas, las cuales conllevan a la preservación de los derechos y del patrimonio garantizándole su integridad. Vemos entonces que en el periodo de la mera ausencia, entre los derechos de los presuntos sucesores y el interés del ausente prevalece el último, puesto que los presuntos sucesores no pueden acceder a estos bienes, a no ser por medidas de preservación de las mismas.

PERSONAS QUE ADMINISTRAN LOS BIENES DEL DESAPARECIDO

Como hemos visto la posición de los bienes del desaparecido no se alteran, pues cuidarán de ellos sus apoderados o sus representantes legales. Vemos, que la ley se preocupa meramente de la administración de los bienes del ausente, por lo que

frecuentemente en la doctrina encontramos a este periodo con el nombre de Periodo de Administración.

Así se manifiesta, por ejemplificar esto, el tratadista Claro Solar: "Durante este primer periodo de administración de los bienes del ausente es ejercido pues por los apoderados o representantes legales". A bien se tendrá en este trabajo esclarecer quienes son los apoderados y quienes son los representantes legales de las personas. Damos inicio a este estudio con determinar quienes son los apoderados. Así es que en el IV Libro del Código Civil en el Art. 2020, encontramos la definición del Contrato de Mandato, el cual lo conceptúa así: "Mandato es un contrato en el que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante y la que acepta apoderado, procurador y en general mandatario".

Al referirse la ley al apoderado, hablando de una persona con quien el ausente ha celebrado un contrato de mandato, en virtud de este, en el negocio o gestión en el que se especificó, el apoderado actuará en el nombre del mandante, en este caso, del ausente.

Tenemos que clasificar el mandato puesto que de este contrato la ley considera dos clases, esto nos dice el Art. 2034 del Código Civil: "Si el mandato contiene uno o más negocios específicamente determinados, se llama especial; si se da para todos los negocios del mandante, es general; y lo será si se lo da para todos en una o más excepciones determinadas". Vemos que es posible encomendar la gestión de uno o más negocios, los cuales se determinan en el contrato de mandato, el mandato es

especial por que el campo de acción del apoderado recibe solo el encargado, limitando el actuar en lo previamente definido.

No es entonces en el contrato de mandato general en donde se entrega el mandatario todos los negocios del mandante, es decir, la administración absoluta de todos los negocios en los que intervino el mandante. Pero como, a este mandato general, como dice la ley, con una o más excepciones determinadas, es posible que subsista el mandato general y el mandato especial, puede darse simultáneamente. Pues una persona puede encargar a través de un mandato la mayoría de sus negocios a una persona, y a otra persona encargar la gestión de uno o más negocios. Por la importancia que supone los actos de administración de bienes o negocios, que lo hace una persona a nombre de otra, la ley exige algunas formalidades que explica el Art. 2027. "El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo legible, y aún por aceptación tácita de una persona, a la gestión de sus negocios por otra; pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento autentico".

El contrato de mandato se consuma ya con la aceptación del apoderado, dicha aceptación será de manera expresa o de manera tácita. Se entenderá la aceptación de manera tácita cuando esta persona, ejecute algún acto de administración sobre los bienes o negocios, que fueron materia del contrato.

Respecto a la administración del mandato explica el Art. 2035 que: "El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo".

El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración como son los que establece el Art.2036 del Código Civil: "Pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones en lo tocante a dicho giro, contratar las reparaciones de las cosas que administra y comprar los materiales necesarios para el cultivo y beneficio de las tierras, minas, fábricas, u otros objetos de industria que se hayan encomendado. Para todos los actos que salgan de estos límites necesitara el poder especial".

Para terminar con el análisis acerca del mandato, veremos las reglas para la terminación de este contrato, las que vienen dadas en el Art. 2067 que señala, el mandato termina:

Por el desempeño del negocio para que fue constituido.

Por la expiración del termino o por el cumplimiento de la condición prefijados para la terminación del mandato.

Por la revocación del mandante.

Por la renuncia del mandatario.

Por la muerte del mandante o del mandatario.

Por la quiebra o insolvencia de uno o del otro.

Por la interdicción del uno o del otro.

Por la cesación de las funciones del mandante, si el mandato a sido dado en ejercicio de ellos.

Pero en la administración del patrimonio del ausente, hablaríamos de un apoderado, pero siempre y cuando el ausente haya firmado un contrato de mandato con anterioridad a su desaparecimiento, de lo contrario no podemos tratar sobre la administración del patrimonio del ausente que sea realizado por un apoderado.

Pero aún más, si de haberlo dejado este, como dice la norma se verá obligado a ceñirse obligadamente a los términos del mandato, lo cual restringe para todo aquello que tiene relación a lo acordado en el mandato, sobre todo si este contrato de mandato es especial, en donde está limitado solo a la particularidad de lo acordado. Jouserand nos dice: "Ahora bien 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. En el caso contrario, el tribunal prescribirá a petición de los interesados, acreedores, asociados, cónyuge, herederos presuntos, o bien por iniciativa del Ministerio Público las medidas urgentes".

Continúa el tratadista, con un punto importante, que es tratar de no encargar la generalidad de acciones relativas a la administración patrimonial, así nos comenta: "Dentro de lo posible evitar conferir a nadie una misión de orden general, limitándose a designar una persona que tenga como misión el proceder a un acto urgente o a una serie de actos determinados: reparación, consolidación de una pared o de una casa, o bien arrendamiento de una propiedad, alquiler de una casa, realización de división de

una herencia a la cual es llamado el ausente al mismo tiempo que otros herederos. Una vez realizados los actos previstos, los poderes del mandatario designado por el tribunal”.

Si el mandato termina por cualquiera de las causas expuestas en el Art. 2067 (con excepciones de los numerales 3 y 5), mientras dura la ausencia, entonces procede al nombramiento de un curador de los bienes, esto lo cual muestra nuestra legislación expresa en el Art. 508 del Código Civil. “El curador de los bienes de una persona ausente se hayan 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 los derechos de sus respectivos representados”. Para el nombramiento de este curador de bienes, hay que remitirse a lo que ordena nuestro Código Civil en su título XXIV, en donde se señala: “Habrá lugar al nombramiento del curador de los bienes de una persona ausente, cuando se reúnan las circunstancias siguientes:

Que no se sepa de su paradero o que al menos haya dejado de estar comunicado con los suyos y a la falta de comunicación se originen perjuicios graves al mismo ausente o a terceros; y que no haya constituido procurador o solo le haya constituido para cosas o negocios especiales”.

Encontramos en la ley de forma explícita quienes son las personas que podrán provocar el nombramiento de este curador, que son:

El cónyuge del ausente por cualquiera de sus consanguíneos hasta el cuarto grado, por sus padres, hijos y hermanos y por el Ministerio Público. Los acreedores tendrán derecho para pedir que se nombre el curador de los bienes para que pueda responder

a sus demandas. Para la determinación y nombramiento del curador de los bienes del ausente, en observación al siguiente orden:

Al cónyuge si no hubiere separación conyugal, pero el cónyuge tendrá derecho a aceptar o repudiar esta guarda.

Sus descendientes.

Sus ascendientes.

A sus colaterales hasta el cuarto grado o sus hermanos.

Los padres no podrán ejercer este cargo sin el consentimiento del otro cónyuge. El Juez elegirá en cada clase de los designados en los numerales 2, 3 y 4. La persona o personas más idóneas le parecieran. El cónyuge que haya obtenido la separación judicialmente autorizada no podrá ejercer esta curaduría. Pero en todo caso es facultad del Juez separarse de este orden, esto previa petición de los herederos legítimos o de los acreedores si así estimaren conveniente.

En el nombramiento del curador de bienes del ausente, la ley obliga la intervención del Ministerio Público. En caso de que el ausente, antes de su desaparición, haya dejado un mandato especial, el procurador de dicho mandato especial estará subordinado a quien sea nombrado curador de los bienes del ausente. Pero en este caso particular, el curador no puede separarse de las instrucciones dadas por el ausente al procurador, solamente podrá hacerlo previa autorización del Juez.

Lo que más importa es en cuanto a la representación de los padres, tutor y curador del ausente. Por tanto se les dota de una protección representándoles legalmente

mediante un tutor o curador, quienes son dados, cuando las personas incapaces no tienen representantes legales.

Queda claro que los bienes del ausente, serán administrados por sus representantes legales, serán estos sus padres, curador o tutor o mandatario según los casos, de no existir representantes legales, entonces se dará un curador dativo, que será quien se encargue de la responsabilidad de la tutela del patrimonio, los bienes y negocios del ausente.

Para determinar la persona o personas que administran los bienes del ausente en este periodo, primero tendrá que verificarse si es que existe un contrato de mandato, de haberlo y siendo este general, le corresponderá al mandatario cumplir con su obligación, si es que existen contratos de mandato especiales, quienes sean los mandatarios corresponderá cumplir con el ejercicio de la administración para lo que fueron encomendados. De caso que el ausente no haya dejado mandatario entonces se hará cargo sus representantes legales que la ley llama.

En caso de que el ausente dejase un mandatario especial como señalamos, este se encargará de lo determinado en el contrato de mandato y el resto de patrimonio, los representantes legales que la ley llama. Al respecto se expresa Alesandri y Somarriva, "Por tanto, si el ausente era mujer casada y existía comunidad de bienes entre los cónyuges, continuará el marido en la administración de los bienes, si era hijo de familia o pupilo, continua su padre o su guardador y si tenía mandatario general continúa este administrando los intereses del desaparecido. Si el ausente no ha dejado representantes legales o mandatario legal o el mandato ha terminado, procede

el nombramiento del curador de bienes. Como se ve la posesión de bienes no se altera en éste periodo”.

Coincide con este criterio Claro Solar quien escribe: “Puede suceder que el desaparecido haya dejado apoderado general de sus bienes o apoderados especiales para determinados negocios.

En el primer caso la administración continuará a cargo del procurador nombrado por él, pero si este cesa de sus funciones por cualquiera de las causas que hacen terminar el mandato, interdicción del mandatario, por ejemplo: o si el apoderado solo ha sido constituido para casos o negocios especiales, tendrá lugar nombramiento de curador de bienes del ausente.

Si el ausente es mujer casada y existía comunidad de bienes entre los cónyuges, el marido continuará en la administración que estaba ejerciendo. Si estaba parcialmente separado de bienes, el marido podrá ser nombrado curador de los bienes a que se extiende la separación; pero si estuviese totalmente separada de bienes, el marido no podrá ser nombrado curador.

Si el ausente es hijo de familia o menor sujeto a tutela o curaduría continuará administrando sus bienes el padre hasta que la emancipación se efectúe y el tutor o curador hasta que la tutela o curaduría termine, según las prescripciones legales, en cuyo caso se procederá la nombramiento de un curador de bienes de la forma ya dicha”.

Es comprensible, de que si la mujer que se ausenta es casada y no existe separación de bienes, sea el marido el administrador de estos bienes, pues estos pertenecen a la sociedad conyugal, en donde, generalmente la administración la lleva el marido, pero no encuentra ningún impedimento para que sea la mujer quien administre los bienes si es que el ausente es el marido, puesto que cualesquiera de los cónyuges, previo acuerdo, tendrá la administración de la sociedad conyugal y si el desaparecido es el marido, y este tiene la administración ordinaria de la sociedad conyugal será absurdo que los bienes sociales, queden sin ser administrador, o peor aún este sea administrado por terceras personas. Por estos motivos la ley al hablar de las guardas del ausente la primera preferencia es al cónyuge sin especificar su sexo.

Pero el cónyuge tendrá derecho de aceptar o repudiar esta guarda, y en caso de no aceptarla podrá pedir la liquidación de la sociedad conyugal. Cabe anotar que los autores citados al referirse al tema, la mujer, era considerada con capacidad relativa.

Lo que más importa es, en cuanto a la representación legal de los padres, tutor y curador del ausente. Serán representantes legales el padre o la madre dependiendo de quien tenga la patria potestad del ausente, esto como se comprenderá el hijo no sea emancipado. Por tanto en caso de la ausencia de un hijo de familia no emancipado, la administración de los bienes del hijo ausente será de su representante legal, es decir, de su padre o madre.

Ahora bien es de anotar, que el patrimonio que pueda tener un hijo de familia por regla general será administrado por quien ejerza la patria potestad, por tanto corresponde la administración al peculio adventicio ordinario pero solo en caso de

ausencia del hijo de familia podrá administrar lo que corresponda al peculio profesional, el cual es generalmente administrado por el mismo hijo.

En cuanto a las guardas, que es una institución jurídica con el afán de velar por los intereses de aquellas personas que son incapaces, que por ello, es necesario dotarles de un representante legal, esto son los tutores o curadores.

Opina Larrea Olguín, fueron tres criterios que considera nuestro legislador para clasificar los guardas, obedeciendo la edad y condiciones del pupilo, dividiendo las guardas en tutelas y curadurías. Se consideró las dimensiones de las facultades que correspondan a los guardadores y dividió las guardas en generales de bienes, adjuntas y especiales. Finalmente tomó en cuenta el origen del nombramiento del guardador, es decir, si la designación fue hecha en un testamento (testamentaría), si la hace la ley (guarda legitima) o si ha estado a cargo del Juez (guarda dativa)).

