

879309

4
24.

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO
Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
CLAVE: 879309



EFFECTOS JURIDICOS DE LA DECLARACION DE AUSENCIA

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

Modesto Bocanegra

Asesor LIC. JUAN JOSE MUÑOZ LEDO RABAGO

Celaya, Gto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Mayo 1997



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

A Mi Esposa Carmen Esther y mi hija "Lupita"
Por constituir el origen y causa de mi preparación profesional.

A Lic. Elvia Consuelo Manrique Zermeño
Con profundo agradecimiento en
mérito de que el presente trabajo de
Tesis es en gran parte fruto de su
apoyo desinteresado e incondicional.

**A Lic. Hector Arce Moreno.
A quien le debo el apoyo doctrinal
que contiene el presente trabajo.**

"EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA"

INTRODUCCIÓN	4
CAPITULO I	
CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES	9
1.1.- Definición de los Conceptos Jurídicos Fundamentales	9
1.2.- Supuestos Jurídicos y las Consecuencias de Derecho	15
1.3.- Supuestos y sus consecuencias	19
1.4.- Hechos y Actos Jurídicos	21
CAPITULO II	
MARCO HISTÓRICO DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA	27
2.1 .- Roma	27
2.2 .- Francia	31

2.3 .- Italia	40
2.4 .- Alemania	48
2.5 .- España	50
2.6 .- Latinoamérica	61
2.7 .- México	65

CAPITULO III

EFFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA	70
3.1.- Medidas Preventivas en caso de Ausencia	72
3.2.- De la Declaración de Ausencia	79
3.3.- De los efectos de la Declaración de Ausencia	85
3.4.- Presunción de muerte	90

CAPITULO IV

PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA CON RELACIÓN A OTRAS DISPOSICIONES LEGALES	95
---	-----------

4.1.- Ley Federal del Trabajo	95
4.2.- Ley del I.S.S.S.T.E.	99
4.3.- Ley del Seguro Social	101
4.4.- Ley Federal de Instituciones de Fianzas	103
4.5.- Consecuencias en la vida práctica en el Estado de Guanajuato	105

CAPITULO V

SOLUCIONES PROPUESTAS **109**

5.1.- Modificaciones al Código Civil desde el Capítulo relativo a las medidas provisionales.	109
5.2.- Adiciones la Ley Federal del Trabajo	113
5.3.- Adiciones a la Ley del I.S.S.S.T.E.	114
5.4.- Adiciones y/o modificaciones a la Ley del Seguro Social	118
5.5.- Adiciones y/o modificaciones a las demás disposiciones conexas.	119

BIBLIOGRAFÍA **122**

LEGISLACIÓN CONSULTADA **124**

INTRODUCCION

Para iniciar un trabajo como el presente, al través del cual me propongo dar una sencilla aportación al terreno jurídico, y muy en especial al del ámbito Positivo del Estado de Guanajuato, pretendo presentarlo, desde mi sencilla percepción del Derecho a partir de los conceptos elementales que constituyen su propio título.

Problema, el diccionario nos indica que quiere decir: Asunto, dilema, conflicto y dificultad.

Problemático/a señala que significa: Inseguro, difícil, dudoso, complicado comprometido, riguroso, engorroso, arduo, penoso, pesado, laborioso, imposible, insuperable, insoluble, insalvable, inalcanzable, inaccesible, irrealizable, intrincado, duro, desventajoso, crítico, crucial, culminante, peliagudo, delicado, arriesgado, comprometedor, absurdo, quimérico, inútil, improbo, inasequible, trabajoso, incómodo, sobrehumano, enredoso, dañino, inconveniente, dudoso, molesto, costoso, fastidioso, desagradable, complejo, inadecuado, perjudicial, liso, embrollado, embarazoso, engorroso, conflictivo, fatigoso, trabajoso, laborioso, apurado, agobiante, cargado, peligroso, espinoso, enrevesado, agotador, endiablado, enojoso

etc...y creo que aquí podría quizá llenar la página con sinónimos de lo que se entiende por problemática. ¹

Como se puede apreciar de este exceso de adjetivos sinónimos de problemática, me atrevería a afirmar que todos, o casi todos pueden aplicarse al estudio que en este trabajo voy a desarrollar sobre la Declaración de Ausencia, puesto que la familia del ausente para lograr algún beneficio al cual tiene derecho respecto de éste, tropieza con problemas sobre todo de tiempo y trámites que le hacen pensar en que el beneficio a recibir se hace inseguro, que el trámite es difícil, que por el transcurso del tiempo es dudoso el poder recibir el citado beneficio; que los trámites a seguir se hacen complicados y engorrosos, que hacen que dicho beneficio se vuelva inaccesible, inalcanzable e irrealizable, ya que en alguna ocasiones cuando se llega a lograr, es demasiado tarde, o bien porque el beneficiario falleció, no pudo sufragar una penosa enfermedad, o no costearse sus estudios cuando son menores, y no lograr una subsistencia digna.

Insisto cualquiera de este sinnúmero de sinónimos y que se pueden multiplicar hasta llenar unas cuantas páginas, nos llevan siempre al mismo resultado que se hace difícil el obtener tal o cual beneficio y en este caso concreto es para aplicarse a aquellas personas que por razones de parentesco, es decir sean hijos, cónyuge e incluso padres que tienen derecho a un beneficio del presunto ausente.

Continuando con mi esbozo inicial y que se refiere al título de este trabajo, llego al siguiente término que es precisamente "Jurídica/o", y este no

¹- CORRIPIO FERNANDO.- "Diccionario de Ideas Afines".- Editorial Herder, Barcelona, 1994

puede menos que llevarme a asociarlo con el concepto de Derecho, el cual aprendí desde mis primeros pasos por esta apasionante carrera. Me refiero así al concepto tradicional del que nos hablan distinguidos Juristas como Eduardo García Maynes en su "Introducción al estudio del Derecho"² y Rafael Rojina Villegas en su "Compendio de Derecho Civil"³ de que es: "El conjunto de Normas bilaterales, externas, generalmente heterónomas y coercibles que tienen por objeto regular la conducta humana en su interferencia intersubjetiva".

Y aquí precisamente me ubico en el campo del Derecho Positivo, ya que resultaría muy ambicioso de mi parte el pretender abarcar un estudio en el que se haga un concienzudo análisis del aspecto filosófico de la Norma.

Entrar al reino del "Deber Ser", que comprende los distintos sistemas normativos que nos llevan a su vez a analizar causas y efectos para llegar a la existencia de supuestos y consecuencias.

No se puede soslayar que este tema es emocionante, que despierta asombro y entusiasmo; que el Derecho Natural nos involucra en conceptos muy precisos e intransigentes, como aquel de que las Leyes Naturales no se violan, es decir que cuando a ellas nos referimos, estamos frente a principios que no admiten excepción, y lo que yo pretendo precisamente

².- GARCIA MAYNEZ EDUARDO.- "Introducción al Estudio del Derecho".- Editorial Porrúa, 1960, 2a. Edición Pags. 4 y sgtes.

³.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- "Compendio de Derecho Civil".- Editorial Antigua Librería Robredo, 1962, 1a. Edición pags. 7 y 8.

en este trabajo es hablar y tratar aspectos más humanos como lo es el de la norma jurídica, la cual a "contrario sensu" de mi anterior afirmación, es continuamente violada, sin que por este hecho pierda sus valor; sin embargo pare mi personal apreciación, es cuando se debe buscar que la norma, en vez de ser violada o ignorada, se modifique, se reforme, se adapte a los fenómenos y las circunstancias de momento, para hacer de ella un instrumento útil y vigente.

Como afirmo Kelsen en su Teoría Pura del Derecho: " en el proceso normativo se conocen los supuestos iniciales y las consecuencias finales porque dependen de la norma jurídica que es una creación humana".⁴

Y es aquí en donde yo me encuentro, en donde de una manera ambiciosa busco como hombre, como jurista en ciernes, proponer una modificación a la norma existente; más bien que se cree una nueva norma en la que se determinen supuestos iniciales y consecuencias finales.

En este caso el supuesto inicial es la "Ausencia" de una persona física con capacidad jurídica y por lo tanto con derechos y obligaciones y las consecuencias finales se encaminan a los beneficiarios de su derechos, y sujetos receptores de sus obligaciones.

⁴.- KELSEN HANS.- "Teoría Pura del Derecho".- Traducción de Luis Legaz y Lacambra 1a. Edición Revista de Derecho Privado, Madrid pag. 13.

La relación jurídica que nace en estos casos, deriva precisamente del Derecho Familiar que como sabemos se refiere a las distintas formas de conducta que se han caracterizado como objetos directos de regulación jurídica, como lo es el parentesco por consanguinidad, afinidad y adopción. Las relaciones de patria potestad entre padres e hijos, abuelos, nietos, así como en todas las consecuencias generales de la filiación legítima y natural y los deberes que se presentan correlativos de las mencionadas conductas.

CAPITULO I

CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

Para hablar de cualquier tema, se hace indispensable hacer referencia en primer lugar a los conceptos de los que se va a tratar, y en este caso los conceptos **Jurídicos Fundamentales** requieren de una definición de los mismos que permita tener una correcta perspectiva jurídica y así como consecuencia se obtengan los resultados deseados para la solución de los problemas.

1.1. Definición de Conceptos Jurídicos Fundamentales.-

Antes de hacer la definición de cada uno de los conceptos jurídicos fundamentales, diré que son aquellos que intervienen como elementos constantes y necesarios en toda relación jurídica y haré una enumeración que de ellos han hecho al través del tiempo, destacados juristas, y hago la que se ha considerado más cercana a la perfección, ya que a éstos se les ha dado diferentes denominaciones, e incluso ha habido algunos que están duplicados, ya que significan lo mismo y son los siguientes:

a).- Supuestos Jurídicos

b).- Consecuencias de Derecho

c).- La cópula "deber ser"

d).- Sujetos de derecho o personas jurídicas

e).- Objetos del derecho o formas de conducta jurídicamente reguladas

f).- Relaciones Jurídicas

· **Es evidente que toda forma de conducta jurídica se produce como consecuencia de la aplicación de la norma del derecho a los casos concretos. Aquí puede ser que dicha conducta pueda ser lícita o ilícita.**

En la norma jurídica están de una manera implícita todos los conceptos jurídicos fundamentales, los cuales se actualizan en el momento en que surge la relación jurídica, es decir cuando se dá una manifestación concreta respecto de sujetos y objetos determinados, produciéndose por la relación de uno o varios supuestos de derecho.

Los conceptos jurídicos fundamentales son las categorías esenciales de todo derecho, presente o pasado, positivo o natural, justo o injusto, legislado o consuetudinario, de tal manera que se convierten en los instrumentos imprescindibles del estudioso del derecho y del legislador para resolver cualquier problema jurídico.