Nuestra legislación menciona así de las tutelas y guardas: Art. 367: "Las tutelas y las curadurías o cúratelas, son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos o administrar, competentemente sus negocios, y que no se haya en potestad de padre o madre, que puedan darle protección debida".

Los representantes legales son aquellas personas quienes especifica el Art. 28 del Código Civil, que manifiesta: "Son representantes legales de una persona el padre o la madre bajo cuya patria potestad vive su tutor o curador, y son las personas jurídicas, los designados en el Art. 570". Norma que nos brinda una definición de lo que es un representante legal, lo que hace es numerarlos y no de una forma

exhaustiva, lo que podemos ver que la existencia de otros casos de representación legal, por ejemplo el Agente Fiscal que representa al acreedor ausente en el juicio del pago por consignación, esto por poner un ejemplo, pues nuestra normativa señala otras formas de representación legal.

Respecto a la representación legal anota el Doctor Enrique Coello García: "La representación legal según las normas de nuestro sistema positivo, cabe en tres supuestos completamente diferentes, aunque en cada uno de ellos justifica sin replica la necesidad de la representación legal". En efecto quienes se hayan incapacitados para gobernarse así mismos, menores, interdictos, personas jurídicas, etc., no pudiendo actuar por cuanta propia requieren de una persona capaz que lo hagan por ellos.

Surge, de este modo la primera razón que justifica la figura que tratamos, que no es otra que la de dotar a los incapaces de la posibilidad de obrar, aunque por medio de un representante dentro del ancho mundo de las posibilidades en que pueden desenvolverse una persona.

La segunda situación se refiere a una serie de personas capaces que no obstante, su capacidad no quieren realizar una gestión determinada.

La tercera situación en la que se hayan personas plenamente capaces, pero que por ciertas circunstancias, que les impide su presencia física en el lugar en donde debe celebrarse una determinada actividad. Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores y generalmente guardadores.

Art. 369.- "La tutela y las curadurías generales se extienden no solo a los bienes sino a las personas sometidas a ellos".

Art. 370.- "Están sujetos a tutela los menores".

Art. 371.- "Están sujetos a curaduría general los interdictos".

Art. 372.- "Se llaman curadores de bienes a los que se da a los bienes del ausente".

Vale preguntarse en que incide si la persona que desapareció, antes de hacerlo, dejó o no un representante, para que se preocupe de su patrimonio, ante lo cual se presentan tres hipótesis.

Si el ausente ha dejado un mandatario, esta razón retrasa la declaración de ausencia, ya que la falta de noticias es explicable, puesto que el mismo interesado ha previsto que estaría mucho tiempo sin volver, y la espera no ofrece demasiados inconvenientes habiendo el ausente dejado a alguien para que actúe en su lugar. La declaración de ausencia no puede entonces ser pedida sino después de transcurridos diez años de su desaparición o de sus últimas noticias (Art. 121); este plazo se mantiene aún en el caso de que su apoderado muera o designe su mandato, pues la ley se ha atendido sobre todo a la previsión por parte del ausente, de la duración del alejamiento (Art. 122). Para que un poder retrase así la declaración de ausencia (Art. 122) es preciso que sea general; un mandato especial no protegería al ausente y no presumiría en el la previsión de un largo alejamiento.

Si el ausente no ha dejado poder o no ha dejado un poder especial, se debe creer que su desaparición no ha sido voluntaria y prevista, lo que hace más verosímil un accidente mortal, o cualquier motivo por el que el desaparecido ha muerto, y como por

otra parte, puesto que nadie tiene facultad para representarlos, se ve este afectado en sus intereses.

TERMINO DEL PERIODO DE MERA AUSENCIA

Alesandri y Somarriva nos dice que "El periodo de mera ausencia puede terminar por:

El decreto de posesión provisoria.

El decreto de posesión definitiva, cuando el anterior no tiene cabida.

El reaparecimiento del ausente.

El conocimiento positivo de la fecha de la muerte".

DECRETO DE POSESIÓN PROVISORIA Y DECRETO DE POSESIÓN DEFINITIVA

Transcurridos los tres años desde que se tuvo las últimas noticias, del ausente, el Juez, concederá la posición provisional de los bienes del desaparecido.

Tratamos sobre el caso ordinario en el cual, existe la sucesión, de cada uno de los periodos sustituyéndolo a la mera ausencia, la posición provisional en donde no es tomado en cuenta solamente los intereses del ausente sino también los intereses de aquellos a quienes hubiese pasado el patrimonio del desaparecido, si este hubiera fallecido. En el caso especial no se da esta sucesión del periodo de mera ausencia al periodo de posición provisional, como veremos.

Al respecto de la mera ausencia, la que deberá ser sucedida por el periodo de posesión provisional, y este por el periodo de posesión definitiva, según se vayan cumpliendo los términos dados por la ley, hemos de analizar que, esta sucesión no siempre será incondicional, pues existen casos en los que, no es necesario o pertinente, pues de este tema trata Victorio Pescio al decirnos de dichos periodos: "No siempre se sucederán unos a otros puesto que puede ocurrir que se omita la etapa intermedia o periodo de posesión provisoria. Así acaecerá:

En el desaparecimiento de los que se encontraban en la nave o aéreo nave perdido.

En el desaparecimiento de la persona que recibió una herida grave en la guerra o le sobrevino otro peligro semejante.

En el caso en que cumplidos cinco años desde las últimas noticias, se probare que han transcurrido setenta y cinco años desde el desaparecimiento.

Si hubiera transcurrido 15 años desde las últimas noticias cualquiera que fuese a la expiración de dichas 15 años, la edad del desaparecido si viviere".

Pescio se refiere en estas palabras, en los numerales 1 y 2 el caso especial o codificado, que anteriormente por la doctrina y en algunas legislaciones se les daba un tratamiento por separado, y nuestra legislación en el Art. 67 lo simplifica y toma en cuenta no solo estos dos posibles acontecimientos, sino cualquier otro peligro semejante, entonces encontramos en nuestra legislación una manera distinta de tratarlo, pues el citado artículo nos dice: "y han transcurrido seis meses", plazo que de

igual manera se ha reducido a través del tiempo, hasta llegar a la consideración que en la actualidad es suficiente dicho plazo para que una persona que ha sufrido dicha amenaza o peligro, pueda dar muestra de vida, de no ser así el legislador dice que el Juez de forma inmediata concederá la posición definitiva, evitando así el periodo intermedio de la posición provisional por no considerarla necesaria, pues los eventos donde la persona sufrió grave amenaza de muerte, establecen mayores posibilidades que este haya ocasionado.

Ello lleva a una reducción del primer periodo en donde la mera ausencia contará con solo seis meses desde la fecha que el Juez a de declarar como día presuntivo de la muerte según reglas establecidas en la ley.

Periodo de mera ausencia que a pesar de ser relativamente corto contendría todas las características de la cual la ley le dota a este periodo. En el tercer caso Pescio se refiere de aquellos desaparecidos, que luego de 5 años de no tener noticias de él se han cumplido, dice el autor de setenta y cinco años de su nacimiento, comprensible este hecho, pues la edad avanzada de una persona exigirá su naturaleza de atenciones, y por tanto incrementa la certeza de su muerte pues es más difícil pensar que una persona de avanzada edad pueda desaparecer, desligándose de su familia quienes pueden ser las personas que brinden la asistencia que puede requerir a esta edad.

Nuestra legislación se refiere a este tema en el Art. 68 mismo que me permito transcribir. "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.

A lo escrito por Pescio y lo que establece nuestro Código Civil que dice en el Art. 68, encontramos sustancialmente dos diferencias a anotar. La primera es en cuanto al tiempo para hacer declarada la posesión definitiva, el tratadista Pescio nos dice que transcurridos cinco años de la desaparición, pero nuestra legislación por su parte reduce este tiempo a solo tres años por ser considerado necesario solamente este tiempo analizando las circunstancias existentes por las cuales se ha modificado en cuestión de plazos en su totalidad esta Institución Jurídica.

La segunda diferencia que encontramos, es el factor edad, señala Victorio Pescio, los setenta y cinco años de edad como condición para que termine el periodo de mera ausencia en este caso y se determina por el Juez la posesión definitiva, más en el Código Civil encontramos como requisito se hayan cumplido los ochenta años desde el nacimiento de la persona desaparecida, es entendible esta consideración si analizamos que hoy en día la posibilidad de vivir mayor tiempo se ha incrementado dado el avance médico, tanto es así que en los Estados Unidos hoy en día se discute sobre el hecho de que las personas deben acceder a la jubilación años después, por considerar que en estos tiempos se ha podido alargar el promedio de vida de las personas.

De igual manera hasta antes que se declare la posesión definitiva hablemos de el establecimiento del periodo de mera ausencia tiene la duración de tres años y lo que se da luego es la omisión del periodo de posición provisional, por entender que no es

necesaria debido a las circunstancias que se dan, puesto que en este caso la avanzada edad no da a entender de una clara posibilidad que la persona haya encontrado la muerte.

REAPARICION DEL AUSENTE.

Es el caso en donde se ha declarado la ausencia de una persona desaparecida, y esta, antes de que se decrete la presunción de su muerte, esto es en el transcurso de tres años o seis meses desde las últimas noticias que de el se tuvo, esta persona reaparece o se llegan a conocer datos, los mismos que conllevan a una certeza absoluta de que esta persona vive, y por ello no tiene objeto que actué este precepto jurídico de la muerte presunta.

En el caso de que la persona se haga presente en su domicilio, retomará la administración de sus bienes respetando lo actuado por sus representantes legales, que actuaron en su ausencia, si es que hay un mandato general o especial que no ha terminado, este contrato no sufre ninguna variación y los mandatarios podrán terminar sus funciones de acuerdo a lo estipulado en el contrato.

En el caso de que solamente se ha podido obtener, noticias del ausente, y como este no se encuentra aún en su domicilio, sus bienes deberán seguir bajo la administración de sus representantes legales.

EL CONOCIMIENTO POSITIVO DE LA FECHA DE LA MUERTE

La mera ausencia, es un periodo en el cual se adopta medidas precautelares, para proteger los intereses del desaparecido y sobresalen las expectativas de vida de este, puesto a la incertidumbre de su existencia, pero en el momento que se conoce la fecha exacta de su muerte, esta incertidumbre desaparece, comprobándose el deceso de la persona, lo que ha de inscribirse en el Registro Civil y servirá de base para solucionar la sucesión de la persona.

Pero puede presentarse el caso, del conocimiento y prueba de la muerte de la persona, pero que no se puede determinar el día en que la muerte le acaeció, el caso que ejemplifica lo antes dicho, es el dar con el paradero del cadáver de una persona, enfrentándose a no poder determinar inmediatamente el día de la muerte.

Pero el avance en la medicina legal y de la medicina forense, ponen fin a este inconveniente ya que a través de análisis y estudios acerca del cadáver y del medio ambiente donde fue encontrado se puede llegar a la determinación del momento en que se dio el deceso del individuo.

Al saber de la muerte de la persona, no solo que termina el periodo de mera ausencia, sino que termina el proceso de la muerte presunta, por no ser ejecutable ante el conocimiento pleno de la muerte real de la persona.

CAPITULO III

EL PERIODO DE POSESIÓN PROVISIONAL

Este constituye el segundo periodo de la Institución Jurídica de la Muerte Presunta, en este periodo el legislador toma en cuenta ya no solo los intereses del ausente sino que se preocupa también del estado de aquellos a quienes deben pasar los bienes que forman parte del patrimonio del ausente.

Comprende en el hecho de que el estado de los bienes tiene una variación a lo considerado en la etapa de mera ausencia en donde las medidas tomadas, eran medidas llamadas solamente a la protección y conservación de los bienes del desaparecido. A ello se refiere Alesandri y Somarriva al decirnos: "En este periodo de muerte presunta, no prevaleciendo la probabilidad del regreso, sino que contrapesándose con la probabilidad de la muerte, la ley concilia los derechos del desaparecido con las personas a quienes habrá pasado los bienes si hubiere realmente fallecido".

Una vez que ha sido declarada la muerte presunta, los bienes del desaparecido, ya no pueden estar bajo la tutela de un curador o de sus representantes legales, puesto que la ley lo presume muerto, y por tanto se terminó la mera ausencia y sus representantes legales ya no pueden ejercer actos de administración a nombre del desaparecido, pues esta le ley a presumido como muerto, lo cual da final a la

personalidad de este individuo, además ya no se puede aplicar las normas que se refieren a la curaduría de los bienes del ausente, pues el desaparecido ya no es catalogado de esta manera, sino se ha suscitado la presunción de su muerte. En este periodo los bienes del desaparecido pasan a manos de los herederos presuntos, pero dentro de un régimen especial, esto por que a pesar de que sus sucesores adquieren la administración, no lo hacen con todas las prerrogativas, que tiene el dominio o propiedad, pues sobre estos bienes existen restricciones puesto que en su administración están limitados por prohibiciones que para ser levantadas será necesario un pronunciamiento judicial, puesto que para tener total derecho sobre estos bienes será menesteroso el decreto de posesión definitiva.

Por tanto llegamos a una instancia donde los herederos presuntos, se les ha otorgado la posesión de los bienes, pero una posesión provisoria y por ello no tiene total libertad de administración, lo que Larrea Olgún con mucho criterio dice: "Se confiere a los herederos presuntivos un derecho sui generis llamado posesión provisional".

Pero, a más del tratadista ecuatoriano, han presentado criterios otros estudiosos del derecho, esto por la compleja naturaleza jurídica de este derecho. Así entonces Borja nos habla de una verdadera propiedad y que esta propiedad lleva una condición resolutoria, así nos dice: "La historia fidedigna de la ley y el sistema del mismo título De ha presunción de muerte por desaparecimiento. Evidencia, pues que los poseedores provisionales no son meros administradores de los bienes, y como la ley no declara en que calidad procedan tales poseedores, el interprete debe determinarla atendiendo al conjunto de las disposiciones y ateniéndose 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". Y si pensamos en el hecho de que el problema de no poder enajenar los bienes, es superado con la autorización del Juez, entonces pensaríamos que el criterio presentado por Luís Felipe Borja es al menos coherente, pero, el hecho de que cumpliendo estos requisitos para poder vender los bienes le damos un carácter de dominio sobre los bienes, al que igual tiene un curador, quien puede enajenar con un justificativo presentado al Juez, quien tendrá que dar su autorización, o más aún si comparamos con el hecho de que nuestra legislación permite la venta de cosa ajena.

Por su parte Alfredo Barros Errazuriz, habla del periodo de posesión provisoria análoga al usufructo al decirnos: "Hemos dicho que la posesión provisoria es semejante al usufructo". En efecto los poseedores provisorios son vendedores usufructuarios de los bienes del desaparecido y están sujetos a las mismas obligaciones y limitaciones de estos. El Art. 89 del Código Civil señala que harán suyos los respectivos frutos e intereses, en una palabra les da el usufructo de los bienes y los artículos 86 y 89 de dicho cuerpo legal los obliga a formar inventario solemne de los bienes o revisar y rectificar el que exista, y a prestar caución de conservación y restitución, obligaciones, entonces, impuestas también a los usufructuarios.

Debe entenderse lo anterior sin perjuicio de las diferencias que resultan de la distinta naturaleza de ambas situaciones jurídicas, así por ejemplo, el usufructo termina necesariamente con la muerte del usufructuario, en tanto que la posesión provisoria es transmisible a los herederos del poseedor. Además el usufructo, los poseedores

provisorios tiene la administración de todos los bienes del desaparecido y les está encargando de una manera especial la representación de la sucesión en las acciones y defensas contra terceros.

Al criterio de considerar un usufructo de posesión provisoria de los bienes, presentados por el mentado autor, se incluye Don Luís Claro Solar quien anota: "Los poseedores provisorios son por consiguiente usufructuarios de los bienes del desaparecido y están sujetos a las mismas obligaciones y limitaciones de estos en la administración de los bienes". Explica que "La posesión provisoria 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". La ley les concede la propiedad de los frutos naturales y civiles de los bienes cuya posesión les confiera.

Luego de estudiar lo escrito por los tratadistas pasemos analizar lo que expresa nuestro Código Civil, en lo referente al derecho de usufructo en algunos puntos importantes y concernientes al tema.

El Art. 778 define de esta manera al usufructo: "El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia y de restituirla a su dueño, si la cosa no es tangible, con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo genero, o de pagar su valor si la cosa es tangible". Pero según explica artículos posteriores del Código Civil para que se constituya el usufructo tiene que darse necesariamente los derechos existentes; el del propietario y el del usufructuario, por ello su duración es limitada.

El Código explica los casos en los que se constituye el usufructo, entre estos no se encuentra determinada la posesión provisoria de los bienes, por tanto la ley no contempla y no considera a esta una de las formas de la constitución del usufructo. Pero de igual manera, como es obligado a prestar caución el heredero presuntivo que recibe los bienes. El usufructuario no podrá tener la cosa que es objeto de usufructo sin haber presentado caución suficiente de conservación y restitución y sin previo inventario solemne, inventario que también esta obligado a hacerse para que los bienes pasen en calidad de posesión provisoria, a manos de los herederos presuntivos. En esto se basa Don Luis Claro Solar, para considerar un verdadero usufructo a la posesión provisoria al respecto se expresa: "Siendo simplemente provisoria la posesión dada a los herederos presuntivos, la ley impone a estos obligaciones a garantizar los intereses del desaparecido". Estas obligaciones son:

1. Los poseedores provisorios formarán ante todo un inventario solemne de los bienes, o revisarán y rectificarán con la misma solemnidad el inventario que exista. El inventario tiene por objeto saber que bienes son los que tienen que responder los poseedores provisorios. El inventario solemne se practica ante el notario o funcionario que el Juez designe y testigos.
2. Cada uno de los poseedores provisorios prestará caución de conservación y restitución y harán suyos los respectivos frutos e intereses. La caución puede constituir en una fianza, hipoteca o prenda que garantice debidamente los intereses del desaparecido. Los herederos presuntivos responden de la propiedad de los bienes que reciben no de los frutos porque la ley se los concede como remuneración de la administración.

Prefiero el criterio del Dr. Juan Larrea Olgún al considerar que se trata de una situación jurídica "sui géneris", y por tanto, no podemos encontrar similitud con otra institución jurídica puesto que tiene su propia aplicación y está llamando a la solución de una problemática particular y así es tratada su solución puesto que se basa en sus propias reglas, si es que pueden gozar de los bienes, los herederos presuntivos, lo hacen, por que se los considera de buena fe y es obligación el prestar caución y la elaboración de inventario de los bienes que se entregan posesión provisional, lo cual es necesario por la naturaleza y las circunstancias que rodean al tema, no hemos de considerar un usufructo, por ello la legislación ha tratado de manera separada y diferenciada estos temas.

Por ello afirma Larrea Olgún: "Realmente se trata de una situación jurídica "sui géneris" 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".

CUANDO SE DECRETA LA POSESIÓN PROVISIONAL

Siendo la posesión provisoria, aquella que sucede al periodo de mera ausencia, será la fecha en que se decreta, la que se ha contado tres años desde la fecha de las últimas noticias, así lo manda el numeral 5to. del Art. 67: "El Juez fijará como día presuntivo de la muerte, el último del primer año, contando desde la misma fecha. "La posesión provisional de los bienes del desaparecido". Será entonces el tiempo en el

cual por parte de un decreto judicial constante se concederán los bienes del desaparecido a sus herederos presuntivos quienes serán los únicos que tienen la facultad de solicitar este decreto.

Se entenderá que los herederos presuntivos, son aquellos a quienes se les han instituido en el testamento, en caso de que el desaparecido lo haya realizado y los herederos legítimos o abintestato, que son aquellos que la ley establece.

Claro Solar señala: "La posesión provisoria se concede a los herederos presuntivos del desaparecido, los testamentarios o legítimos que lo eran a la fecha de la muerte presunta". Herederos legítimos son los que sucede abintestato en virtud del llamamiento que les hace la ley y herederos testamentarios, los instituidos en el testamento dejado por el desaparecido, como el testamento del desaparecido puede ser abierto o cerrado, se procederá a la apertura y publicación de este, a fin de saber quienes son los herederos y a quienes deberá conceder la posesión de bienes.

Los herederos testamentarios, sin perjuicio de los derechos de los legitimarios que puede tener el desaparecido, y por eso es indispensable conocer las últimas disposiciones del desaparecido y abrir y publicar el testamento cerrado si hubiere dejado alguno. Si el testamento se abriera solo al conceder la posesión definitiva de los bienes, podrá suceder que hubiera tenido la administración y el goce de ellos, personas que no tenían derecho alguno a suceder al desaparecido.

La fecha de la muerte presunta determinará quienes son los que puedan suceder, si el heredero instituido en el testamento hubiera fallecido antes de esa fecha no habría

adquirido derecho alguno a la herencia y no podrá transmitirla a sus propios herederos, mientras que si hubiera muerto con posterioridad a esa fecha, sus herederos adquirirán por derecho de transmisión la herencia del desaparecido. La fecha de la muerte presunta produce a este respecto el mismo efecto que la muerte efectiva.

Continúa el tratadista sobre el tema señalando: "Pero aunque no se conozca las últimas disposiciones del desaparecido, la ley solo concede la posesión provisoria de los bienes a los herederos, no a los legatarios. Esto, lo mismo que los nudo-propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido, no podrán hacerlos vender sino después de decretada la posesión definitiva".

Respecto a lo escrito por Claro Solar se expresan Alesandri y Somarriva.

"Este sistema, dice con toda razón Don Luís Claro Solar, tiene fundamento racional en lo que se refiere a los nudo-propietarios, a los fideicomisarios y demás personas que tengan derechos subordinados a la muerte del desaparecido, por que el derecho de estos no nace sino con la muerte, y ellos no pueden quejarse, para reclamar los bienes tienen que probar que la muerte ha ocurrido. El legislador no concede todos sus efectos a la declaración de muerte presunta, sino cuando parece realmente muy remoto el reaparecimiento del ausente, cuando las posibilidades de su muerte son muy graves. "Si el legislador a creído justo atender a la voluntad del ausente para confiar a los herederos instituidos por el cuidado de los bienes mientras llega el momento de liquidar su sucesión, no vemos que motivo pueda haber para no tomar en cuenta esa misma voluntad cuando se refiere a un bien determinado. Conocida por los herederos la voluntad del testador respecto de ese bien, no atenderán a su administración con el mismo cuidado que observarán seguramente en los bienes que

han de pertenecerles en definitiva y ni los intereses del ausente, ni los de los legatarios, quedarán garantizados”.

Sin embargo de esta consideración, nuestra legislación, solamente da facultad a los herederos presuntivos del desaparecido, sean estos testamentarios o legítimos. Presentan Alesandri y Somarriva una hipótesis, que sería la posibilidad de que no se presenten herederos, dándonos la solución. “No presentándose herederos se procederá en conformidad a lo prevenido para igual caso en el título de la apertura de la sucesión”. El cual se refiere a la herencia yacente, lo cual está regulado en nuestra legislación en el Art. 1263 del Código Civil.

Art. 1263.- “Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes y que haya aceptado su encargo, el Juez, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia; se insertará declaración en un periódico del cantón, si lo hubiere, y en carteleras que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del mismo, y se procederá al nombramiento del curador de la herencia yacente”.

PATRIMONIO CUYA POSESIÓN SE CONFIERE A LOS HEREDEROS PRESUNTIVOS

Nos referimos al patrimonio del desaparecido, que en el momento en que se decreta la posesión provisoria por parte del Juez, pasa a manos de los herederos, quienes presuntamente suceden al desaparecido.

Se entenderá que todos los bienes, derechos y acciones que eran de la persona desaparecida hasta la fecha de su muerte presunta sucederán los herederos presuntivos, pero las sucesiones abiertas con posterioridad a la fecha determinada como presuntiva de la muerte no se tendrán derecho alguno. De ello se expresa Alesandri y 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.

De aquí resulta que todas las herencias deferidas al desaparecido ante la declaración de muerte presunta pasan a los herederos presuntivos; pero no así las sucesiones abiertas con posterioridad a esta fecha, respecto de las que no tienen derecho alguno. Se pronuncia Claro Solar sobre el tema diciendo: "La fecha de la muerte presunta determina también el patrimonio cuya posesión se confiere a los herederos presuntivos". Continúa en posteriores líneas: "Por consiguiente, los herederos presuntivos podrán tomar posesión de los bienes que hayan correspondido al desaparecido en las sucesiones abiertas antes de la fecha que se ha fijado como día presuntivo de su muerte y no tendrán derecho alguno a las sucesiones abiertas con posterioridad a esa fecha ya que habría sido llamado si hubiera estado vivo".

Entonces bien, desde que se ha dictado la posesión provisoria por parte del Juez, los herederos presuntivos adquieren la administración de todos los bienes del desaparecido. Pero hay que tomar en cuenta que estos no tienen respecto a los bienes todas las prerrogativas, que tienen los dueños sobre las cosas, por esto anota 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”.

Así entonces se entiende, que en los bienes del desaparecido, los cuales han sido otorgados a los herederos presuntivos, tendrán que hacerse, todos los arreglos y reparaciones necesarias para que los bienes estén en buen estado, para el pago de arreglos se tendrá que erogar esos dineros por parte de los herederos presuntivos, siempre que sus bienes sirvan para su aprovechamiento, es decir, cuando de estos bienes los poseedores, en este caso los herederos presuntivos puedan beneficiarse. Pero en el caso de que los bienes en los que ha tenido que pagar por su refacción no puedan ser aprovechados, serán cargados el costo de su reparación o refacción al desaparecido.

Del principio de conservación de los bienes que reciben los herederos presuntivos se desprende la prohibición de enajenación sobre los mismos, y esto lo recoge nuestra legislación como regla general, pero no podemos pensar que este criterio sea inamovible, pues dentro de circunstancias en las cuales sean necesarias la venta de uno de los bienes, el heredero presuntivo podrá solicitar a la autoridad judicial su autorización para que el bien pueda ser vendido, para ello será necesaria la justificación que presente ante el Juez, por parte del poseedor del bien. Del tema muestra su criterio Claro Solar: “Pueden 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”.