Daré ahora la definición de cada uno de los conceptos enumerado en líneas anteriores, y para evitar confusiones seguiré el mismo orden y utilizando los mismos incisos.

a).- Supuesto Jurídico.- Se llama así a la hipótesis, expectativa, teoría o posibilidad normativa o de regla de conducta o forma de comportamiento que postule uno o varios valores, de la cual, o de cuya realización depende que se produzcan las consecuencias de derecho; es decir que a partir del supuesto, necesariamente deriva una consecuencia eminentemente jurídica.

b).- Las consecuencias de derecho.- Como consecuencia de la definición anterior, se entienden a las consecuencias de derecho como a las situaciones jurídicas concretas que se presentan cuando se realizan uno o varios supuestos de derecho.

c).- La cópula "deber ser" es el nexo que une la hipótesis normativa con una disposición. Podemos decir, como lo afirma atinadamente el Maestro Rojina Villegas que se trata de el

vínculo normativo entre el supuesto jurídico y las consecuencias de derecho.

d).- Los sujetos de derecho o personas jurídicas son los individuos, criaturas o entes que sirven de centros de imputación de derechos subjetivos, deberes jurídicos, sanciones, actos y normas de derecho.

e).- Los objetos del derecho constituyen las diferentes formas de conducta jurídicamente regulada que se manifiestan como facultades, deberes, actos jurídicos, hechos lícitos e ilícitos y sanciones. Es decir, comprenden la conducta jurídica lícita: facultades, deberes, actos jurídicos, hechos lícitos, sanciones; y la conducta jurídica ilícita: delitos y hechos ilícitos en general.

f).- Las relaciones jurídicas constituyen elementos complejos de articulación de todos los elementos simples anteriormente enumerados. Se trata en consecuencia, de un elemento ideal, un elemento anhelado que es el resultado de la amalgama de diversos conceptos jurídicos fundamentales, contenido potencialmente en la norma y actualizado, por virtud de un supuesto jurídico, al vincular sujetos determinados y objetos o formas de conducta que también son regulados de manera precisa a fin de que manifiesten como facultades, deberes o sanciones.

Al hablar de los conceptos jurídicos fundamentales, y hacer referencia a los estudiosos de esta materia en particular, de ninguna manera se puede soslayar a Hans Kelsen, el cual a partir de su postulado enumera los siguientes:

1.- El hecho ilícito o antijurídico, que es el que el jurista considera que es el que se da cuando un sujeto, bajo determinadas condiciones debe observar tal o cual conducta y si no lo hace, otro sujeto distinto, que en este caso ese otro sujeto no es otro que el Órgano del Estado, le impone por esa acción u omisión, una sanción.

En este supuesto Kelseniano el concepto jurídico fundamental identificado como hecho ilícito, es el que hace depender de él a la sanción, es decir que cuando el individuo que debe actuar de alguna forma determinada no lo hace, entonces es que su actitud lo lleva a recibir por ese modo de actuar, o mejor dicho de no actuar a que se haga acreedor a una sanción.

El segundo concepto fundamental, siguiendo el esquema de Kelsen, está en la obligación del Órgano del estado de aplicar, por el hecho anterior, el de observar una conducta determinada, una sanción. Es así que se afirma que la sanción está caracterizada como la consecuencia jurídica que sobreviene ante el hecho ilícito o antijurídico.

Aquí hay que destacar que el tercer concepto, consistente en el derecho subjetivo, no se encuentra de una manera expresa en el esquema de Kelsen, sin embargo éste se sobrentiende ya que al darse la hipótesis en la que el obligado debe observar una determinada conducta, se destaca el pretensor y, a su vez, frente al Órgano del Estado que es el responsable de aplicar la sanción señalada para el caso, existe un también otro Órgano que exigirá esa conducta al primero, de tal manera que si no la cumpliera, podrá imponerle una sanción al Órgano del estado que faltó al cumplimiento de su deber de sancionar.

Este tercer concepto, según Kelsen, no necesariamente se presenta en las relaciones jurídicas de derecho privado, de tal manera que pudiera existir el deber sin un correlativo derecho subjetivo.

Continuando con el Jurista en comento, llego al cuarto concepto y se refiere al deber, que lo caracteriza como aquella conducta contraria al hecho ilícito o antijurídico, supuesto que la sanción sobreviene cuando se ejecuta un hecho que la norma jurídica considera como inconveniente o indeseable. El deber jurídico en este caso es la conducta contraria al hecho ilícito.

El quinto concepto fundamental es el sujeto de derecho, y que al ser el sujeto, igual puede ser el sujeto del deber o el sujeto de la sanción, y el órgano sancionador.

Ahora bien, para hablar de estos últimos, encuentro que éstos se determinan en función de la estructura de las diferentes normas, jerarquizadas en orden a la sanción, está en primer lugar un órgano que es el que tiene el deber jurídico de sancionar, que está frente a otro segundo que igualmente tiene el deber jurídico de sancionar al primero, y así sucesivamente.

Los sujetos en esta hipótesis de Kelsen, desempeñan diferentes papeles, por cuanto que el particular es, respectivamente, sujeto del deber y sujeto de la sanción, frente al hecho ilícito o antijurídico.

Para concluir con esta teoría Kelseniana señalo que los órganos sancionadores, representan en la escala jurídica, la calidad de sujetos del deber ser, esto es en cuanto que tienen que aplicar una sanción, es decir que jurídicamente están constreñidos por una norma sancionadora, a imponer una sanción, bien sea al particular si se trata del primer órgano, o bien al órgano inmediato anterior, si es que se trata de órganos jerarquizados. Sin embargo no hay que olvidar que en esta jerarquía de órganos, cada cual asume el papel de sujeto activo y pasivo a la vez.

1.2.- Supuestos Jurídicos y las Consecuencias de Derecho.-

Se dice del supuesto jurídico que es la hipótesis normativa, de cuya realización depende que se actualicen las consecuencias de Derecho.

Por qué se dice que el supuesto es una hipótesis, puesto que entendemos a este término como a la conjetura o posibilidad de creer, o un hecho más bien incierto, que al ser normativo cuenta con la pauta o la guía que comprende el enunciado, el cual en términos imaginarios se encuentra en toda norma jurídica, y de cuya realización, dependerán, ahora sí, todas las consecuencias que están contenidas en la parte dispositiva de la misma.

Con frecuencia se suele confundir al supuesto jurídico con los acontecimientos concretos que son los que realmente tienen la virtud de realizarlo, por lo que debe de distinguirse claramente al supuesto del hecho, acto o estado jurídico al través del cual se realiza.

Es muy importante, ya que así lo hemos asimilado todos aquellos que decidimos abrazar esta carrera de juristas, porque así lo aprendimos desde el primer día en que ingresamos a la Facultad de Derecho y es hacer la distinción entre lo que es el supuesto jurídico y los hechos, actos y estados jurídicos.

Como ya lo señalé es muy importante marcar cual es esta diferencia, ya que se suele confundir al supuesto jurídico con los acontecimientos que lo realizan. No puedo dejar de insistir por esto, que el supuesto es

una simple hipótesis normativa y por lo tanto debe de distinguirse del hecho, acto o estado, jurídico, al través de los cuales se realiza.

Y siguiendo con la retrospectiva jurídica, señalo que los hechos por sí solos, como una expresión de la voluntad, no pueden, por sí mismos, dar lugar al nacimiento o transformación de los derechos, por lo tanto es indispensable siempre, que el Derecho, en forma de Ley o regla de otro orden acepte que tales medios produzcan efectos jurídicos, creando, modificando o extinguiendo los derechos, o dando lugar a situaciones o estados jurídicos.

"Los hechos jurídicos son los acontecimientos a los que el Derecho atribuye consecuencias consistentes en el nacimiento, la modificación o la pérdida de Derecho o de situaciones jurídicas de la persona".⁵

Influyen en la condición jurídica de las personas, permitiéndoles la adquisición de derechos o que éstos se transformen dentro de su dominio, o dando lugar a la pérdida de los mismos.

Ahora bien, por otro lado está el acto jurídico que según Valverde es "el hecho de este orden realizado por el hombre con el propósito pri-

⁵- GARCIA TRINIDAD.- "Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho.- Editorial Porrúa, S.A: 15a. Edición, 1966, Pag. 183.

mordial de producir efectos de derecho. Se le ha llamado también negocio jurídico, traduciendo literalmente la expresión con que lo designan la literatura jurídica Alemana e Italiana,"⁶ y lo justifican para no incurrir en el error a que la palabra acto, dá lugar, aún cuando hay quienes afirman que la palabra negocio, no aclara las cosas.

El acto jurídico era ya aceptado por el Derecho Romano sin embargo su estudio ha dado lugar a aceptarla como una entidad jurídica determinada.

Para concluir con este tema señalo que siendo la voluntad el elemento esencial del acto jurídico; éste expresa la voluntad de una o más personas, convirtiéndose así en: unilateral, bilateral y sinalagmática, y producen sus efectos desde luego en definitiva y sin sujeción o restricciones especiales; son puros y simples ya que la voluntad se manifiesta en forma ordenada sin que su fuerza dependa de hechos o circunstancias que restrinjan sus efectos.

Así pues es evidente que el supuesto no tiene realidad fuera del simple enunciado normativo, es decir es ideal. En oposición a lo afirmado anteriormente el hecho, el acto o el estado jurídico, implican ya un acontecimiento que tiene la virtud de realizar la hipótesis normativa.

⁶.- VALVERDE Y VALVERDE CALIXTO.- "Tratado de Derecho Civil Español", Tomo I, pag. 131.

1.3 Supuestos y sus Consecuencias

Ahora para hablar de las consecuencias de los supuestos, se hace también necesario distinguir dos tipos de relación entre los supuestos y sus consecuencias.

Las primeras se dan entre la realización de los supuestos y la actualización de las consecuencias, se presenta como lógicamente necesarias.

Las segundas son las relaciones que existen entre la realización de los supuestos y el cumplimiento de las consecuencias; en éstos para darse dicho cumplimiento se requiere de una estructura compleja, ya que puede ocurrir que la relación sea contingente y necesaria.

La Doctrina distingue sólo entre hechos y actos jurídicos como formas de realización de los supuestos sin comprender los estados jurídicos.

Fritz Schreier distingue los siguientes supuestos:

a).- Simples.- cuando dependen de una sola hipótesis normativa.

- b).- **Complejas.**- cuando constan de varias hipótesis
- c).- **Dependientes.**- cuando deben fusionarse para que produzcan todas las consecuencias de derecho.
- d).- **Independientes.**- cuando pueden producir consecuencias jurídicas en forma aislada o combinándose entre sí.
- e).- **Compatibles.**- cuando combinadas suman consecuencias jurídicas.
- f).- **Incompatibles.**- Cuando reunidas destruyen o aniquilan las consecuencias que producen aisladas.

Las consecuencias jurídicas son aquellas situaciones jurídicas concretas que resultan de la realización de los supuestos jurídicos previstos en las normas jurídicas y pueden ser entre particulares o de carácter público por lo que pueden ser de Derecho Privado o de Derecho Público.

Las consecuencias de creación de derechos y obligaciones entre particulares es el más importante de todo el derecho privado (civil y mercantil) , o sea la constitución de los derechos subjetivos privados y los deberes correlativos de los mismos, es decir tanto derechos patrimoniales como no patrimoniales, absolutos o relativos, de interés particular o de interés general, transmisibles e intransmisibles, temporales y vitalicios, renunciables e irrenunciables, prescriptibles e imprescriptibles,

transmisibles por herencia y extinguidos por la muerte de su titular, etc...

Están también las consecuencias en el sector liberatorio, que es una forma de conducta jurídicamente regulada, ya que en ella existen facultades y deberes jurídicos, así como el enlace típico del derecho al través de la cópula "deber ser".

Finalmente señalo las consecuencias jurídicas en el sector de lo contencioso y en el sector coactivo.

1.4 .- Hechos y Actos Jurídicos

Como ya se mencionó con términos similares en líneas anteriores, el acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con el propósito de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.

El destacado Jurista francés Marcel Planiol afirma que: "La palabra 'acto' en la terminología jurídica tiene dos sentidos diferentes: designa en ocasiones una operación jurídica, correspondiendo entonces, a la palabra latina negotium; otras veces, designa un documento probatorio, destinado a demostrar alguna cosa, respondiendo en este caso al término latino instrumentum. Una venta, una donación, un pago, una remisión de deuda, considerados en sí mismos y haciendo abstracción de su prueba,

son actos jurídicos; los documentos notariales o privados en que se hacen constar tales operaciones, son actos instrumentales."⁷

Como ya lo he afirmado, el hecho y el acto jurídicos son las formas de realización de los supuestos jurídicos.

La Doctrina francesa al hablar de hechos jurídicos se refiere a ellos como los acontecimientos naturales o del hombre que originan consecuencias de derecho; es decir que distingue los hechos jurídicos en estricto sentido, de los actos jurídicos. Afirma que hay hecho jurídico cuando por un acontecimiento natural o del hombre, en el que no interviene la intención de originar consecuencias de derecho, y no obstante la ausencia de intención, las consecuencias de derecho se dan. Para los actos jurídicos, dice que hay acto jurídico, en aquellos hechos voluntarios ejecutados con la intención de realizar consecuencias de derecho, y por lo tanto los define como una manifestación de la voluntad que se hace con la intención de originarlas.

Según esta doctrina, la diferencia estriba, no en la intervención del hombre, ya que dice que pueden ser naturales y del hombre, y para estos últimos hace intervenir a la voluntad, puesto que existen los voluntarios, los involuntarios y los ejecutados contra la voluntad, y por lo tanto asegura que hay hechos jurídicos voluntarios, entendiéndose por esto que son ejecutados por el hombre, es decir sí interviene su voluntad,

⁷- PLANIOL MARCEL.- "Tratado Elemental de Derecho Civil".- Tomo I de la Traducción del Lic. José M. Cajica Jr. Puebla, Editorial Idem. Puebla 1946, pag. 142.

pero no con la intención de producir efectos jurídicos, incluso dice de éstos que pueden ser lícitos o ilícitos, como lo son los delitos y los cuasidelitos.

León Duguit, que tanto insistió en la definición correcta del acto jurídico y sus elementos dice sobre el particular:

" Todo acto de voluntad tiene dos objetos: el objeto inmediato, movimiento corporal directamente querido y producido, y el objeto mediato, modificación en el mundo exterior, que no es un producto de la voluntad del sujeto, que sólo puede obrar sobre sus órganos.

Por lo que respecta al fin determinante, es preciso no confundirlo con el objeto mediato del querer. El fin, es el porqué se elige como principio de acción, cierta representación.

La definición más simple y al mismo tiempo más exacta que nos parece que pueda darse del acto jurídico es esta: Es acto jurídico todo acto de voluntad que interviene con la intención de que se produzca una modificación en el ordenamiento jurídico, tal como existe en el momento en que se produce, o tal como existirá en un momento futuro dado." ⁸

⁸.- DUGUIT LEON.- "Traité de Droit Constitutionnel", 2a. Ed. 1921, pags. 224-232.

En torno a estas afirmaciones han surgido varias discusiones, sobre todo en el sentido de que aún cuando el hombre ponga su voluntad en tal o cual acto, no es esencial que conozca todas las consecuencias que va a producir su declaración de voluntad, sin embargo yo pienso que definitivamente en todo acto jurídico debe de existir de manera expresa la voluntad del individuo de producir consecuencias de derecho.

El hecho jurídico, como ya se dijo, puede ser natural o del hombre, y creo que no es necesario explicar la diferencia entre éstos, es decir los que son naturales y los que son del hombre, sin embargo, aún cuando tampoco es difícil la diferencia entre hechos naturales y actos jurídicos, si considero fácil explicarlo, ya que entiendo por hechos naturales a todos aquéllos en los que actúa la naturaleza, y que puede o no estar relacionado con el hombre, como un rayo, una tormenta o el propio nacimiento. En estos no hay punto de contacto con el acto jurídico, en que como ya he insistido, se requiere de la manifestación de la voluntad.

Están por otro lado los hechos del hombre involuntarios, que se ejecutan contra su voluntad, y éstos sí tienen semejanza con los actos jurídicos.

Finalmente haré una breve referencia a los elementos esenciales del acto jurídico y que son tres.

- el primero es la manifestación de la voluntad, la cual puede ser expresa, es decir cuando se manifiesta con cualquier forma de lenguaje, ya sea oral, escrito o mímico y tácita que se da cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito, no obstante que no dé muestra de ello al través de cualquiera de las manifestaciones de lenguaje ya mencionadas.

- que exista un objeto física y jurídicamente posible, sin dejar de tener en cuenta que se puede tratar de un objeto directo, como el de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, y en algunas ocasiones se da el objeto indirecto.

Este objeto indirecto no se presenta en la totalidad de los actos jurídicos, más bien se dá en los contratos, ya que en estos podemos decir que el objeto directo es como acabo de afirmar el crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones y el indirecto consiste en la cosa o en el hecho materia del convenio.

- y por último está el reconocimiento que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el autor del acto, puesto que si la norma no reconoce la manifestación de voluntad, entonces de ninguna manera podemos estar frente a un acto jurídico; tampoco hay acto jurídico si falta el objeto para producir las consecuencias de derecho que están amparadas por el ordenamiento jurídico.

Sin la existencia de cualquiera de estos tres elementos, tampoco hay acto jurídico.

También existen los elementos de validez que son: que tenga un fin, motivo, objeto y condición lícitos; que la voluntad se exteriorice de acuerdo con las formas legales; que dicha voluntad sea libre y cierta, y que se otorgue por persona capaz.

Con estos argumentos creo haber dado satisfacción a las definiciones y diferencias entre lo que es un hecho y un acto jurídico.

CAPITULO II

MARCO HISTÓRICO DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA

2.1.- ROMA

Generalmente cuando pretendemos llegar a la fuente generadora del Derecho Civil Moderno, lo primero que hacemos es remontarnos a los antecedentes más lejanos y siempre encontramos al Derecho Romano, sin embargo, en este caso cuando buscamos ahí, nos sorprende encontrarnos que en Roma se desconocía la Institución de "Ausencia", como la conocemos en la actualidad. Aquí vale citar a Mateos Alarcón M.⁹ quien dijo: "...los romanos consideraron la ausencia como un acontecimiento extraordinario que no merecía que el Legislador se ocupara de él..."

En oposición a la negativa absoluta de la existencia de la ausencia como Institución en el Derecho Romano, surge la opinión de Cossío¹⁰, quien habla de una verdadera Teoría de la Ausencia en el Derecho Romano. "...Que no había sido superada, ni siquiera modificada esencialmente, por las legislaciones posteriores que en esto, dígame lo que se quiera como en otras tantas cosas, son romanas."

⁹.- MATEOS ALARCON MANUEL.- "Lecciones de Derecho Civil".- Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal, Tomo I, México, 1885-96, pag. 438

¹⁰ COSSIO.- citado en Serrano y Serrano Ignacio .- "La Ausencia en el Derecho Español".- Edición de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, pag. 5

Esto es verdaderamente notorio, toda vez que en ningún momento encontramos la tendencia a organizar en sistema el régimen jurídico de tan importante creación del Derecho ya que únicamente averiguamos que había algunas relaciones jurídicas reguladas por disposiciones aisladas como las ficciones del "Jus postliminium" el cual consistía en la ilusión de borrar retroactivamente una situación, para volver las cosas al estado que guardaban anteriormente, es decir protegía las relaciones jurídicas del prisionero, porque si regresaba era tenido como nunca "in captivitate fuisse" y se complementaba con la ficción consagrada en la "Lex Cornelia", relativa al testamento de un cautivo muerto, considerándolo válido, es decir que lo daba por muerto si no retornaba.

Los efectos del "Jus Postliminium", no se hacían extensivas a las relaciones continuas del prisionero, como pudiera ser el caso de la posesión, pero lo que sí era fundamental, era el caso del matrimonio del reo de tal suerte que si regresaba, debía renovarlo.

Se conoció también la figura del "Curator absentium bonorum" o administrador de bienes del ausente, el cual actuaba mientras no se probara legalmente su muerte. Es decir que para la guarda de bienes de una persona que no estaba presente, se nombraba un curador a petición de los parientes, o de los acreedores en su caso, y en ocasiones el nombramiento se solicitaba de oficio, pero siempre recaía en persona extraña, no ligada por nexos de sangre al ausente y que entraba en posesión de los bienes por decreto del Magistrado.

En el Derecho Romano se tomaba en cuenta a los no presentes, pero no existía la presunción de muerte, como la entendemos actualmente, esto es, motivada por el transcurso del tiempo en los casos de ausencia .

Sin embargo también se ha afirmado, tomando para ello como base algunos pasajes de Paulo Ulpiano que entre esas concepciones antiguas y el moderno concepto de ausencia existe una identidad sustancial y que el Juez en cada caso concreto decidía, una vez adquirida o no la certeza moral del acaecimiento del deceso, sobre la vida y la muerte del ausente, tomando en cuenta para ello los elementos de juicio que le hubiesen sido aportados por aquél quien invocaba en su favor, derechos resultantes de la muerte.