Es necesario hacer la distinción con la que trata nuestra legislación a los bienes dependiendo sean estos muebles o inmuebles de lo cual se encarga el Art. 74 del Código Civil: "los poseedores provisionales podrán desde luego vender una parte de los muebles o todos ellos, si el Juez lo creyere conveniente, oído el Ministerio Público. 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 Ministerio Público, la venta de cualquier parte de los bienes del desaparecido se hará en pública subasta".

La razón de la norma citada encontramos la preocupación que deposita la ley en los intereses del ausente, es así que si se puede considerar que los bienes pueden llegar a depreciarse en manos del poseedor, estos pueden ser vendidos, de esta manera en caso de la reaparición del ausente este recibe el valor monetario.

Claro Solar nos coloca un ejemplo en el que se demuestra más bien el interés que tendrá el desaparecido para que estos se conserven. "Los cuadros de pintura o las colecciones científicas y artísticas, respecto de las cuales el interés del desaparecido esta más bien por la conservación, por los cuales seguramente existe afección, mientras que los herederos presuntivos desearán venderlos para aprovechar el capital". Esto explica la valorización que tiene que hacer el Juez para permitir o no la venta.

Los ejemplos que utiliza Claro Solar pueden verse repetidos en otros objetos en donde podemos encontrar un gran valor de afección que puede tener el desaparecido, como por ejemplo joyas que tengan un significado sentimental, en donde hay

conocimiento o se puede suponer la intención que ha tenido el ausente en conservar estos objetos, los mismos que pueden por parte de los herederos presuntivos no ser valorados de tal manera, por tanto demuestren intención en venderlos. Por ello es el Juez quien debe determinar lo conveniente tomando en cuenta en estos casos los intereses del ausente.

De la actuación que debe ejercer el Juez señala Alesandri y Somarriva: "Las atribuciones del Juez en cuanto a la autorización para enajenar a sido muy difícil, acaso imposible poner todos los casos".

Muchas veces la venta es necesaria, como cuando se trata de bienes que pueden deteriorarse por el transcurso del tiempo o cuando el desaparecido hubiere dejado deudas cuyo monto pudiera pagarse con el precio de los bienes, muebles, la venta de los muebles sería del todo perjudicial al desaparecido si reaparece como cuando haya alhajas u otros objetos que tengan valor de afección, o cuando el desaparecido hubiere dejado colecciones científicas, bibliotecas cuya reposición es muy difícil, aun invirtiéndose grandes sumas de dinero. Tocan los tratadistas chilenos el caso en donde se tenga que honrar deudas que ha adquirido el desaparecido, pues al sucederlo pasan no solo los bienes, créditos y acciones, también se suceden las obligaciones y tendrán que cumplirse por parte de los herederos presuntivos.

De esta manera, entonces si no existiese el capital en efectivo necesario para cubrir esta deuda, será necesario que se venda los bienes, hasta el valor que cubra la obligación, entonces los herederos presuntivos podrán justificar la venta de este o estos bienes, pero el Juez sirviéndose del inventario realizado con prelación al

recibimiento de los bienes al heredero presuntivo, dará la autorización a la venta priorizando en orden aquellos bienes muebles que se consideren sin ningún valor de afección por el desaparecido.

Garantiza aún más el hecho de que la venta de los bienes sean hechas, como ordena la ley, en pública subasta, para que se garantice el precio justo que debe pagarse por los bienes, de esta manera el Juez tendrá conocimiento absoluto de los valores percibidos por la venta de los muebles con los cuales podrá cancelarse las obligaciones que había adquirido el desaparecido. Nótese, que la norma invoca la participación del Ministerio Público, quien representará a los intereses del desaparecido, presentándose también en esta etapa y en esta diligencia una garantía para los intereses del desaparecido. En el caso de los bienes inmuebles la norma expresa la clara prohibición de enajenación e incluso e hipotecarlos, esto mientras dure el periodo de posesión provisoria, prohibición que se levanta ya luego de decretarse la posesión definitiva, sin embargo la prohibición puede ser levantada dentro del mismo periodo de la posesión provisional, siempre y cuando los herederos presuntivos demuestren causa necesaria o utilidad evidente, lo cual tiene que necesariamente ser declarada por el Juez.

Para determinar lo que comprende causa necesaria o utilidad evidente, he de recurrir a lo que escriben Alesandri y Somarriva: "El Juez es pues el llamado a calificar es vista de los antecedentes que se le presentan si hay una causa necesaria o una utilidad evidente en vender o hipotecar los bienes del desaparecido".

Causa necesaria para vender su bien raíz habría, por ejemplo en el caso de un fondo que no produjese ni siquiera lo necesario para los gastos de administración y pago de las contribuciones. Utilidad evidente existiría, por ejemplo, si se vendiera un inmueble

para cancelar una deuda del ausente, por cuyo motivo le estuvieran embargando los bienes. Las circunstancias que los herederos presuntivos presentan ante el Juez para que sean considerados como causa necesaria o como utilidad evidente, tendrá que este proceder con conocimiento de causa, por tanto su resolución debe basarse como dicen Alesandri y Somarriva: "Atendiendo a la pruebas que le hubieren hecho valer judicialmente respecto de los herederos en que se funda la necesidad o utilidad, circunstancias que pueden demostrarse mediante informaciones, prueba documental u otra clase de datos ilustrativos que convengan al Juez".

En el caso de enajenación de bienes inmuebles la ley obliga por la importancia del acto, lleva a cabo previamente audiencia pública, de igual manera la ley obliga la venta de los inmuebles en pública subasta, de esta manera queda constancia del precio en que se enajenó los bienes.

En caso de que se hayan emitido los registros que se han explicado en la venta de los bienes que los herederos presuntivos recibieron en la posesión provisoria dicha enajenación adolece de nulidad. Nos toca por esclarecer si es que se trata de nulidad absoluta o nulidad relativa, con respecto a la última se pronuncian Alesandri 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 el puede alegarla". Es claro el hecho de que tan solo a petición de parte, se declarará por el Juez la nulidad relativa y por ello la necesidad del reaparecido alegue. Esta clase de nulidad da la posibilidad de sanearse

por la ratificación de las partes, en este caso el reaparecido tendrá la facultad de ratificar lo actuado por el poseedor y la venta sería efectiva.

Sin embargo de ello, es de notar que en el caso de omitir los requisitos que manda la ley, estamos hablando de lo que se refiere el Art. 1698. "La nulidad producida por 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". El espíritu del Art. 74 del Código Civil es evitar cualquier arbitrariedad del heredero presuntivo quien se encuentra en posesión de los bienes y garantiza así los intereses del ausente. Pues la obligación que toma el poseedor sobre los bienes es sobre todo de conservación y por ello la omisión de uno de estos requisitos acarrearía la nulidad absoluta y no la relativa.

Pensemos en la posibilidad de omitir la pública subasta, entonces la venta que hace el poseedor, la hace por interés propio en el momento que desee, al precio que el imponga, dejando así a lado todo interés del desaparecido. Puesto que los bienes que reciben los herederos presuntivos lo hacen en el periodo de posesión provisoria, de lo que hemos visto, no tienen las mismas prerrogativas que los dueños de los bienes, además de prohibiciones como las de enajenar, encontramos también medidas que imponen la ley para brindar una garantía a los bienes del desaparecido que están bajo la administración de los herederos presuntivos, las medidas referidas consisten en el inventario solemne de los bienes, mismos que formarán los poseedores provisionales, en caso de la existencia de un inventario solemne, este será revisado y rectificado con la misma solemnidad que lo ordena la ley.

Señala Alesandri y Somarriva: "Mediante el inventario se sabe de que 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".

Con la formación del inventario, el heredero presuntivo que entra en posesión provisoria de los bienes del desaparecido, tendrá conocimiento de los bienes a los que tiene la administración y de los que tiene la obligación de conservación, a más del resto de obligaciones que impone la ley para los intereses del desaparecido, esto le brinda una garantía, pues el inventariar los bienes, se deja constancia de los bienes que recuperaría la persona en el momento de su desaparecimiento, entonces el reaparecido tendrá derecho a la restitución de sus bienes, con excepción de aquellos que se han permitido por parte del Juez y luego del cumplimiento de los requisitos, entonces el reaparecido tendrá derecho a la restitución de sus bienes, con excepción de aquellos que se han permitido por parte del Juez y luego del cumplimiento de los requisitos que impone la ley enajenarlos, impone en este caso, entonces recibirán el valor de la venta de estos bienes.

Otra de las obligaciones, que tiene que cumplir el poseedor provisional es el de rendir caución. La caución es definitiva en el Art. 31 del Código Civil, "Caución significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca". Esta medida es tomada para evitar abusos y arbitrariedades y sobre todo una administración negligente por parte de los poseedores provisionales. Esta es la razón

por la que nuestra legislación ordena en el Art. 75 del Código Civil: "Cada uno de los poseedores provisionales prestará caución de conservación y restitución". Por tanto en el momento de la reaparición del desaparecido y al encontrar de sus bienes no han sido conservados en conformidad de lo que ordena la ley, se ejecutarán las cauciones prestadas para la restitución de los bienes a favor del reaparecido.

Para finalizar el análisis que se ha realizado acerca del patrimonio, cuya posesión se confiere a los herederos presuntivos, nos hemos de plantear una hipótesis: ¿A qué título poseen los bienes, los herederos presuntivos? Hipótesis que plantea Somarriva y Alesandri.

Algunos, entre ellos Claro Solar, sostienen que a título de usufructo, y señalan entre los usufructos legales, el de los poseedores provisorios de los bienes del desaparecido sobre el patrimonio presuntivo de éste. Otros, como Luís F. Borja, dicen que no se trata de un usufructo y afirman que los poseedores provisorios son dueños de los bienes bajo la 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.

Sea como fuere, el hecho es, que la cuestión no tiene proyecciones prácticas, porque el legislador se ha encargado expresamente de indicar el estatuto jurídico en esta posesión provisorio, y a estas reglas especiales debemos atender para solucionar cualquier punto divergente, sin tener que recurrir a las normas del usufructo o de otra institución cualquiera.

Sin embargo de ello, presento mi criterio en desacuerdo con las tesis tanto de Claro Solar, como de Borja, análisis ya realizado, aceptando el criterio de situación "sui generis", presentada por Larrea Olgún, por tanto el título bajo el que reciben los bienes los herederos presuntivos es a título de posesión provisoria.

EFFECTOS DEL DECRETO DE POSESIÓN PROVISIONAL

Una vez que el Juez, decreta la posesión provisional a petición de cualquiera de los herederos se procede a dar cumplimiento con lo que dispone el Art. 70 del Código Civil: "En virtud del decreto de posesión provisional, quedará disuelta la sociedad conyugal si la hubiere, con el desaparecido se procederá a la apertura y publicación del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno, se dará la posesión provisional a los herederos presuntivos". Se desprende entonces del Art. 70 del Código Civil que los efectos que se producen con la posesión provisoria son:

1. Disolución de 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.

Esta norma, pues, no cubre la totalidad de los efectos a causarse luego de decretarse la posesión provisional. Al analizar el título XIII del primer libro del Código, que su temática dedica a la emancipación legal, lo que me permito transcribir el Art. 310 del Código Civil, su enunciado y el literal 3º, que para el tema de los efectos de la posesión provisional, es de importancia.

Art. 310.- "La emancipación legal se efectúa"

"3º- Por la sentencia que da la posesión de los bienes del padre o madre del ausente".

Identificamos un cuarto efecto a producirse luego del decreto de posesión provisional que es la emancipación legal de los hijos, lo cual debería anexarse al Art. 70, para que de esta manera dicha artículo de cabal tratamiento a todos los efectos a producirse en este periodo.

Establecidos entonces los efectos que se producen en este periodo, damos paso al análisis de cada uno de ellos.

Primer Efecto:

DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Recurramos entonces a la misma codificación civil para conocer el concepto de sociedad conyugal.

Art. 139.- "Por el hecho de matrimonio celebrado conforme a leyes ecuatorianas se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges". Es más enfático todavía el Art. 152, que señala.- "a falta de pacto escrito, se entenderá por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal".

Larrea Olguín define a la sociedad conyugal como: "Un sistema comunitario de bienes mediante el cual se forma un patrimonio social mediante los aportes iniciales y las adquisiciones que posteriormente el matrimonio hagan a título oneroso. La

administración ordinaria de este patrimonio común, corresponde a quienquiera de los cónyuges previo acuerdo o al marido por falta de estipulación”.

Siendo entonces la sociedad conyugal, una sociedad de bienes entre marido y mujer, en donde existen tres patrimonios el del marido, el de la mujer y el de la sociedad conyugal. Los dos primeros comprenden el activo relativo que es aquel que está integrado por aquellos bienes que durante el matrimonio se confunden con los propios de la sociedad, pero que al liquidarse deben restituirse en especie al cónyuge que los aportó, o bien dan lugar a una recompensa a favor de dicho cónyuge.