Insisto que sigue causando extrañeza al estudioso del derecho Civil que en el Derecho Romano, dado el grado de perfeccionamiento que había alcanzado, no hubiese existido, ya que en ese entonces se carecía de medios de comunicación, y el Imperio Romano alcanzó una gran extensión y tuvo bajo su férula numerosas colonias justificaba absolutamente la existencia de una Institución tan magníficamente reglamentada. A este razonamiento debemos agregar también el hecho de que el continuo estado de guerra en el que el Imperio se hallaba, seguramente tuvo como consecuencia la cautividad de muchos miembros de la sociedad romana y, por tanto muchos debieron ser los casos de ausencia entre los que en ella participaron.

Después de la información plasmada con anterioridad, podemos concluir que en la Antigua Roma existieron disposiciones reglamentarias de

la Ausencia, sin embargo éstas además de ser aisladas, no estuvieron organizadas, ni se le reconoció al derecho de los ausentes como una Institución autónoma completa, como es costumbre en el Derecho Romano, y dichas disposiciones se esparcieron y se dieron a conocer en edictos, leyes y senado consultos.

Es evidente que dentro de lo que ha sido la tradición del Derecho Romano, esta figura que hoy analizamos ha sido tratada por diversas legislaciones, claro esta que en cada caso particular se adapta a las características especiales del derecho positivo de cada país; y siempre como lo hemos podido notar todas tienen su origen en el Derecho Romano, como lo es en el caso la "Lex Cornelia" y el "Jus Postliminii" tienen toda la fundamentación de lo que es la hoy conocida Institución de Ausencia y constituyen una verdadera teoría básica que en realidad a la fecha no ha podido ser superada y lo que es más, ni siquiera ha podido ser esencialmente modificada por las legislaciones modernas.

Los estudios y tratamientos que cada legislación le ha dado a la Ausencia no la han variado en su esencia, ya que en todas y cada una existe similitud y ésta no se refiere únicamente a la forma exterior del proceso, (como lo es la división en etapas para su resolución), sino que lo es también en la manera en cómo la Ley regula las actividades procesales, tal como lo apreciaremos en el momento indicado dentro de este propio trabajo.

Dentro de las legislaciones que la tratan hay que destacar que la francesa, la italiana, la española e incluso la nuestra, tratan de una forma no

muy directa, el que se protejan los derechos de los causahabientes y herederos del ausente y a medida que su ausencia se prolonga, y se afianza más la posibilidad de que haya ocurrido el deceso del sujeto desaparecido o cuyo paradero se desconoce, la protección del estado se hace más decidida.

2.2.- FRANCIA

Para empezar con el estudio comparativo de la Ausencia, tenemos en primer lugar al Derecho Francés, y lo mencionamos en primer lugar, ya que éste sistematiza la materia y hace una recopilación e integra en uno solo, los elementos que se encontraban dispersos en otros cuerpos legales, y muy en especial porque es el que ha ejercido una gran influencia en la formación e integración de otras legislaciones.

Los primeros antecedentes nos remontan al siglo XIII D.C. y no llevan directamente al cuerpo de Leyes conocido con el nombre de "Couturnes", el cual fué redactado en el siglo XVI, y ya es en dicho cuerpo en el que se toma en consideración al factor "tiempo", éste factor es indispensable para dar posesión definitiva a los bienes del ausente a quienes hayan demostrado que tenían derecho a ellos; y así se fijaba desde entonces un plazo que fluctuaba entre los 3 tres y los 16 dieciséis años, lapso después del cual, si se continuaba careciendo de noticias acerca del ausente, se declaraba la presunción de muerte, esto con el propósito de que sus legítimos herederos o quien en su caso tuviere derecho a los bienes, tomase posesión de los mismos.

En la "Coutume" de Aosta es la primera en la que se establece como condición necesaria para el desarrollo del procedimiento, el que se divide éste en dos períodos: el primero consiste, aunque de manera no del todo perfecta en presentar ya la figura jurídica de la ausencia presunta, solamente que con la característica especial de nombrar a una persona extraña, es decir designar a un procurador al que no le uniera ningún vínculo familiar o de otra índole con el ausente, y al cual la ley le otorgaba amplios poderes en cuanto a actos de administración, con la salvedad de los actos de dominio, los cuales deberían ser autorizados expresamente por el Tribunal.

La segunda etapa o período consiste en la entrega y toma de posesión de los bienes por quienes prueban el derecho que a ellos les asiste.

En "coutumes" posteriores, surge como novedad el requisito de que el procurador debe de caucionar la administración que haga de los bienes, esto se hizo como medida preventiva para el caso de que el ausente regrese y en ese caso, pueda ser absolutamente restituído sin merma de su derecho y sobre todo del goce de sus bienes.

Tiempo después la Jurisprudencia francesa lleva al cabo la sistematización de los elementos que se encontraban dispersos en las "Coutumes" acerca de la ausencia, para concluir en 1808 la compilación en el "Code" Civil, o Código de Napoleón como se le conoce, ya que fué Napoleón quien nombró desde 1789 a una Comisión de jurisconsultos quienes durante varios años trabajaron y tuvieron la genialidad de atemperar las

dos tendencias que se advertían en Francia, la del derecho germano y la del derecho romano y asumió una posición ecléctica y moderada, que es en donde verdaderamente se reúnen y unifican todos los elementos de controversia de la doctrina. El Código de Napoleón creó la regulación de la "ausencia" de la persona, sin relacionarla con su posible muerte; es pues este ordenamiento en donde se precisan ya claramente delimitadas las etapas sucesivas del procedimiento y que son:

1.- Presunción de ausencia y,

2.- Ausencia declarada, la cual a su vez se subdivide en:

a).- Posesión Provisional y

b).- Posesión definitiva

Haremos ahora un análisis de cómo se desarrollan estos dos períodos y encontramos que en el primero, es decir aquél en el que se tiene a la ausencia como presunta, tiene una duración de diez años, los cuales se empiezan a contar a partir del momento de la desaparición del sujeto, o bien de la fecha en la que se hayan tenido conocimiento de las últimas noticias acerca del ausente y si éste no dejó designado procurador o un mandatario general para que se hiciera cargo de la administración de sus bienes; siendo para el caso de haberlo hecho el período de cuatro años. En los dos casos el período se aumenta en un año más, después de

que fué dictada la declaración de ausencia a fin de darle en su caso, tiempo al ausente para que se entere de la demanda dirigida contra él.

En esta primera etapa del procedimiento hay que destacar la característica de que su régimen, no obstante de que está desprovisto de la unidad en la reglamentación para la conservación del patrimonio del ausente, es congruente a las necesidades eventuales consecuentes a su institución, tales como las medidas provisionales que se toman a fin de que quede debidamente protegida la tutela de los hijos y por otro lado la administración y conservación de los bienes de ausente, siendo en este caso el Ministerio Fiscal o el Tribunal quienes otorgan la autorización, a petición de parte interesada de aquellas medidas que consideran son las legalmente necesarias para los actos urgentes o indispensables para la conservación de los bienes que integran el patrimonio del ausente, como son las reparaciones, o bien para el caso de arrendamiento, la prórroga o terminación según sea el caso que convenga respecto de algún bien inmueble.

Como puede apreciarse, en este período los efectos jurídicos son muy limitados y la intervención de la autoridad restringe absolutamente la intervención de los interesados, esto porque considera que dichos interesados no deben inmiscuirse en los asuntos de una persona que se ha ausentado el tiempo suficiente para que sus bienes corran peligro, pero sin que aún se le haya declarado ausente.

En esta hipótesis la declaración de ausencia debe ser publicada en la Gaceta Oficial (Journal Oficial) y es así como concluye el primer período.

do y es así como puede darse paso al siguiente, es decir el segundo y el cual se inicia con la posesión provisional, y en "la que la ley se produce como si hubiera fallecido (el ausente) de una manera provisional".¹¹ Es en esta etapa en donde se considera que ya no se hace necesario, o mejor dicho ya no tiene objeto el proteger los intereses del ausente, sino que ya aquí en donde se debe permitir el ejercicio de los derechos, aquéllos - principalmente patrimoniales- subordinados al fallecimiento de aquél a los titulares de los mismos, a sus acreedores, legatarios, donatarios etc...

En esta segunda etapa podrán las partes interesadas intervenir en la administración de los bienes, -previa fianza e inventario- y gozar de los frutos y rentas que los mismos produzcan a título precario como simples depositarios, siempre y cuando el ausente no aparezca antes de los 30 años de su desaparición, y para el caso de que no fuera así y que éste nunca apareciera, tendrán derecho a la totalidad de las rentas. Es también en este período cuando se abre el testamento, para el caso de que lo hubiere.

Si antes de 15 quince años aparece el ausente, éste puede pedir la restitución de sus bienes y la quinta parte de sus rentas, reduciéndose éstas a la décima parte si el tiempo transcurre, pero sin llegar a los 30 treinta años.

¹¹.- SERRANO Y SERRANO IGNACIO.- " La Ausencia en el Derecho Español", pag. 29 Madrid.

Para garantizar la restitución de los bienes, en su oportunidad se obliga a caucionar su manejo, después claro está de hacer un inventario de los mismos, y dicha caución será proporcional al inventario que resulte.

Este segundo período, como ya le hemos señalado con anterioridad, tiene también dos etapas, la que hemos mencionado se refiere a la Posesión Provisional, hablaremos ahora de la Posesión Definitiva, la cual se inicia al finalizar la etapa de la posesión provisional o con lo que se conoce como el cumplimiento del "siglo de vida" del ausente, sin que éste haga acto de presencia. Recordemos que este lapso fué aplicado por el Derecho Romano y el antiguo y transforma la posesión precaria en definitiva y hace prevalecer los derechos de los presentes sobre los del ausente.

En esta etapa se dejan sin efecto las fianzas que para la posesión provisional se otorgaron, y se procede formalmente a la partición de la herencia y el Tribunal competente otorga la posesión definitiva a los poseedores que demuestren su derecho a ella, considerándoseles ya como propietarios y, pudiendo además en esta etapas enajenar y gravar los bienes cuya posesión detentan, por lo que se consideran de aquí en adelante, válidas todas las operaciones que sobre dichos bienes realicen, aún cuando el ausente regrese y, en este supuesto, el ausente tendrá derecho no sólo a la devolución de los bienes, sino al importe de los que hubiesen sido vendidos y los adquiridos; no así a los frutos que los mismos hubiesen producido.

Es importante destacar que el ausente no puede heredar, porque para ello es necesario probar que aún vivía a la muerte del de cuius; en este caso los bienes que pudieran corresponderle, acrecerán los de sus coherederos, siempre y cuando entre éstos y aquél existiera el derecho de acrecer.