El Dr. Juan Larrea Olguín nos dice que según nuestro Código Civil Para determinar si un bien pertenece al activo de la sociedad o al patrimonio de uno de los cónyuges y su ingreso es definitivo, o solamente transitorio hay que tomar en cuenta 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.

A continuación, nos expone el siguiente esquema:

<u>BIENES</u>	<u>TIEMPO DE ADQUISICIÓN</u>	<u>TÍTULOS</u>	<u>CLASE DE ACTIVO</u>
Muebles	Antes del matrimonio	Cualquiera	Relativo

	Después del matrimonio	Gratuito	Relativo
		Oneroso	Absoluto
Inmuebles	Antes del matrimonio	Cualquiera	No ingresa
	Después del matrimonio	Gratuito	No ingresa
		Oneroso	Absoluto

Integran el 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.

Lo que más interesa es el saber de la disolución de la sociedad conyugal, que no necesariamente se da al terminarse el matrimonio, pues puede darse que la sociedad conyugal se disuelva y subsista el matrimonio, por esta razón el Art. 70, al tratar del decreto de posesión provisional dice: "Quedará disuelta la sociedad conyugal". Pero el vínculo matrimonial continuará. Dada la disolución de la sociedad conyugal existe un procedimiento para llegar a su liquidación, esto lo resumimos exponiendo si este ejercicio a cumplirse llega a dicha liquidación.

-
1. Facción de inventario de bienes. (Arts. 191,192).
 2. Tasación de los bienes. (Arts. 191,192).
 3. Formación del 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. Participación de los gananciales.
 7. División del pasivo.

Encontramos de manera explícita en el Art. 70 que se desprende como efecto de la declaración de la posesión provisoria, la disolución de la sociedad conyugal pues la norma reza: "En virtud del decreto de posesión provisional quedará disuelta la sociedad conyugal si la hubiere, y por esta norma establece los efectos a darse luego del decreto de posesión provisional, claramente se cataloga como norma especial".

Surge reluctancia, con la norma antes dicha, la norma que establece las causales de disolución de la sociedad conyugal. Revisando lo que ordena el Art. 189 que expresa: "La sociedad conyugal se disuelve: por sentencia que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido. Siendo esta norma, llamada a determinar los causales para la disolución de la sociedad conyugal también se le considera una norma especial". Encontramos entonces una clara contradicción entre los Artículos. 70 y 189, siendo las dos normas especiales no pudiendo diferenciarlas jerárquicamente entre ellas.

El Dr. Max Coellar, da la solución para la interpretación legal, señala: Dada por la regla primera del Art. 18, es recurrir a la historia fidedigna de su establecimiento, continua el Dr. Coellar explicando: "El actual Art. 70 se ha mantenido inmutable desde la primera edición del Código, solo ha combinado su enumeración". El actual Art. 189, se mantuvo inalterable su redacción hasta la quinta edición.

Por la presunción de muerte de uno de los cónyuges según lo prevenido en el Título "Del principio y fin de las personas". El legislador de 1958 consideró que la referencia que hacia el ordinal antes descrito a todo un título era muy general, indeterminado y la reforma a la actual redacción del Art. 189, evidentemente el legislador no pretendió modificar el Art. 70 y así lo entendió la comisión legislativa, por eso continúa afirmando dicho artículo que la sociedad conyugal se disuelve por el decreto de posesión provisional.

Profundicemos el análisis en lo que corresponde a los hechos prácticos al decretarse la posesión provisoria, los bienes del desaparecido tienen que entregarse a sus henderos presuntivos, pero cómo entrarían estos a esta posesión, si no se ha llegado a la disolución de la sociedad conyugal. Por ello vemos que la disolución de la sociedad conyugal se da, según lo prescribe el Art. 70 con el decreto de posesión provisoria, y no como lo establece el Art. 189 con la posesión definitiva de los bienes. Queda por definir con que fecha se hará efectiva la disolución de la sociedad conyugal y en consecuencia su liquidación. Así, Don Alfredo Barros Errazuriz escribe: "Disolución de la sociedad conyugal y en consecuencia, liquidación de dicha sociedad conyugal con relación a la fecha del decreto de posesión provisoria". Explica el jurista que antes de este decreto el desaparecimiento se lo considera únicamente como

mera ausencia y subsiste en consecuencia la sociedad conyugal, aún después de declarada la muerte presunta, por que esta declaración tiene efectos limitados y restringidos durante el primer periodo que es el de simple administración. Con este criterio discrepan Arturo Alesandri, Manuel Somarriva y Claro Solar, quienes sostienen que la sociedad debe reputarse disuelta el día fijado por el Juez como día presuntivo de la muerte. "Su liquidación debe hacerse con relación a ese día y no a la fecha de esos decretos".

Segundo Efecto:

APERTURA DE LA SUCESIÓN DEL DESAPARECIDO

Se refiere Alesandri y Somarriva, al tema en cuestión diciéndonos: "Se procede a la apertura y publicación del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno. Como dijimos anteriormente, los bienes se entregan a los herederos testamentarios y legítimos y para conocer a aquellos es necesario abrir y publicar el testamento".

Entonces nos encontramos frente a dos posibilidades: la primera es que el desaparecido haya dejado testamento y la segunda el hecho que el desaparecido no ha dejado testamento, en este último caso se seguirán las reglas de la sucesión abintestato. A ello se refiere el Art. 994 del Código Civil: "Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria y si en virtud de la ley, intestada o abintestato". Pero entonces en el caso en que el desaparecido, ha dejado testamento es necesario abrirlo para tener conocimiento de que fue su voluntad acerca de la repartición de su patrimonio y de quienes son las personas que se han instituido como

herederos, además de saber las demás disposiciones testamentarias tales como los legados.

Nos veríamos avocados al problema de definir, con que fecha se abriría la sucesión, pues sería como efecto del decreto de posesión provisoria, en este caso se abriría a la fecha de este decreto, pero en este sentido la ley es clara, puesto que en el Art. 997 manifiesta: "La sucesión en los bienes de una persona se abre el momento de su muerte, en su último domicilio".

Por tanto la sucesión del desaparecido se considerará a la fecha en que el Juez determina como el día presuntivo de la muerte. A lo último, el jurista Larrea Olguín nos presenta su criterio: "Se procede a la apertura y publicación del testamento del desaparecido si hubiere dejado alguno". Aunque el testamento se abre solamente a raíz y como consecuencia de la posesión provisional, sin embargo la sucesión hereditaria se considera abierta desde el momento de la muerte, o sea desde la fecha presuntiva señalada por el Juez y esa fecha determinará la aplicabilidad y legalidad del testamento.

Pero prestemos atención al texto del Art. 70 que dice: "En virtud del decreto de posesión provisional, se procederá a la apertura y publicación del testamento, si el desaparecido hubiera dejado alguno". Por tal motivo, no alberga esta norma la probabilidad de que una persona que desaparezca, no deje un testamento. Dejando ver una vez más lo deficiente de la norma, pues a estricto sentido podrían suceder solamente los herederos presuntivos de las personas que antes de desaparecer han dejado testamento, lo cual siendo así no existe ningún acto negligente, pues de la

suerte del desaparecido no se sabe y difícilmente podría prever lo que sucedería y dejar un testamento antes de desaparecer.

De esto nos dice Barros Errazuriz: "Decretada la posesión provisoria se procede a la apertura y publicación del testamento si el desaparecido hubiese dejado alguno. Téngase presente que la norma habla de la apertura del testamento y no se refiere a la apertura de la sucesión, que es cosa distinta, la sucesión de una persona se abre al momento de su muerte, en su último domicilio y en consecuencia, 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".

Entonces aplicando el Art. 997 se abre la sucesión, esta testamentaria u abintestato, como se ha dicho con la fecha del día presuntivo de la muerte del desaparecido.

Tercer Efecto:

SE CONFIERE LA POSESION PROVISIONAL DE LOS BIENES

Es esta característica la que da el nombre a este periodo, el hecho de que entren en posesión de los bienes del desaparecido, sus herederos presuntivos. Hemos explicado ya la naturaleza de este periodo y de el traspaso de los bienes a los presuntos herederos ha sido materia de este trabajo, por lo que en este punto omitiremos su tratamiento con excepción de un tema que preferimos quede enfatizado, que son las facultades que tienen los poseedores de estos bienes.

Como se vio, los poseedores, bajo el régimen de la posesión provisional, a más de las obligaciones hacia con el patrimonio que reciben, también tienen prerrogativas o facultades. Hablamos del derecho que tiene estos de hacer suyos los frutos de las cosas recibidas y de producción, no se ven en obligación de restituir al ausente en caso de reaparición, puesto que la ley los considera poseedores de buena fe.

De ello nos habla Larrea Olgún: "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 los prescribe el

Art. 75.- "Cada uno de los poseedores provisionales prestará caución de conservación y restitución y hará suyos los respectivos frutos e intereses".

Art. 662.- "Los frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella, sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes o por un hecho del hombre, a favor del poseedor de buena fe".

Art. 664.- "Los frutos civiles pertenecen también al dueño de la cosa de que provienen, de la misma manera y con la misma limitación que los naturales".

Art. 660.- "Se llama frutos naturales los que da la naturaleza, ayudando o no de la industria humana".

Art. 663.- "Se llama frutos civiles los precios, pensiones, cánones de arrendamiento y los intereses de capital exigibles".

De otro tema de importancia que tocaremos en este momento es la representación de los poseedores provisionales a la sucesión en las acciones de defensa contra terceros. De ello expresa su naturaleza Larrea Olgún: "No es esta una representación legal en el estricto sentido que define al Art. 33 del Código Civil, pero si 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. Asumen la misma situación jurídica que los verdaderos herederos y naturalmente no cabe representarse a si mismo, pero si es lógico actuar "Como si fueran herederos", ya que lo más seguro es que realmente lo son. Para terminar este punto transcribiremos el Art. 73 del Código Civil, que es el que da tratamiento a este tema.

Art. 73.- "Los poseedores provisionales representarán a la sucesión en las acciones y defensa contra terceros".

Cabe anotar, aunque ya se ha hecho mención, puede presentarse el caso de que no exista herederos o que estos no acepten la herencia, entonces, dicha herencia se procederá a declara yacente.

Cuarto Efecto:

SE PRODUCE LA EMANCIPACIÓN LEGAL DE LOS HIJOS

Explicamos que el Art. 70 del Código Civil, no contempla este efecto y ello sin razón, pero recurrimos al Art. 310 del mismo cuerpo codificado, para dar con el cuarto efecto

a producirse con el decreto de la posesión provisional, nos referimos a la emancipación legal de los hijos.

La emancipación es la situación jurídica que da fin a la patria potestad que ejercen los padres respecto a los hijos de familia. Esta emancipación puede ser legal, voluntaria o judicial.

El Art.- 340, da la pauta para hablar de un cuarto efecto del decreto de posesión provisional, trata de la emancipación legal, la cual se produce de manera automática, al existir una de las causales que da la ley, sin necesitar pronunciamiento de autoridad alguna. Por tanto, con el decreto de posesión provisional, de manera inmediata se produce la emancipación legal del hijo de la persona desaparecida. Pero en el caso del decreto de posesión provisional de los bienes de padre, que tiene la patria potestad sobre el hijo de familia, tomaría entonces su otro padre la patria potestad, si es que este no está impidiendo o siendo así y en caso de no tener otro padre se daría la emancipación.

Larrea Olguín señala con claridad el verdadero supuesto de la ley, consiste en que no pudiendo ejercer la patria potestad uno de los padres (por haber muerto o por estar incapacitado) el otro sea declarado muerto por presunción y se llega a conferir a los herederos presuntivos la posesión de los bienes.

Nótese además, que tanto el decreto de posesión provisional como el de posesión definitiva pueden producir este efecto será siempre suficiente el primer decreto de posesión de los bienes y tal vez será preferible que la ley pusiera simplemente que con el decreto de muerte presunta (que normalmente es anterior a los de posesión

provisional o definitiva; aunque puede coincidir con ellos). Se da por emancipado al hijo que no tenga otro padre que pueda continuar con la patria potestad. Respecto a la incapacidad para ejercer la patria potestad, habla el Art. 303 que señala:

Art. 303.- "Procede la pérdida de la patria potestad, cuando el padre o la madre que ejerza, se encuentre en los casos contemplados en el Código de la Niñez y Adolescencia".

TÉRMINO DEL PERIODO DE POSESIÓN PROVISIONAL

El término de este periodo es marcado por tres circunstancias que son:

1. Si el desaparecido reaparece. Entonces, los bienes, regresan al dominio del desaparecido, y en este caso, termina también el proceso de la muerte presunta, se da también en el caso de que se llegue a tener noticias del desaparecido, las cuales indiquen inequívocamente la vida del desaparecido.
2. Anota Barros Errazuriz: "Si se tuvieran noticias que motivaren la distribución de sus bienes según las reglas generales, en efecto, si llega a saberse de una manera efectiva la fecha verdadera de la muerte de la persona, carece de aplicación la fecha declarada como día de la muerte presunta y debe procederse a las reglas generales pudiendo acontecer en este caso que la herencia corresponda a personas distintas de los herederos presuntivos". En el caso de conocimiento de la muerte de la persona, de igual manera termina el proceso de la muerte presunta.

3. Con el decreto de la posesión definitiva, la que el Juez podrá decretar según lo que dice el Art. 68 del Código Civil: "Podrá asimismo concederla, transcurridos diez años, desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese la excepción de dichos diez años la edad del desaparecido, si viviere".

IV CAPITULO.

EFFECTOS DE LA POSESIÓN DEFINITIVA

La posesión definitiva se da después de la posesión provisoria, o sin necesidad de la posesión provisoria, esto según los casos, pues como se ha visto no siempre será necesario que se dictamine por la autoridad competente la posesión provisional, para que actúe la posesión definitiva, específicamente en los casos especiales, es en donde carece de necesidad que medie el periodo de la posesión provisional.

Al dar referencia de un periodo de posesión definitiva, precedida por la posesión provisoria, tratamos del Art. 76, del Código Civil, que en cuyo texto reza: "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".

El tiempo en cuanto ha de decretarse la posesión definitiva de los bienes del ausente en el caso que expresa el Art. 76, está dado en el Art. 68 del Código Civil, en su última parte que dice: "Podrá así mismo, 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".

Entonces de ello se colige que si de la fecha de las últimas noticias que se tuviera de la persona desaparecida, han transcurrido diez años se decretará la posesión definitiva.

Hoy por hoy, nuestra legislación solo exige el paso de un lapso de diez años, pero en nuestra legislación, se comprendían de un periodo de hasta treinta años, esto hasta 1956 en donde se reduce a quince años y así hasta las reformas introducidas en el Código con la ley 43 que es donde se instaura el decreto de posesión definitiva a los diez años, de la fecha de las últimas noticias del desaparecido.

Lo que nos queda por determinar de esta norma, es cuando hace mención a la frase "o no se tuviere noticias que motivaran la distribución de sus bienes". La noticia que puede dar lugar a dicha distribución es el conocimiento pleno de que el desaparecido ha muerto, entonces, constatada esta muerte, se daría paso a finalizar el proceso de muerte presunta, pero en este caso, sería innecesario a demás de absurdo el hecho de que se decrete la posesión definitiva.

Podrá decretar la posesión definitiva, por parte del Juez, cuando han transcurrido tres años de la desaparición de la persona y se han cumplido 80 años desde su nacimiento.

Norma que también ha sufrido variaciones, Barros Errazuriz habla de 10 años, en la actualidad encontramos los tres años que corresponden al tiempo que dura el periodo de la mera ausencia, es decir, que en este caso no media la posesión provisional y se decreta definitiva luego de el periodo de la mera ausencia. El legislador, ha visto innecesario el hecho de dictaminar la posesión provisional, pues se comprende que al transcurrir los ochenta años desde el nacimiento de una persona, son muy escasas las posibilidades de que se encuentre con vida si este ha desaparecido ya por tres años. Y es sobre la edad en donde muestra este precepto jurídico, otra modificación,

por ello Alesandri y Somarriva, hablan de setenta años de edad y explica: "Presume que el ausente a muerto si han pasado setenta años desde su nacimiento", presunción tradicional fundada en el siguiente salmo: "Nuestra vida dura setenta años".

"Si el ausente era septuagenario cuando el desaparecimiento, la presunción de muerte comienza después de los cinco años (que es el periodo de posesión provisional), y, según esta regla se presume que el ausente murió como principia la presunción legal de su fallecimiento".

Puede darse también el caso de que mientras no se hayan cumplido los ochenta años desde el nacimiento del desaparecido, se agote el tiempo de los tres años de la mera ausencia, entonces, se decretaría la misma y durante este periodo se cumplan estos ochenta años, entonces se podrá poner término a la posesión provisional, decretándose la posesión definitiva.

Esto explica Luis Claro Solar al decir: "pero si los setenta (ochenta) años se completan durante la posesión provisoria, se concederá igualmente la posesión definitiva". Se comprende que el legislador a variado la norma en cuanto a la edad tomando en consideración que en estos tiempos, gracias a la ayuda médica se es posible vivir mas años, con la utilización de fármacos que permiten un tratamiento, para mejorar la salud en las personas de la tercera edad y con ello se ha incrementado el promedio de vida, estas razones han motivado a la legislación a determinar los ochenta años desde el nacimiento, como el tiempo en el cual se pueda

decretar en el caso de un desaparecido, la posesión definitiva, por creer que en estas circunstancias existen mayores posibilidades de su muerte.

Para finalizar el análisis de este caso, citaremos el Art. 68, que en su parte pertinente manifiesta:

“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”.

La posesión definitiva, también ha de decretarse luego de transcurridos seis meses de haberse ocasionado en la persona una herida grave en la guerra o naufragó la embarcación en que navegaba o le sobrevino otro peligro semejante y luego de este suceso no se ha tenido conocimiento alguno de la persona; en este caso existe una reducción en el período de la mera ausencia, que es como se considera a estos seis meses, se omite el periodo de posesión provisional y se decreta luego de los seis meses la posesión definitiva.

Regla que esta dada en el numeral 6 Art. 67 del Código Civil, el que ha tenido modificaciones en el tiempo, pues vale decir que anteriormente se diferenciaban los casos, por ello Alesandri y Somarriva dan un tratamiento por separado a ver: “Inmediatamente después de transcurridos cinco años desde la fecha de la batalla o peligro en que se encontró la persona desaparecida sin haberse sabido más de su existencia”,

Claro Solar nos dice: "En este caso se concede la posesión provisoria en atención a las circunstancias en las que ha ocurrido el desaparecimiento que contribuye a robustecer la convicción de la muerte del ausente".

Cabe señalar, que los tratadistas hablan de cinco años cuando la posesión definitiva en el caso ordinario se decretaba a los 15 años de desaparecimiento.

Vemos también que esta regla ha tenido, antes de ser tratada de igual manera con el siguiente caso, una modificación y al contrario que ha sucedido con las reglas de esta Institución Jurídica no se le ha acortado, sino que anteriormente se le daba cuatro años, incrementándose un año para dar mayores probabilidades de reaparecimiento en el caso de una herida grave, que una persona haya tenido en época de guerra, me queda una incógnita, pues si es que esta prueba es presentada por alguien que estuvo presente en este momento, sin que esta persona tenga conocimiento de la ciencia médica, se convierte un tanto relativo, puesto que esta persona no podrá diferenciar si es que la herida puede comprometer un órgano vital y llevar a la muerte del individuo, porque al decir de una herida grave y al hablar de muerte presunta, hemos de colegir que se presume la muerte por la desaparición de la persona, cuando la última noticia que se llegó a tener es que éste, recibió una herida grave, pero el testigo talvez no pueda diferenciar si es que esta herida, es una herida mortal, y aun más todavía en las circunstancias que se dan dentro de un enfrentamiento en donde no existen las facilidades para percatarse de todos los elementos partícipes en este momento. Además, el testigo no siempre podría ser de la misma división o batallón, por lo que no podría tener certeza de si que la persona tuvo o no asistencia médica oportuna. Lo cual le pudo salvar la vida.

Pero bien, es necesario analizar que las personas que sufren heridas en tiempo de guerra, son dadas de baja y enviados inmediatamente a casa y no podríamos pensar que en estos tiempos una persona pueda tardar tanto tiempo en su retorno, por ello, la ley deja en tiempo de seis meses en la actualidad, puesto que este tiempo también ha tenido modificaciones y ha sido reducido, por el desarrollo del transporte y las comunicaciones, entonces sería difícil pensar que en seis meses esta persona no pueda llegar a casa y aún así, al tratar de obtener noticias, se acudiría al registro de bajas por muerte que tienen las fuerzas armadas, pero se abren muchas hipótesis, como por ejemplo, la utilización dentro del conflicto de materiales explosivos, lo cual, no permite hacer el reconocimiento de los restos de los soldados, que están en el frente, por lo que, no se puede determinar, quienes son los que han muerto, o podría darse el caso que, aprovechando estas circunstancias, un soldado pueda desertar y huir hasta un lugar seguro en donde pueda esconderse hasta que el conflicto armado termine, lo cual puede extenderse hasta más de los seis meses.

Otra hipótesis a presentarse, es la posibilidad de haber sido tomado prisionero por el ejército contrario, y puesto en libertad también luego de los seis meses, cuando ya podría estar declarado presuntamente muerto, pero esto es muy difícil, pues el Tratado de Ginebra obliga a notificar los nombres de los militares que han sido tomados como prisioneros.

En cualquier caso que fuera, si se da la reaparición de la persona una vez que ya ha sido declarada muerta presuntamente se dará la revocación del decreto de posesión definitiva, lo cual será tema de nuestro análisis en otro capítulo.

Sobre el tema, es necesario plantearnos la hipótesis si solo procede este caso especial cuando se vea involucrado solamente quienes pertenecen a la milicia o pueden también, operar este caso en los civiles; me parece que no puede restringirse solamente a los miembros de las Fuerzas Armadas, puesto que en el estado de guerra, existen víctimas tanto militares como civiles, así es que no creo conveniente que la norma solamente tome en cuenta solo a los efectivos militares y no a los civiles. Aunque el Código habla de una herida en guerra, hemos de comprender que en un conflicto armado entre dos o más países, pues aunque el estado de guerra para ser considerado así, tiene que existir una declaración, pero han existido casos de guerras no declaradas, como por ejemplo el conflicto de nuestro país con el Perú en el Cenepa, pero por la falta de declaración de guerra, no podemos pensar que se excluya en este caso, de darse las circunstancias y entonces opere la muerte presunta en la forma que establece el Código Civil.

En caso de darse un conflicto entre pueblos o entre grupos de personas, operaría este caso, pero no por ser considerado como una herida en guerra sino más bien, como dice el Código Civil, por que a la persona en cuestión le sobrevino un peligro semejante.

Para referirnos al segundo caso que se estudiaba anteriormente, nos referimos a Alessandri y Somarriva, quienes exponen: "Después de seis meses desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieran de la nave o aeronave reputada perdida y en los cuales se encontraba la persona desaparecida de cuya existencia no se ha sabido más". Hablan entonces de la posesión definitiva, que se da como lo señalan al cabo de seis meses de este suceso, cuando ya no se ha tenido conocimiento de esta

persona, en este caso, los seis meses como mera ausencia, en donde se reducen por la escasa posibilidad de vida que tienen las personas presentes en el siniestro, y ello lleva a este tiempo relativamente corto, período de mera ausencia, que termina con el decreto de posesión definitiva, sin necesidad de que exista posesión provisional por considerarse posibilidades de sobre vivencia casi inexistentes.

De lo expuesto por los juristas chilenos encontramos una diferencia con la que al respecto señala el Código Civil cuando dice "o naufragó la embarcación en que navegaba", en donde solo permitiría sólo una posibilidad al decir, que el hecho se da cuando el desaparecido a estado al bordo de una embarcación que sufre naufragio, considero como apenas un ejemplo que Andrés Bello quiso colocar en el cuerpo codificado, pues se pensaría que Alesandri y Somarriva van más allá al decir nave o aeronave, albergando la posibilidad de un accidente tanto en una embarcación o aeronave.

Bello no contempla la posibilidad de la aeronave, puesto que el proyecto del Código Civil recoge ideas de legislaciones antiguas, en donde obviamente no podrían legislarse tomando en cuenta esta tecnología. Por ello es que, al decir "o le sobrevino otro peligro semejante", en donde se refiere a otro tipo de catástrofe cualquiera, en donde se sufra una grave amenaza, abre el abanico a cualquier posibilidad que pueda presentarse.

Para nuestra legislación, tanto la herida grave en guerra, naufragio en una embarcación u otro peligro semejante son tomados en el numeral 6 del Art. 65 del

Código Civil. Y se da desde el día en que ocurrió esta circunstancia en plazo de seis meses, como mera ausencia y luego de ella la posesión definitiva.

Da inicio el periodo de posesión definitiva, con el decreto dado por la autoridad correspondiente. Este es el último período del proceso de la muerte presunta, se da considerando el prevalecimiento de probabilidades de la muerte del desaparecido sobre las posibilidades de vida. Para brindar un concepto de la posesión definitiva, tomamos las palabras de Guillermo Borda, que anota: "No obstante las vehementes sospechas de que el ausente ha fallecido durante algún tiempo, el tiempo que dura el periodo de Predotación (la posesión provisoria). La ley no descarta la posibilidad de su reaparición, por ello los herederos reciben un dominio precario, sujeto a restricciones. Pero esta situación no puede continuar indefinidamente, a medida que el tiempo pasa, las probabilidades de reaparición del ausente se hacen cada vez mas remotas, no resulta lógico someter a los herederos a restricciones indefinidas en su derecho de propiedad, aún desde el punto de vista social, no es tolerable la prolongación de ese estado de inenajenabilidad de los bienes del ausente. Por ello es que transcurridos ciertos plazos, aquel dominio precario se convierte en pleno, sin restricción alguna y solo sujeto a la condición resolutoria de la reaparición del ausente".