A contrario sensu, si se prueba el fallecimiento del ausente, se abre su sucesión testamentaria.

Los poseedores provisionales, en la parte que a cada uno le corresponde respecto de los bienes, representa al ausente.

Es importante señalar cómo contempló el Derecho Francés a los hijos de los ausentes, y sobre el particular estableció que los hijos menores quedarían a cargo del cónyuge presente, y en el caso de que este falleciera, los hijos pasarían a los ascendientes más próximos, o en su caso, a un tutor provisional, el cual era designado por el Consejo de Familia; en el mismo caso se encuentran los hijos de matrimonios anteriores.

Es evidente que los hijos siempre han estado protegidos por la ley, y en este caso se estableció para ellos una tutela provisional, si es que no contaban con una protección legal organizada.

Para el caso de que el cónyuge presente hubiese contraído nuevas nupcias, el matrimonio nuevo no se disuelve de pleno derecho, ni tampoco

co puede ser impugnado, hasta en tanto no se demuestre la existencia del ausente, y es exclusivamente a éste al único que le corresponde ejercitar la acción de nulidad del nuevo matrimonio.

Estas disposiciones dejan a salvo los derechos y acciones que pudieran corresponderles al ausente, sus representantes o causahabientes, las que sólo se extinguirán por el lapso fijado para la prescripción, que es otra materia muy diferente de lo que aquí estamos estudiando.

Se prevé que el que quiera o pretenda reclamar un derecho en nombre del ausente, debe para ello probar que éste existía en el momento en que dicho derecho nació.

Los que entren en la sucesión del desaparecido, harán suyos los frutos percibidos de buena fé, hasta que el ausente haga acto de presencia o bien porque se ejerciten las acciones en su nombre.

Existen otros derechos subordinados a la muerte del ausente, que no pueden ser ejercitados, ni aún después de la declaración de ausencia, tales como: el derecho del cónyuge presente a contraer nuevo matrimonio y la extinción de la patria potestad.

En el Derecho Francés, la institución que estudiamos sólo se termina mediante la prueba de la vida o muerte del ausente; ya que si se verifica su existencia, está obligado a administrar sus bienes y los que tomaron

posesión de los mismos, deberán hacer una exhaustiva rendición de cuentas, sin tener ningún derecho sobre los citados bienes; y, a la inversa, si se prueba que el ausente falleció, entonces se abre la sucesión respectiva y sus herederos en la fecha de su nacimiento se someterán a las reglas correspondientes.

En la idea esencial del Legislador Francés "cualquiera que sea la duración de la ausencia, el ausente no es considerado nunca como muerto". En este sistema por lo tanto, la "declaración de ausencia no constituye un supuesto de extinción de la personalidad jurídica."¹² Sin embargo en relación a los bienes, los efectos de la ausencia se acercan, con el tiempo, a los de la muerte, sin equipararse jamás.

El hecho de que el legislador francés le haya asignado tanta importancia a esta institución, "la ausencia", no obstante que no haya ocurrido esto con otras legislaciones que le precedieron, "se justifica por las necesidades sociales de su época, pues en 1804 la ausencia presentaba un gran interés en Francia."¹³

Estas disposiciones han pasado con muy ligeras modificaciones a la mayoría de los Códigos actuales.

¹².- Mazeaud- Chavas.- "Lecciones" parte I, Volumen II, No. 448, pag. 13

¹³.- Colín y Capitant.- "Curso Elemental de Derecho Civil".- Tomo I, pag. 914, Madrid. 1952.

Un sistema concebido así no podía perdurar hasta la actualidad, en virtud primero de la magnitud de las guerras ocurridas en el siglo XX, los desastres, y todos aquellos eventos que nos llevan a una secuela de millones de desaparecidos, los cuales además, con los medios de comunicación que actualmente existen es mucho más fácil de determinar.

2.3.- ITALIA

Hablar de Italia no necesariamente tiene que ser Roma, es por eso que hacemos por separado un análisis de cómo ha tratado el Derecho Italiano a la Institución de Ausencia, y es así como vamos a hablar del Código Civil Italiano de 1938, el cual tiene pocas innovaciones respecto del de 1865.

Ya el Código de 1865 hacía una clara distinción entre el ausente propiamente dicho, sobre el cual su existencia es dudosa y la de aquellos sujetos cuya muerte es cierta, ya que de alguna manera se tienen pruebas de ello por haber ocurrido en un accidente conocido, sin embargo su cadáver no ha sido localizado.

Al igual que el Derecho Francés establece para la ausencia dos etapas:

1.- Presunción de Ausencia y

2.- Declaración de Ausencia, subdividida en:

a).- Posesión Provisional y

b).- Posesión definitiva

Este Código establece para la primera etapa un período de 3 tres años si el ausente no dejó apoderado y 6 seis para el caso de que sí lo hubiere hecho. En esta etapa igualmente prevalece el interés del ausente y por lo tanto como consecuencia se le nombra un representante y se provee a la conservación de su patrimonio.

Igualmente para la segunda etapa se inicia con la posesión provisional de los bienes del ausente a sus herederos, donatarios o legatarios y para llegar a la posesión definitiva prevista en la segunda fase de la segunda etapa, se abre al cabo de 30 treinta años de ausencia o de 100 cien a partir del nacimiento del ausente, período en el cual los poseedores provisionales amplían y refuerzan su posición respecto de su bienes.

A partir de la posesión provisional, en el Código Italiano ya no domina el interés del ausente, sino que es a partir de este momento en que empiezan a tomarse en consideración los derechos de los herederos, pero sin omitir las medidas necesarias para proteger patrimonialmente al ausente; para ello se ordena elaborar un inventario tanto de los bienes muebles como de los inmuebles y se procede a la reserva de parte de las rentas, en previsión de su regreso, además, se limitan las facultades

puramente administrativas y la partición de los bienes también es provisional.

Una vez que se pasa a la segunda etapa del segundo período o de la Declaración de ausencia se llega a la posesión definitiva en la cual las limitantes mencionadas desaparecen.

El matrimonio no se disuelve, sin embargo si el cónyuge presente contrajera nuevo matrimonio, éste no podrá ser impugnado mientras dure la ausencia.

Si se llegare a abrir una sucesión en la que el ausente tuviera interés y no se encuentre legalmente representado, dicha sucesión se devolverá a aquellos con los que habría tenido derecho de concurrir y los cuales correspondería en sus falta, salvo el citado derecho de representación que ya mencionamos.

Las disposiciones del Código Civil Italiano de 1938 fueron copiadas casi íntegramente del de 1865.

El tratadista español Serrano y Serrano cuando hace referencia al Código Civil Italiano de 1865 dice que su reglamentación fué una de las más criticadas, ya que la exagerada cautela del legislador, los plazos tan excesivamente largos, la indisolubilidad del matrimonio (que de hecho condena la cónyuge presente a perpetuo celibato), hacen que esta institución además de ser anticuada y arcaica sea incompatible con la rapi-

dez de comunicaciones y con la seguridad en las relaciones jurídicas. Y la mejor prueba de su inadaptación es que en todas las ocasiones en que debió aplicarse, incluso ya en las guerras napoleónicas, hubo necesidad de dictar leyes especiales que adoptan el sistema de presunción de muerte.¹⁴

La innovación en el Código de 1938 fué de que se introdujo la reglamentación de la ausencia en el Título IV del Libro I, artículos del 45 al 71 y lo divide en tres períodos que son:

1.- Medidas provisionales en caso de ausencia

2.- Declaración de Ausencia

3.- Declaración de muerte presunta

En esta novedosa disposición desapareció el término ausencia presunta con el que se denomina al período del procedimiento y, la razón aducida para justificar su omisión, fué la de que la ausencia es un hecho real, no una simple presunción; y en su lugar o mejor dicho así como se destaca la desaparición del mencionado término, debe igualmente destacar la introducción del término: declaración de muerte presunta.

¹⁴.- SERRANO Y SERRANO.- opus cit.

Por lo que hace a la declaración de ausencia la establece en virtud de la simple posibilidad de adoptar medidas provisionales que protejan los bienes; en tanto que la declaración de muerte deberá hacerse una vez que transcurran diez años de las últimas noticias que se tuvieron del ausente.

Se abrevian plazos en ciertos casos particulares y los efectos de la declaración de muerte se equiparan a los de la muerte real, pudiendo así el cónyuge supérstite contraer nuevas nupcias. Este Código establece también una institución procesal a la que denomina declaración de existencia, la cual podrá ser iniciada por el Ministerio Público o por cualquier interesado en caso de tener noticias del presunto fallecido.

Analizando el procedimiento y sus efectos en este nuevo Código, que en el primero de estos períodos tenía lugar la "cura honorarum absentis" y encontramos que la ausencia se inicia a partir del día a que se remontan las últimas noticias del ausente y abarca un lapso de dos años, durante los cuales se adoptan las medidas cautelares necesarias para proteger el patrimonio de ausente y evitar la disminución del mismo.

Entre dichas medidas se encuentra la del nombramiento de un curador, y tal nombramiento lo realiza el juez de la última residencia o domicilio de la persona desaparecida; y al amparo de tal nombramiento, el curador que represente al ausente en el juicio deberá formular los inventarios e igualmente lo representará en las participaciones en que hubiese estado interesado; la propia autoridad declara que si hay representante designado por el ausente, entonces no es necesario designar a un curador; y si hay mandatario, el juez establecerá en este caso, cuáles

actos considera perjudiciales al ausente, y consecuentemente, que aquél - el representante- no pueda realizar.

Dos años después de las últimas noticias del ausente, los herederos legítimos, o quienes crean tener derecho sobre los bienes dependientes de la muerte del ausente, pueden pedir al tribunal competente que sea declarada la ausencia, sin que sean necesarias las medidas cautelares del primer período.

Una vez que ha sido declarada la ausencia, entonces se puede proceder a la apertura de los actos de última voluntad; en tal caso, los herederos - legítimos o testamentarios- y los legatarios podrán tener la posesión temporal de los bienes del ausente y aquellos que por la muerte de éste resultaran liberados de una obligación, podrán ser exonerados temporalmente del cumplimiento de las mismas, tales como las derivadas del usufructo, la renta vitalicia, etc..., excepto el de proporcionar alimentos al suegro, suegra, nuera o yerno, previa caución fijada por el Tribunal; pero si alguno no puede darla, el Tribunal fijará otras medidas cautelares, tomando en consideración el parentesco o cualidades de la persona.

La posesión temporal confiere la administración de los bienes en provecho de quien la ejerce, haciendo suyos los frutos y las rentas, totalmente, si los poseedores temporales son el cónyuge, ascendientes o descendientes; y, las dos terceras partes conservando el tercio restante al ausente, en previsión de su regreso.