Presento a la vez el concepto de Josserand, quien como Borda, pertenecen a la escuela Francesa, el jurista anota: "La incertidumbre en cuanto a la existencia o fallecimiento del ausente continúa mientras no se tiene noticias de él, y en ese caso, después de cierto plazo, la autorización de entrar en posesión puede ser transformada de provisional a definitiva, y así se abre un tercer periodo durante el cual

los intereses de las personas presentes se anteponen a los del desaparecido, los poseedores van a demandar ante el tribunal, a este efecto, un nuevo fallo que consolide su situación”.

Recae sobre la posesión definitiva un ambiente ambiguo, esto se debe a la posesión definitiva, se trata como un decreto en el párrafo 3º del Título II del Código Civil, por ejemplo, al final del Art. 76 dice: “Se decretará la posesión definitiva”, y con ello no guarda relación, lo expuesto en el Art. 189 que trata sobre la disolución de la sociedad conyugal, que en su segunda causal expuesta, señala: “Por sentencia que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido”.

Por tanto queda en la incomprensión si la posesión definitiva se trata de un decreto, o se trata de una sentencia.

El Dr. Enrique Coello García, se pronuncia sobre la hipótesis de si la posesión definitiva es un decreto o una sentencia y nos manifiesta: “Estimamos que lo providencia judicial que se dicta no es ni decreto ni sentencia. No es decreto porque esa clase de providencias son meras órdenes de trámite que no implican resolución alguna, según el Código de Procedimiento Civil. No son sentencias porque estos implican resolución de un punto controvertido. En el procedimiento de la presunción de muerte casi nunca se controvertirá; habrá necesidad de que alguien se oponga a la concesión de las posesiones provisionales o definitivas”.

Damos paso al estudio sobre los efectos de la posesión definitiva, los cuales se desprenden del Art. 76 del Código Civil. Los cuales comprenden: Se cancelan las

cauciones que los poseedores provisionales hayan prestado de conservación y restitución.

Larrea Olguín observa: "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".

En este caso estamos hablando, cuando a medida de la posesión provisoria y los herederos presuntivos se han visto obligados para garantizar los bienes del ausente a rendir caución, ello por que en la posesión provisional se toman en cuenta los intereses tanto del heredero presuntivo, como los intereses de la persona desaparecida, no así en la posesión definitiva, en donde, por prevalecer la probabilidad de la muerte del desaparecido, sobre su vida, se torna un espectro en donde se imponen los intereses del heredero presuntivo.

Si es que los bienes, pasan ya al domicilio del poseedor, esto bajo una condición resolutoria, entonces no existe necesidad de que se mantenga dicha caución. Distinto es el caso, en donde se omite el período de posesión provisional, pues al no darse este período medio que es donde se dan por parte de los herederos presuntivos dichas cauciones, los bienes pasan a su poseedor de manera definitiva, con una condición resolutoria.

Otro efecto a producirse, es la libertad en que quedan los poseedores para enajenar los bienes que sucedieron, y para ello ya no será necesario solicitar la autorización

ante el Juez para realizar la venta. De igual manera ya no se necesita la intervención del Ministerio Público, ni existe ya la necesidad de que los bienes se vendan en pública subasta. Larrea Olgún anota sobre este particular: "Adquieren los herederos presuntivos la facultad de enajenar libremente los bienes, muebles o inmuebles presuntivos, sin que sea precisa ninguna autorización judicial, ni mucho menos demostración de necesidad o utilidad".

Un efecto importante a anotar es la disolución del vínculo matrimonial, esto si el ausente estuvo casado, así lo determina el Art. 105 en su segundo numeral, lo cual transcribo:

Art. 105.- "El matrimonio termina:

2.- Por la sentencia ejecutorizada que declare la nulidad del matrimonio". Dejando atrás los conceptos religiosos, como anota Borda "la ausencia por más prolongada que fuera en ningún caso podría afectar el vinculo matrimonial". No podemos pensar que una persona pueda ser cónyuge de otra que ha desaparecido de una manera perenne, es más, el mismo Código Civil da la posibilidad de divorciarse por la causal de Abandono Voluntario e Injustificado del otro cónyuge, por más de un año interrumpidamente.

De lo cual no se puede saber si hay un acto volitivo en el abandono, pero no podría justificarse tal, según como lo expresa la norma, con el decreto de posesión definitiva termina el matrimonio. Entonces no se toma en cuenta la voluntad del otro cónyuge, pues puede que este no tenga interés en que el divorcio termine. En la doctrina encontramos a Borda tratando el tema al decir: "La declaración del fallecimiento no

produce ipso jure la disolución del vínculo, solución razonable pues el otro cónyuge puede no tener ningún interés en esa disolución o por el contrario, tenerlo en que se mantenga el vínculo”.

De lo que me expreso en desacuerdo, pues si se ha declarado muerto presuntamente a una persona, se lo declara para todas las circunstancias y con relación a todos los contratos que este tenía, pues no puede declarárselo muerto para ciertas cosas y no muerto para otras, así como no puede declarárselo muerto presuntamente para unas personas y que este decreto no tenga valía legal para otras. Tratamos ya el tema incongruente que señala nuestro Código Civil al respecto de la disolución de la sociedad conyugal que se pronuncia nuestra ley se haría en la posesión provisional y también ordena realizarse en la posesión definitiva, por lo cual no hago mayor mención.

Para determinar otro de los efectos de la posesión definitiva, citemos a Claro Solar cuando escribe: “El efecto del decreto de posesión definitiva es, por consiguiente autorizar la repartición de los bienes del desaparecido entre sus herederos, lo mismo que en el caso de muerte verdadera, la posesión provisoria concedía a los herederos determinar quienes eran tales herederos, se debía abrir y publicar el testamento cerrado si lo dejara el desaparecido. La posesión definitiva produce la apertura de la sucesión misma y transforma a los herederos presuntivos de usufructuarios, en verdaderos propietarios, lo mismo que cualquier otro heredero”.

Siguiendo a Larrea Olguín nos dice: “Se consolidan los derechos de usufructo, fideicomiso u otros que dependan de la condición de la muerte del desaparecido. En general el decreto de posesión definitiva, como queda dicho, produce los efectos de la

muerte verdadera. Del mismo tema dice Claro Solar: "Todas las personas que tengan derechos subordinados a la muerte del desaparecido, son los legatarios, los nudo propietarios de bienes cuyo usufructo tenía el desaparecido, los fideicomisarios de bienes cuyo usufructo tenía el desaparecido para no verse obligados a la restitución de los bienes a aquellas personas tengan derecho, es claro que ellos tendrían sesión para demandarla". Respecto a los legatarios, estos, pueden con este decreto exigir sus legados, pues aunque el testamento se abrió no pudieron reclamar sus derechos con la sola posesión provisoria.

Para concluir el estudio de los efectos a producirse veamos lo que dice Larrea Olgún: "Se producen todos aquellos otros efectos propios de la posesión provisional, si esto no precedió a la definitiva salvo aquellos efectos incompatibles con la posesión definitiva". Concretamente: Se abre el testamento y termina la sociedad conyugal debiendo procederse a su liquidación.

REVOCATORIA DEL DECRETO DE POSESIÓN DEFINITIVA Y SUS CONSECUENCIAS

Desde la desaparición de la persona, fecha en que se toma en cuenta para dar inicio a este proceso de muerte presunta, hasta cuando se ha decretado por parte del Juez la posesión definitiva, no existe una certeza absoluta de la muerte real de la persona, y se puede demostrar, que esta no ha ocurrido, es decir, que la persona aún viva, en este caso, y demostrado ello, será necesario la revocatoria del decreto de posesión definitiva, pero eso hemos indicado que es una presunción IURIS TAMTUM. Pero la prueba de que quien ha estado desaparecido esta vivo puede presentarse, no solamente con la presencia de este, sino a través de haberse logrado noticias de su

actual paradero, o simplemente noticias que aseguren su vida. Pueden presentarse pruebas de actos que ha realizado, y más allá aún, el que se involucren otras personas, como el caso que el desaparecido a contraído matrimonio, y en este haya procreado hijos, casos, en los que se viene a modificar la situación del desaparecido, por que su realidad, ya no es la misma, que la que existía en el momento en que se ausentó.

Entonces comprobada la existencia de quien estuvo desaparecido, se revocará el decreto de posesión definitiva y este puede revocarse a favor del desaparecido en el caso de su reaparecimiento o del cónyuge con quien contrajo matrimonio durante el tiempo con que estuvo ausente, o también se revocará a favor de los hijos que la persona que se le ha declarado presuntamente muerta.

Encontramos regulado todo lo dicho en el Art. 79 del Código civil que reza de la siguiente manera: "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".

El jurista ecuatoriano Juan Larrea Olgún, dedica unas líneas al tema "Aún después de declarada la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, a favor de sus herederos presuntivos, la presunción cede ante la realidad comprobada y por tanto, dicho decreto puede ser revocado. Con mayor razón, aunque el código no lo mencione, pueden revocarse los demás decretos anteriores: de posesión provisional, o aquel que fija la fecha de la muerte presunta". Y en cualquier momento que se llega

a conocer sobre la vida de esta persona, se da no solo la revocatoria de dichos decretos, sino se da por terminado el proceso de la muerte presunta.

Para dar un análisis de circunstancias que podría presentarse cuando en el tiempo que se ausentó la persona, se pueden dar actos o contratos tanto del desaparecido como de quienes poseen los bienes, recurramos al Dr. Enrique Coello, quien con mucha coherencia toca el tema: "El reaparecimiento además de dar lugar a la revocatoria de esas providencias puede producir profundas consecuencias, tanto por los actos como contratos que se hayan realizado, durante el periodo de desaparecimiento, el propio ausente, como por actos y contratos que haya realizado el cónyuge presente y los herederos presuntivos plenamente autorizados por las disposiciones legales, como hemos visto anteriormente".

Analiza el Dr. Coello que el desaparecido durante su ausencia haya contraído matrimonio, de ello expresa "Si el ausente era soltero pudo perfectamente haberse casado durante el tiempo que estuvo ausente de su domicilio y haber procreado hijos. Los efectos de carácter económico, la restitución de los bienes y cualquier otro efecto personal o patrimonial beneficiaran al cónyuge y a los hijos.

En consecuencia, el cónyuge y los hijos tendrán derecho a pedir la restitución de los bienes que fueron otorgados en posesión provisional o definitiva en el estado en que se encuentren.

Pero pudo también ocurrir que el ausente se haya casado estando imposibilitado de hacerlo, por que antes de ausentarse ya había contraído matrimonio con otra persona, ¿Qué valor tendría el segundo matrimonio? Podría considerarse putativo respecto del cónyuge que no supo del anterior matrimonio, en todo caso, la segundas

nupcias por ilegítimas que sean, otorgarán todo derecho a los hijos habidos, que deberán ser considerados como nacidos dentro del matrimonio.

La situación del cónyuge del segundo matrimonio, es realmente difícil por que una bigamia no puede ser fundamento para disputar derechos a la familia que tuvo el ausente antes de su desaparecimiento.

A la inversa, el cónyuge que quedó en el domicilio conyugal, es decir, el presente pudo también haber contraído nuevas nupcias, luego de expedido el decreto de posesión definitiva por que ese decreto como hemos visto termina con el matrimonio. Este segundo matrimonio del cónyuge presente es absolutamente legítimo; no se trata de bigamia ni sufre alteración alguna con el reaparecimiento del ausente. El cónyuge presente obró de buena fe y plenamente autorizado por la ley.

Si el cónyuge presente obró de mala fe al contraer nuevo matrimonio sabiendo a ciencia cierta que su primer cónyuge estaba vivo y a pesar de ello gestionó la declaratoria de presunción de muerte y obtuvo el decreto de posesión definitiva, en este caso se trataría de un matrimonio putativo para el que se casó con el cónyuge presente, sin embargo, tal matrimonio es nulo al fin".

Dentro de la doctrina y en la misma legislación se ha hablado no de la revocatoria del decreto de posesión provisional sino de su rescisión, a ejemplo de ello citó lo expuesto por Barros Errazuriz: "Dice el Art. 93 (se refiere a la legislación chilena) que el decreto de posesión definitiva puede rescindirse a favor del desaparecido si reapareciera, o de sus legitimarios habidos durante el desaparecimiento o de su cónyuge por matrimonio contraído en la misma época". Cita el autor una disposición

legal en donde se hace referencia a la rescisión y no a la revocatoria. Alesandri y Somarriva no opinan que sea una rescisión, y por tanto critican la disposición al decir que se da un mal empleo de la palabra rescisión, dicen: "El Código habla de rescisión del decreto de posesión definitiva, esto es de su nulidad relativa, y esto supone un vicio que permite la anulación del decreto lo cual es absurdo, por que los causales que el legislador señala para dejar sin efecto el mencionado decreto, no son vicios del mismo sino hechos al que el legislador atribuye la virtud de hacer caer las consecuencias derivadas de una presunción que se desvanece ante la realidad".

Prueba también, dicen los autores de que no se trata de una verdadera rescisión, es la circunstancia de que no se retracta en sus efectos a una fecha anterior, como debería ocurrir si nos halláramos en un caso de nulidad relativa. Lo que el Art. 93 (aquí hace referencia a la norma citada por Barros Errazuriz), ha querido decir únicamente que los efectos del decreto de posesión definitiva cesan en beneficio de las personas que nombra. Por eso habría sido más acertado emplear la palabra revocación o decir, en forma más sencilla aún que el decreto de posesión definitiva puede dejarse sin efecto. Larrea Olguín también analiza este particular al decir: "Ante todo hay que observar que la palabra rescisión no está empleada con propiedad. Se rescinde un acto o contrato que adolece de un vicio que produce nulidad relativa, pedir la rescisión es pedir la anulación". Por ello explica el autor que debe decirse que se puede revocar el decreto de posesión definitiva, por ello, explica que: "Se revocan los decretos o sentencias judiciales".

ANÁLISIS DE LAS REGLAS DE REVOCATORIA DEL DECRETO DE POSESIÓN DEFINITIVA

Para que opere la revocatoria de la posesión definitiva, será, necesaria la observación de ciertas reglas las mismas que vienen dadas en el Art. 80 de nuestro Código Civil, lo que me permito transcribir.

Art. 80.- En la revocatoria del decreto de posesión definitiva se observa las reglas que siguen:

1. El desposeído podrá pedir la revocatoria en cualquier tiempo que se presente o que haga constar su existencia.
2. Las demás personas no podrán sino dentro de los respectivos plazos de prescripción, contando desde la fecha de la verdadera muerte.
3. Este beneficio aprovechará solamente a las personas que por sentencia judicial la obtuvieren.
4. En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás decretos reales constituidos legalmente en ellos.

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

En el primer caso, se trata la persona desaparecida que se presenta, en ello no puede haber mayor discusión en cualquier momento que este se presente, se tendrá que revocar el decreto de posesión definitiva pues no puede darse el caso de que una persona se le siga presumiendo muerta, cuando se sabe de su existencia. Revocándose el decreto de posesión definitiva, los bienes pasarán a su dominio, pero este tendrá que reclamar estos bienes en su estado actual y no podrá exigir se regrese a su dominio los bienes en el estado existente a cuando el desapareció.

Veamos sobre el tema lo que trata 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".

De lo último, no considero así, pues los frutos que produce cualquier bien son de propiedad del poseedor puesto que es un poseedor de buena fe. El hecho de que no se reclaman los bienes en el estado en que estuvieron en el momento que empezó la ausencia, ello explicada Claro Solar al decir: "Los poseedores definitivos son administradores irresponsables que gozan de los bienes como propios y que pueden disponer de ellos con entera libertad". Continúa su explicación el mencionado jurista:

“Si durante la posesión provisoria estaban obligados a la conservación de los bienes y respondían, por tanto, hasta culpa leve en la posesión definitiva, la ley les permite gozar como dueños, se creen dueños y pueden disponer arbitrariamente de los bienes, usar y abusar de ellos y aún descuidarlos”.

En el segundo caso, se refiere a las demás personas ante quienes opera en su beneficio la revocatoria del decreto. Entre estas personas se encuentran el cónyuge presente, o el que adquirió esta calidad durante la ausencia y los hijos. Estas personas solamente podrán pedir la revocatoria si es que la acción no esta prescrita.

No queda claro, la norma que debe aplicarse, pues así encontramos en el Art. 2415 que esta dentro del Título que dedica el Código Civil a la prescripción, la norma proclama: “Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias”. Diríamos entonces que esta acción prescribe en diez años, puesto que es una acción ordinaria. Pero con ello no está de acuerdo el Dr. Max Coellar, pues manifiesta que esta norma hace referencia a los plazos que se determinan para la acción de petición de herencia prescritos en el Art. 1292, que dice: “El derecho de petición de herencia expira en quince años”. Pero el heredero putativo, en el caso del inciso final del Art. 719, podrá oponerse a esta acción la presunción de cinco años contados como la adquisición del dominio.

Nos dice el Dr. Coellar: “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”.

Para referirnos al tercer caso, en donde se refiere a que este beneficio aprovechará solamente las personas que por sentencia judicial la obtuvieron, tenemos entonces que transcribir el ejemplo que pone el Dr. Enrique Coello: “Supongamos que el ausente tuvo dos hijos, el uno diligente con posibilidades económicas para litigar, el otro hijo carente de diligencia o sin posibilidades económicas para accionar, han de aprovechar solamente el primer hijo”. ¿Es injusto que sólo este hijo tenga derecho a recobrar bienes en premio a su diferencia?, para el primero, el padre estuvo vivo hasta una fecha ¿Y para el segundo hijo el padre estuvo muerto?.” Ejemplo con el que el autor muestra su inconformidad con la norma, por lo que indica su inconveniencia, termina el autor con las siguientes expresiones: “No se puede admitir estos criterios de la ley”.

Sobre ello, Alesandri y Somarriva explican: “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”. Efectivamente si de varios hijos del desaparecido habidos durante el desaparecimiento, uno solo entabla acción, este será el único que aprovechará de la rescisión y no podrá reclamar sino la cuota que a él le corresponda.

Con referencia a la cuarta regla, que se refiere a la situación patrimonial, pues como hemos expresado, los bienes que están en posesión los herederos presuntivos, en el momento de la revocatoria, pasarán al beneficiario de la misma en su estado actual, y

subsisten las enajenaciones, hipotecas y demás gravámenes, que sus poseedores realizaron sobre este, tema de lo que ya nos hemos ocupado.

Sobre todo el tema, nos dice el Dr. Enrique Coello que puede a más de causarse estos efectos patrimoniales, se darán efectos extramatrimoniales, explica el profesor universitario: "Supongamos que el ausente estuvo casado y se concede la posesión definitiva de sus bienes y el cónyuge queda viudo, pero se mantiene en ese estado hasta que llegue a revocarse el decreto desde ese momento dejará de ser viudo el cónyuge presente, volviendo a estar casado".

En la quinta y sexta regla en donde se trata de la buena y mala fe de los poseedores en donde la buena fe se la presume, para anotar Alesandri y Somarriva: "Como consecuencia de esta presunción legal, los herederos no 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 de la reivindicación". Pero vemos que esta presunción de buena fe es una presunción legal, y por tanto podrá desvirtuarse presentando prueba en contrario, dado esto, los poseedores de mala fe, ya en el momento de ser declarados, así se verán expuestos a las acciones legales correspondientes en hacer de la reposición de los bienes y no tendrán derechos a gozar de los frutos que ha producido los bienes y más bien están en la obligación de reponerlos.

CONCLUSIONES

Analizando la Institución Jurídica de la Muerte Presunta vemos que al tema se le ha dado el tratamiento desde el Derecho Romano y así a lo largo del tiempo ha sido analizado y modificado por las distintas legislaciones, dando en cada una de ellas grandes aportes, haciendo de la muerte presunta un precepto jurídico cada vez más adecuado, estas modificaciones se han realizado de una manera progresiva, acorde al tiempo y al espacio, lo cual en la actualidad abre una incógnita marcada por el desarrollo de la ciencia y la materia de las comunicaciones, con lo cual comprendemos la facilidad hoy existente para que las personas puedan comunicarse entre si a pesar de la distancia, lo que se llegaría a pensar que es muy difícil o casi imposible no tener conocimiento sobre una persona en particular, argumento que dejaría en el obsolescencia jurídica a la muerte presunta, pero cuando tocamos el tema hablamos de una persona desaparecida de quien no se ha tenido noticias, lo que no solamente es posible sino que hoy en día sucede, enfrentándonos así a una incertidumbre de la existencia o no de una persona, por lo que el derecho debe abarcar este tema brindando las soluciones más adecuadas, velando por los intereses del desaparecido y de quienes hayan tenido relación con éste y tengan interés en su aparición o se declare su muerte presunta, por ello la importancia de la vigencia de esta norma en nuestra legislación.

Vemos que la normativa positiva plasmada en nuestra legislación concerniente a la muerte presunta como lo dijimos es necesaria y además pertinente, pues abarca todo el proceso para que se llegue a dar la declaración por una autoridad competente sobre la muerte presunta de una persona, cubriendo gran cantidad de situaciones por

las cuales se puede llegar a dicha declaración. Además la ley de manera adecuada habla en el caso general sobre tres períodos que se suceden cronológicamente en donde se otorgan garantías para velar por los derechos del desaparecido y de igual manera la ley garantiza los derechos de los poseedores provisionales de los poseedores definitivos y de terceras personas que tendrían interés en el proceso de la muerte presunta de una persona.

En cuanto a los plazos que ha de cumplirse en cada uno de estos períodos adecuado me parece que en el caso especial sea un plazo corto para que llegue a declararse la presunción de muerte del desaparecido, lo que no presenta mayor inconveniente con el plazo que da la ley, se asegura que en la eventualidad del reaparecimiento de una persona de quien se tiene una incertidumbre sobre su existencia puede llegar a administrar sus bienes de manera personal; más en el caso general como se ha podido notar en las modificaciones dadas en la legislación con las facilidades existentes en la comunicación se debe analizar si son necesarios los plazos que da la ley, pues hoy en día en un mundo en el que las relaciones contractuales fluyen con gran dinamismo, el derecho debe considerar si es que en verdad es necesario esperar tanto tiempo para que se otorgue la posesión definitiva de los bienes del ausente, pues si bien es cierto la necesidad de la vigencia de este precepto jurídico, también es cierto que una persona no puede alejarse por tanto tiempo de su terruño y de sus seres más allegados lo cual nos hace pensar que es posible y necesaria una reducción de los plazos que se obligan en el caso general para otorgar la posesión provisional y definitiva de los bienes.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	0
CAPITULO I.....	5
EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD.....	5
CONMURIENTES.....	21
MUERTE PRESUNTA.....	29
ELEMENTOS DE LA MUERTE PRESUNTA.....	40
PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA.....	42
INTERÉS PROCESAL.....	42
JUEZ COMPETENTE.....	50
CONDICIONES OBJETIVAS.....	56
PUBLICIDAD.....	60
TUTELA DE LOS INTERESES DEL AUSENTE.....	62
DETERMINACIÓN DEL DÍA PRESUNTIVO DE LA MUERTE.....	64
CAPITULO II.....	69
EL PERIODO DE MERA AUSENCIA.....	69
DURACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL PERIODO DE MERA AUSENCIA.....	75
DURACIÓN DEL PERIODO DE MERA AUSENCIA.....	75
CARACTERÍSTICAS DEL PERIODO DE MERA AUSENCIA.....	77
PERSONAS QUE ADMINISTRAN LOS BIENES DEL DESAPARECIDO.....	81
TERMINO DEL PERIODO DE MERA AUSENCIA.....	94
DECRETO DE POSESIÓN PROVISORIA Y DECRETO DE POSESIÓN DEFINITIVA.....	94
REAPARICION DEL AUSENTE.....	98
CAPITULO III.....	100
EL PERIODO DE POSESIÓN PROVISIONAL.....	100
CUANDO SE DECRETA LA POSESIÓN PROVISIONAL.....	105
PATRIMONIO CUYA POSESIÓN SE CONFIERE A LOS HEREDEROS PRESUNTIVOS.....	108
EFECTOS DEL DECRETO DE POSESIÓN PROVISIONAL.....	118
PRIMER EFECTO:.....	119
<i>DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.....</i>	<i>119</i>
SEGUNDO EFECTO:.....	124
<i>APERTURA DE LA SUCESIÓN DEL DESAPARECIDO.....</i>	<i>124</i>
TERCER EFECTO:.....	126
<i>SE CONFIERE LA POSESION PROVISIONAL DE LOS BIENES.....</i>	<i>126</i>
CUARTO EFECTO:.....	128
<i>SE PRODUCE LA EMANCIPACIÓN LEGAL DE LOS HIJOS.....</i>	<i>128</i>
TERMINO DEL PERIODO DE POSESIÓN PROVISIONAL.....	130
IV CAPITULO.....	132
EFECTOS DE LA POSESIÓN DEFINITIVA.....	132
REVOCATORIA DEL DECRETO DE POSESIÓN DEFINITIVA Y SUS CONSECUENCIAS.....	145
ANÁLISIS DE LAS REGLAS DE REVOCATORIA DEL DECRETO DE POSESIÓN DEFINITIVA.....	150
CONCLUSIONES.....	155
INDICE.....	157

BIBLIOGRAFÍA

- | | |
|--|--------------------------------|
| Curso Elemental de Derecho Civil. | Ambrosio Colín y H C Capitant. |
| Curso de Derecho Civil. | A. Alessandri y M. Somarriva. |
| Curso de Derecho Civil. | Alfredo Barros Errazuriz. |
| Derecho Civil. | Arturo Valencia Zea. |
| Derecho Civil del Ecuador. | Juan Larrea Olguín. |
| Derecho Civil Ecuatoriano. | Cesar Cisneros. |
| Derecho Civil Personas | Hernán Coello. |
| Derecho Civil Chileno y Comparado. | Luis Claro Solar. |
| Derecho de Familia. | Enrique Coellar. |
| Estudios sobre el Código de Derecho Civil. | Luis Felipe Borja. |
| Tratado de Derecho Civil. | Marcel Planiol. |