Los poseedores temporales no son más que administradores y están impedidos para ejercitar actos de pleno dominio tales como enajenar, gravar, hipotecar, etc..., a no ser por necesidad o utilidad evidente y con la previa autorización del tribunal, ante quien deben informar del objeto y destino de las cantidades obtenidas.

Esto nos llevaría al error de suponer que el Código Civil Italiano en este segundo período establece prematuramente la sucesión mortis causa en la declaración de ausencia, pero no es así, porque en ella misma, no se producen todas las consecuencias jurídicas inherentes a la misma, como puede ser el hecho de que no puede pedirse reducción de donaciones.

Por lo que se refiere al estado familiar del ausente o desaparecido, su ausencia no produce cambio alguno, sin embargo, si el cónyuge presente contrae nuevas nupcias, no puede ejercitarse la acción de nulidad del mismo, mientras dure la ausencia de su primer cónyuge.

Los efectos civiles del nuevo matrimonio quedan a salvo respecto de los hijos.

El ausente puede volver y probarse su existencia o su fallecimiento en su caso variando mucho la prueba de la muerte, encontrándose la justificación de esto en la influencia que en tal época ejerció el Derecho Canónico y entonces el legislador toma en cuenta las consecuencias que

produce cada uno de estos acontecimientos; en los dos primeros casos, cesa el procedimiento para la declaración de ausencia, pero se toman las medidas cautelares del período previo a la misma; y en el último caso, se abre la sucesión del ausente en favor de aquellos que, al momento del fallecimiento eran sus herederos o legatarios.

Cuando se abre una sucesión, a la cual es llamado el ausente después del tercer período de ausencia, sus herederos a quienes se difiere la herencia por propio derecho o representación, deben inventariar los bienes muebles y proceder a la descripción de los inmuebles. En caso de que el declarado muerto presunto regrese o se pruebe su existencia, en el momento de la apertura de la sucesión, la misma, sus herederos o causahabientes pueden ejercitar la petición de herencia, o hacer valer cualquier otro derecho; pero respecto de los bienes, sólo puede recuperarlos en el estado en que se encuentren, estando sujetos los mismos a la prescripción establecida por la ley.

Para finalizar el estudio de la reglamentación de la Institución de ausencia en la Legislación italiana, volvemos a una cita del jurista Serrano y Serrano cuando nos dice en cuanto a las razones aducidas para justificar la sanción impuesta al ausente por el Estado Italiano:

" El fascismo, teniendo en cuenta lo que el individuo debe a la sociedad y que el ausente resta sus actividades a la colectividad, sanciona al

que desampara los bienes sin motivo con la pérdida de la tercera parte de rentas a él reservadas".¹⁵

2.4 .- ALEMANIA

Discrepando con lo que ya hemos venido señalando y que fué la postura arcaica del Derecho Romano de no aceptar la presunción de muerte del ausente, si no quedaba debidamente probada ésta y que por lo tanto como consecuencia prohibió que se abriera la sucesión, al igual que la apertura de una sucesión a su favor.

En el antiguo Derecho Germánico sí se estableció la presunción de muerte del ausente, exigiéndose sólo el transcurso de un tiempo relativamente breve, posición adoptada también por el Derecho estatutario, pero señalando un plazo más amplio.

En el Derecho Alemán no podemos pasar por alto el sistema (Todeserklarung) en el que la declaración de ausencia va más allá, ya que proclama el fallecimiento, este sistema ha sido adoptado en gran parte por nuestro Código Civil y por varias legislaciones modernas.

¹⁵.- SERRANO Y SERRANO.- op- cit.

Consideramos importante hacer la referencia al Derecho alemán en cuanto a que el plazo que señala para la declaración de ausencia es más razonable.

En el antiguo Derecho Germánico, los tribunales podían pronunciar la "declaración de muerte" a petición de parte, en virtud de ausencias prolongadas que variaban, según las legislaciones y las circunstancias, de 5 cinco a 20 veinte años, pero este término quedaba reducido en el supuesto de haber alcanzado el ausente cierta edad, variable según los países y que iban de los 60 sesenta a los 100 cien años.

Así este sistema establece para tal declaración, un término de 10 diez años, siempre que al cumplirse este plazo, el ausente tuviese 31 treinta y un años de edad; disminuyéndose el plazo a cinco años cuando han transcurrido 70 setenta desde el nacimiento del ausente y, abreviando más el plazo, de acuerdo a las circunstancias que precedieran a la declaración; 3 tres después de una guerra; 1 uno, 2 dos o 3 tres después de un naufragio y en relación con la distancia del viaje emprendido; o en caso de calamidad pública o peligro inminente de muerte.

El sistema se caracterizaba por ser una "declaración de muerte", con los consiguientes efectos que ella traía aparejados, lo cual suponía que el transcurso del tiempo cumplía la función de transformar en certeza la inicial situación de incertidumbre acerca de la existencia de la persona. A la extinción de la persona física se llegaba por consiguiente al través de la acreditación "directa" de la muerte o por su comprobación "indirecta" resultante del cumplimiento de los plazos mencionados. Este

sistema quedó plasmado en el Código Civil Alemán a partir del artículo 13 y siguientes.

Incluso, es de hacer notar que en este sistema, el cónyuge del declarado muerto puede contraer nuevas nupcias, que sólo son invalidadas si ambos cónyuges sabían que el ausente había sobrevivido a la declaración de muerte.

Se interpreta, en general, que en este sistema la sentencia no disuelve el vínculo, sino que faculta para contraer nuevas nupcias, en cuyo momento se produce por fin la disolución.¹⁶

2.5 .- ESPAÑA

Es común encontrarnos con que se afirma que tampoco en el Derecho español se pueden encontrar los orígenes de la Institución, ya que se asegura que también careció de un conjunto ordenado de normas jurídicas reguladoras de la ausencia, como lo afirma Sánchez Román, al sostener que fuera de alguna explicación particular que la condición de ausente produce, únicamente merecen citarse las Leyes 14 título 12 y 14 título 2º de la Partida tercera que es una Ley adjetiva o procesal más que sustantiva o civil.

¹⁶.- DIAZ GUILLERMO.- "La ausencia con presunción de fallecimiento y la disolución del matrimonio".- JA 1948-II-106, sección Doctrina.

Sin embargo Castán Tobeñas,¹⁷ aún cuando reconoce en parte esta situación, al considerar que una doctrina legal sistemática de la ausencia, no la encontraremos sino hasta la época de la Codificación moderna; y también se pronuncia en defensa del derecho español antiguo, manifestando que no carece en absoluto de antecedentes y cita como ejemplo la misma Ley XIV en su título XIV de la Partida ya mencionada, pero refuerza su defensa al señalar como antecedentes de mayor importancia todavía, las diferentes disposiciones que contuvo el antiguo Derecho Aragonés, del cual dice que contrastando con la escases de preceptos que acerca de la ausencia advierte en las legislaciones antiguas, él estableció los suficientes medios para dejar a salvo los derechos del ausente y de sus herederos llegando incluso a distinguir y a regular dos clases de ausencia.

La ausencia por causas particulares, que estuvo regulado por la observancia 27 "De Iure Doturm" y por el Fuero Unico "ut fratres vel propinqui absentis". De acuerdo a la primera, en la ausencia del marido, es la mujer quien administra los bienes de aquél, a no ser que haya dejado procurador especial para los mismos; en tanto que la segunda se refiere a que transcurridos 10 diez años de ausencia, sin renovar el poder, pueden los hermanos o parientes que deben heredarle, solicitar al juez la entrega de los bienes.

La ausencia por causa del Estado es regulada por el Fuero Unico de las diferentes observancias insertas a su título "De Privilegio Absentium

¹⁷.- CASTAN TOBEÑAS JOSÉ.- "Derecho Civil español Común y Foral".- Tomo I, Madrid 1952

causa Republicae", que establece una serie de privilegios para los ausentes por razón del servicio del Estado siendo el más importante el que los consideraba ilesos por fuero, de tal suerte que no corría prescripción de ninguna clase en contra de ellos; disposición semejante a la contenida también en el Fuero Unico y en su Título "De Privilegio Absentium". De Contracati busminorum y de Privilegio Minorum" (observancia 4a.) por la que se protegía a los menores de 14 años, no pudiendo ser perjudicados por ningún otro contrato.

Por lo que hace a las Leyes de Partida, Ley 14 de la Partida Tercera, en su Título XIV, estableció la presunción de muerte del ausente que se marchó a lejanas tierras, si transcurridos 10 diez años es fama pública que ha muerto, pero si marchó a tierras cercanas donde no sea difícil averiguar la verdad directamente y la fecha de ausencia no excede de 5 cinco años, entonces no basta la prueba de fama pública.

La misma Ley en su Título 2o., ordenaba que se proviera de curador al ausente cuando fuera demandado.

De estas disposiciones expuestas en líneas precedentes sí concluimos que no constituyen una verdadera reglamentación técnico jurídica de la ausencia, sin embargo también es una realidad que al través de ellas se pretendió solucionar algunos aspectos que le son inherentes, y que los supuestos que las contemplaron tampoco fueron muchos; y en el Derecho Aragonés no se llegaron a distinguir los períodos o etapas en que se ha dividido el estado de ausencia en el sentido moderno.

A pesar de que las Leyes de Partidas ya citadas y la Ley 59 de Toro, vertidas a la Novísima recopilación, trataron someramente la "ausencia", pocas fueron realmente las disposiciones relativas a la misma que se encontraban en el Derecho Civil Español, por lo que puede afirmarse que esta materia fué regida por un sistema Consuetudinario parecido al que regía en otras codificaciones europeas, especialmente en Francia e Italia y aplicado a casos concretos aislados.

La idea codificadora en España se remonta a muy lejanos tiempos, no olvidemos que las compilaciones legislativas tuvieron sus mejores manifestaciones no sólo en España, sino también en sus Colonias, pues durante el siglo XVIII, hubo una gran corriente codificadora cuyos ecos se reflejaron en la Constitución de Cádiz, de gran influencia en México, la cual en su artículo 258 estableció que los Códigos Civiles, Criminales y de Comercio serían los mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias pudieran hacer las Cortes.

Es sino hasta 1851, cuando encontramos en España, la reglamentación más completa de la ausencia en el Proyecto de Código Civil, base del Código Civil vigente, en el cual ya se aprecia un doctrinal conjunto de preceptos que regula la institución y cuya mayoría de ellos fueron aplicados como reglas de costumbre para suplir los vicios de las leyes antiguas. Cabe destacar que este proyecto, que es una copia literal del Code Français, excepto por dos cuestiones, nunca pasó, sin embargo, señalaremos sus aportaciones y las comentaremos.

Las divergencias respecto del Derecho Francés son de que a diferencia de éste, el Proyecto establece en el período relativo a las medidas provisionales en caso de ausencia un régimen de representación más firme que el del primero que era más eventual.

La segunda divergencia estriba en que sustituye el término "posesión definitiva" por el de "presunción de muerte".

Ahora bien volviendo al Proyecto encontramos que en el Título IX del Libro I, divide la Ausencia en seis capítulos que son:

I.- De las medidas provisionales en caso de ausencia

II.- De la Declaración de Ausencia

III.- De los efectos de la Declaración de Ausencia

IV.- De la Presunción de Muerte del Ausente

V.- De los efectos de la ausencia relativamente a los derechos eventuales del ausente

VI.- Disposiciones Generales

A su vez estos capítulos se compendian en tres períodos que son:

1º Medidas Provisionales

Este primer período y a partir del cual se aplican las medidas provisionales se inicia a partir de la desaparición del ausente y tiene una duración de 4 cuatro años para el caso de que haya dejado apoderado o bien de 10 diez años para cuando no lo hubiese dejado. Como ya lo apunté es en esta etapa cuando se adoptan las medidas de protección a bienes y familia del ausente, con el nombramiento de representante que recaerá en el cónyuge presente y es hecho por el Juez, el cual le otorga las facultades que considere que requiere.

2º Declaración de Ausencia

Una vez que han transcurrido los plazos que ya cité en el párrafo precedente y previa la publicidad relativa al procedimiento incoado para la declaración de ausencia durante un año en los periódicos oficiales, se declara la ausencia con los siguientes efectos:

a).- Posesión provisional de los bienes del ausente, detentada por su herederos o los que tengan derechos subordinados a la condición de su muerte, siempre y cuando caucionen previamente su manejo.

Los derechos de los herederos y subordinados mencionados, así como los de los legatarios y donatarios, son los mismos que competen al curador, cada uno de los cuales responde en proporción a la parte de bienes de que disfrute.

Para el caso de que después de transcurrido este período el ausente regrese, se le devolverá su patrimonio y las cuatro quintas partes de sus rentas, porque la parte restante queda reservada a los administradores.

3º Presunción de Muerte

La presunción de muerte se declara hasta los treinta años de la desaparición del ausente y hasta los cien de su nacimiento, lo que produce como efecto la posesión definitiva de los bienes del ausente, sin necesidad de caucionar su manejo.

En este procedimiento se contempla la participación del Ministerio Fiscal para que vele por los intereses del ausente e intervenga en todos los juicios con que aquél tengan relación.

Este documento aunque no pasó de ser un proyecto, sí tuvo la suficiente influencia en la legislación española, ya que sus preceptos informaron la jurisprudencia de sus tribunales.

En el orden que llevamos encontramos al primer Ordenamiento que realmente le da importancia legal a la Ausencia como Institución, y aquí nos estamos refiriendo a la "Ley Hipotecaria" que en su artículo 2º número 4 considera al ausente como incapacitado y ordena la inscripción de las "ejecutorias" en que "...se declare la ausencia o la presunción de muerte..."

La Ley del Matrimonio Civil, tampoco llega al fondo del asunto que aquí nos ocupa puesto que no atiende a la presunción de muerte y sólo establece que la ausencia no es causa de extinción de la personalidad como se aprecia a continuación cuando dice:

"El matrimonio legítimo se disuelve solamente por la muerte de uno de los cónyuges, debidamente probada";

o bien,

"La ausencia prolongada de uno de ellos con ignorancia de su paradero, no será causa de presunción de muerte, a no ser que durare hasta que tuviere cien años de edad el ausente, en cuyo caso se le tendrá por fallecido".

Es la Ley de Enjuiciamiento Civil de 31 de febrero de 1881, la que subsana los vicios y omisiones del proyecto de 1851 y los hace en el título denominado "Administración de Bienes del Ausente en Ignorado Paradero" y es realmente éste el único derecho escrito acerca de la ausencia hasta el Código franquista de 1939. Esta Ley no difiere de las que le antecedieron, contempla los tres períodos mencionados, con nombramiento provisional de administrador en el primero, declaración de ausencia a los 10 diez años, otorgando posesión provisional de los bienes del ausente a los herederos testamentarios e intestamentarios, sin perjuicio de restituirlos con frutos si regresa y la presunción de muerte a los 30 treinta años de la partida o 100 cien de su nacimiento, perdiendo sólo el derecho a reclamar frutos y rentas en este período.

Se sobreseerá el procedimiento cuando aparezca el ausente, se pruebe su fallecimiento o aparezca un legítimo propietario de los bienes.

Cuando se abre una sucesión por la presunción de muerte del ausente, se procederá a iniciar el juicio testamentario o intestamentario del mismo.

Es evidente que la guerra de 1936 tuvo como consecuencia la desaparición de millares de hombre que tomaron parte en un hecho de armas o bien que fueron víctimas de venganzas políticas y/o religiosas, razones que unidas a las ordinarias de la ley, agravaron especialmente el problema de la ausencia, el cual fué preciso resolver mediante una legislación adecuada que normalizara las inciertas situaciones jurídicas de los fami-

liares de las víctimas de los decesos o desapariciones que se dieron lugar con motivo de este movimiento revolucionario, por lo que en el año de 1939, los juristas españoles se dieron a la tarea de reunir en un solo capítulo todas las disposiciones que sobre ausencia estaban dispersas en lo diversos Ordenamientos jurídicos que constituían a su vez una legislación escasa y deficiente para resolver los múltiples problemas creados por la guerra.

Todo esto hacía necesario la adaptación de un capítulo, tomando en consideración para el factor tiempo, los adelantos de la ciencia a esa época y que ya tenían más facilidades para las comunicaciones y medios publicitarios modernos que facilitaban la comunicación de las naciones para apoyar este aspecto.

El nuevo Código, resolvió muchas dudas y problemas que planteaban los anteriores, haciendo una reglamentación más precisa de las obligaciones del administrador por ejemplo, así como su gestión acerca del patrimonio del ausente, de la formación del inventario de los bienes del mismo, de la fianza que deben presentar los administradores, los supuestos de la cesación de la representación, de los requisitos para la posesión temporal, las facultades de apropiación del total de la renta o parte de ella, de la enajenación o gravamen de los bienes en caso de utilidad o necesidad, sin omitirse tampoco una reglamentación subsidiaria del título para casos muy concretos.

Ya esta reglamentación es más técnica y le da a la institución la relevancia que le corresponde.

Este Código introduce en el procedimiento, la declaración de fallecimiento, que no tiene ningún precedente y, reglamenta también la inscripción de defunciones de desaparecidos, no así las declaraciones de fallecimiento.

Esta nueva Ley afecta las relaciones personales, permitiendo en ciertos caso que el cónyuge presente contraiga nuevas nupcias y que la patria potestad pase a la madre o se constituya una tutela provisional o definitiva según el caso.

Además, como una innovación sin precedente, presenta el Registro Central de Ausentes, que consiste, no sólo en hacer constar este estado civil, sino todas las incapacidades que afecten la facultad de disposición de una persona.

La innovación más importante en esta nueva disposición es el acortamiento de los plazos en las diversas etapas del procedimiento; así vemos que los períodos de 2 dos y 5 cinco años según que el ausente hubiese dejado o no apoderado o administrador de sus bienes, para la declaración de ausencia, se ha reducido a uno y 3 tres y, la presunción de muerte que sólo podía hacerse a los 30 treinta años de las últimas noticias y 90 noventa de su nacimiento se redujo a 10 diez para declarar la ausencia simple o 5 cinco si el ausente hubiese cumplido 75 setenta y cinco años de edad, reduciéndose más este plazo, si la ausencia ha sido cualificada o de peligro, siendo entonces el plazo de 2 dos y 3 tres años.

También hay que destacar que se simplifica el procedimiento para obtener la declaración de ausencia y la de fallecimiento, evitándose los peligros de una inapropiada tramitación en perjuicio del ausente y por ende de sus familiares o causahabientes.

2.6 LATINOAMÉRICA

Pasemos ahora a realizar un análisis de lo que sobre la Declaración o Presunción de Ausencia se ha escrito y regulado en Latinoamérica y considero suficiente el analizar a la legislación Argentina, la cual en su Código Civil lo trató en su Libro Primero, Sección Primera, título VIII y que se ubica a continuación del que se refiere a la existencia de las personas, es decir que el antecedente inmediato es la existencia, para dar enseguida paso a lo que parecía dar a entender que se construía un "supuesto de hecho" extintivo de la personalidad jurídica, denominando al título correspondiente "De las personas ausentes con presunción de fallecimiento".

Aquí me permito hacer eco de la observación que sobre el particular hace Busso, el comentarista del Código anotado, en el sentido de que la terminología utilizada en el título señalado, y es de que la expresión "personas ausentes con presunción de fallecimiento" no es el más idóneo, antes bien está utilizado con poca fortuna ya dicha expresión lleva en sí una contradicción, puesto que los fallecidos, sean reales o presuntos, ni son "personas" ni son "ausentes", son sólo eso, "fallecidos". Bien pero ya hecha esta nota aclaratoria a la que como señalé me adherí debo continuar con el contenido del citado título.

Está por otro lado el hecho, o mejor dicho la obligación que el título lleva implícita y que la de que el Juez debía fijar el día presuntivo del fallecimiento, lo cual reforma el supuesto hecho.

Cabe destacar que la ausencia, aún cuando sí se contemplaba en materia matrimonial, el vínculo jamás quedaba disuelto y por lo que se refiere a los efectos patrimoniales, parte de la doctrina entendía que los sucesores jamás tampoco pasaban a ser propietarios de los bienes.

Como apreciamos de las aseraciones hechas en el párrafo precedente, es claro que ninguno de dichos aspectos es congruente con la consideración de que se trata de un supuesto extintivo de la personalidad, lo que pone de manifiesto que muchas de estas ideas estaban inspiradas en la concepción de la 'ausencia' que tenía el Código Civil Francés del cual ya hemos hablado ampliamente.

Este sistema argentino, era en realidad un sistema mixto, que concilia la idea de la declaración de muerte contemplada en el derecho germánico y como ya lo dije con el derecho francés, de donde deriva un sistema al que realmente le hace falta una técnica definida y como consecuencia trae aparejadas muchas incongruencias.

La Ley 14,394 en lo referente al tema en análisis sustituye al régimen en el Código Civil, es decir se habla aquí concretamente de "presunción de fallecimiento" y no de "ausencia con presunción de fallecimiento", con lo que es evidente que tales disposiciones configuran un supuesto que de hecho que produce la extinción de la personalidad jurídica : el vínculo matrimonial se

disuelve y los sucesores -por vía de una sucesión universal *mortis causa*- reciben el dominio de los bienes del declarado muerto presunto.

Hay condiciones legales mínimas que autorizan a declarar la muerte presunta del ausente y, a ese respecto hay que distinguir las condiciones según corresponda en que se haya producido, es decir que si suponen un riesgo de muerte o que sólo ponen en juego el debilitamiento de la probabilidad de la vida por la prolongación de la ausencia, sin contar con noticias de la persona que abandonó su domicilio o residencia. es decir tales circunstancias no son suficientes, como lo veremos un poco más adelante , para que el juez "deba" declarar la muerte presunta, mientras dichas circunstancias no le otorguen la convicción de la casi certeza de la muerte.

El artículo 22 de la Ley 14,394 dispone : " La ausencia de una persona del lugar de su domicilio o Residencia en la República, haya o no dejado apoderado, sin que de ella se tenga noticia por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento. Ese plazo será contado desde la fecha de la última noticia que se tuvo de la existencia del ausente."

El nuevo texto coincide, en general, con el del derogado artículo 110 del Código Civil, con la única variante sustancial de la reducción de seis a tres años del plazo requerido para la declaración de muerte presunta.

Esta reducción de plazo había sido sugerida por la Doctrina Argentina.

Para que se dé el presupuesto legal que produce la presunción de muerte, es menester que se acumulen dos elementos: la ausencia de la persona y la falta de noticias.

La norma legal aclara que la ausencia debe referirse al lugar del domicilio o la residencia, lo cual nos lleva a entender que también se refiere a que quien se ausenta al extranjero o a otro lugar del país, como a quien no dejó la propia ciudad de su domicilio o residencia

Para computar el plazo debe computarse desde la fecha en que se tuvo la última noticia, por lo que es evidente que si nunca se tuvo noticia, entonces deberá computarse desde el momento de la ausencia misma, que en tal coincide con la 'última noticia'.

La Ley 14,394 se refiere a casos que considera extraordinarios, y para tales presume el fallecimiento cuando se hubiese encontrado en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o bien que hubiere participado en una empresa que implique el mismo riesgo y no se tuviere noticias del ausente por un término de dos años.

Ahora bien para no entrar en más detalles, me referiré ahora a los plazos, que es uno de los aspectos que pretendo analizar y proponer en el presente trabajo y es que aquí se establece que el cómputo debe hacerse en el momento en que se inicia la solicitud y no en aquel en que se debe pronunciar la sentencia.

2.7 MÉXICO

Ahora bien llegamos ya a nuestro Derecho Positivo y para empezar diré que el tema que aquí estudiamos y que es la "Ausencia" al igual que otras muchas instituciones han sido tomadas de la legislación francesa , tampoco hay muchos antecedentes históricos, sin embargo trataré de hacer referencia a los existentes, ya que en México como en otros de los países aquí estudiados, no se le concedió gran importancia a este asunto.

En el derecho azteca nada hay sobre el particular, por lo que el primer antecedente se dá durante la dominación española y empezaremos por las Leyes de Partidas de Alfonso el Sabio que se aplicaron a la Provincia que constituía la Nueva España y por lo tanto tuvieron que figurar en el derecho de nuestro país y para concretar señalaré la Partida Tercera en sus Leyes 14, Título 14 y Ley 26 título 31, consideradas más bien adjetivas o procesales que sustantivas o civiles y de las cuales ya hice una referencia más amplia en el punto 2.5

En las Leyes de procedimientos se fijaron algunas normas que protegían al ausente, en las cuales no se permitía nunca la entrega de su bienes a sus presuntos herederos, si no había de por medio una fianza que garantizara, en su caso, dichos bienes; ni tampoco concedió jamás, a la esposa del ausente la facultad contraer nuevas nupcias, si no presentaba pruebas indubitables de que el ausente había muerto; esto como una medida preventiva para salvaguardar sus interese que se ventilaran en juicio y el nombramiento de un defensor con quien se entendían todas las diligencias. Estas disposiciones eran más bien aplicadas a los españoles peninsulares y esto por ser parte del reino.

Desde la Independencia hasta el Código Civil de 1870, nada se sabe en concreto acerca de la ausencia, por lo que varios autores han señalado que es grande el vacío que en esta materia se nota en nuestra legislación antigua, porque nuestro antepasado indígena, como ya lo señalé, dominado por el conquistador, no tenía dentro de sus disposiciones jurídicas nada al respecto y prácticamente no conocía el derecho español y por lo tanto sufre amargamente la injusticia de la dominación, y por lo tanto se dió con ello lugar a serias controversias, y en particular a que los jueces actuaran en casos de ausencia de una manera arbitraria, teniendo como única norma las opiniones más o menos aceptadas de algunos autores y como consecuencia se daban situaciones graves que comprometían seriamente los intereses de los ausentes.

La falta de leyes antiguas sobre la ausencia y el interés que se ha tenido en esta materia en los Códigos modernos, es un fenómeno histórico legislativo, por lo que partiré desde el Código Civil de 1870 en mi estudio.

Encontramos en el jurista y estadista Benito Juárez a un paladín que lucha por hacer extensivo a los mexicanos los bienes de paz y justicia que en cuatro siglos de dominación no habían podido ser ejercidos y en su calidad de depositario de la tradición y sentimiento de su raza, pugna por hacer valer sus derechos, los cuales se plasman en el Código Civil de 1870, en el cual encontramos por primera vez regulada, bajo la técnica jurídica la institución de "Ausencia", la cual ha llegado hasta nuestros días con algunas variaciones, las cuales a mi juicio no son de trascendencia, puesto que sin temor a equivocarme, afirmo que sólo se dan en función a su redacción, sin variar el sentido original de las mismas.

Siguiendo con la cronología que me he propuesto, debo hacer referencia al Código Civil de 1884, el cual fué publicado durante la gestión Presidencial de Manuel González, sin que como ya he señalado haya habido algún cambio verdaderamente considerable en torno a la ausencia .

Llegamos a la Ley sobre Relaciones Familiares expedida el 12 de febrero de 1917 por Venustiano Carranza, quien con el propósito de adoptar en las instituciones familiares bases más racionales y justas, en la que se hace referencia al institución de ausencia de una forma muy similar a lo ya señalado, con variaciones mínimas y muy en particular se dan en lo que se refiere al acortamiento de los plazos en las distintas etapas.

Me refiero ahora al que se considera el último antecedente histórico de la ausencia en nuestro derecho positivo, que es el Código Civil expedido por el Presidente Calles el 30 de agosto de 1928, y que es la legislación vigente.

Los cambios que presenta respecto del Código Civil de 1870, se dan igualmente en la disminución de términos judiciales del procedimiento, ya que por lo demás continúa con las tres etapas del proceso que ya hemos analizado en las legislaciones italiana, francesa y española.

Vale la pena, como colofón de los antecedentes históricos de la Institución de Ausencia en el Derecho, hacer una breve referencia a la intervención de la Organización de las Naciones Unidas para resolver el problema de las personas desaparecidas, sobre todo por la participación que un gran número de miembros se encontraron en el escenario de la Segunda Guerra Mundial, motivando al Consejo Económico y Social de la ONU a reconocer la necesidad de reglamentar adecuadamente la defunción de los millares de desaparecidos

y el 24 de agosto de 1948, invitó al Secretario General de la ONU para elaborar conjuntamente con la Organización Internacional de Refugiados y otros organismos un proyecto de Convención relativo a este problema y en octubre de ese mismo año fué enviado el proyecto a los estados miembros para su conocimiento y el 2 de marzo de 1949 se creó el Comité Especial para su estudio y sus propósitos fueron:

- Examinar si el proyecto respondía a los propósitos de la Convención y hacerle en su caso las observaciones y nuevas proposiciones.
- Estudiar la conveniencia de unificar internacionalmente la legislación relativa al establecimiento de la muerte de una persona desaparecida, modificando los procedimientos legales de los Estados miembros, a fin de obtener idéntico tratamiento en todos los países que adoptaran los tratados multilaterales al respecto, ya que en muchos lugares no había autoridades que certificara la muerte de una persona, fuera la causa la lejanía o cualquier otra.

Como consecuencia de esos propósitos se determinaron los siguientes objetivos:

- Facilitar la declaración de muerte de las personas desaparecidas en cualquier lugar, con la ayuda de los tribunales competentes de cada país.
- Reconocer las declaraciones hechas por los países partidarios de la Convención.
- Aplicar la Convención no sólo a los continentes que fueron escenario de guerra, sino a todos los lugares del mundo en donde hubiera sobrevivientes de los desaparecidos a fin de que su situación jurídica y el disfrute de los bienes de su familiar ausente quedaran legalizados.

- **Importancia de la publicidad como medio de información relativa a personas desaparecidas.**¹⁸

La Conferencia sobre Declaración de Fallecimiento de Personas desaparecidas tuvo lugar en la sede provisional de la ONU, en Nueva York del 15 de marzo al 6 de abril de 1950, y antes de emitir la Convención se destacó que los asuntos que no hayan sido específicamente tratados, incluyendo la reaparición de personas desaparecidas, seguiría correspondiendo al Derecho interno de los estados contratantes y que ninguna disposición sería interpretada en el sentido de afectar el principio de reciprocidad o de los acuerdos existentes respecto de ejecución mutua de los instrumentos o de las sentencias extranjeras; y así se emitió el documento que contiene 20 artículos.

Es así como presento un resumen de los antecedentes histórico de la Institución que es materia del presente trabajo.

¹⁸.- Documento 1610.- Acta final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Declaración de Fallecimiento de Personas Desaparecidas.

CAPITULO TERCERO

EFFECTOS JURÍDICOS LA DECLARACIÓN AUSENCIA

Es evidente que a partir de este momento es cuando entramos ya en la que la materia de esta tesis.

Ahora bien, para poder llegar a determinar cuáles son los efectos jurídicos de la Declaración de Ausencia, considero importante señalar en primer lugar, que lo que caracteriza jurídicamente a la ausencia y que es la "incertidumbre" que surge en torno a una persona de la cual ya no se sabe nada y que se acentúa cada vez más con el paso del tiempo.

Son varios los autores que inciden en esta afirmación como Serrano y Serrano, Delboy, Ferrara y Cossio, destacando el primero que el factor de incertidumbre es esencial en cuanto la ausencia se prolongue en el tiempo, coincidiendo en esto con Delboy y Ferrara, agregando este último que para que una persona sea considerada ausente, además de que haya cesado de estar en el lugar de su último domicilio o residencia, se requiere que no se tengan noticias suyas en tanto tiempo, que se pueda dudar racionalmente de su existencia y finalmente Cossio agrega que la duración de esa incertidumbre requiere de una declaración judicial por lo que la define como un "hecho jurídico que consiste en la incertidumbre de existencia y paradero, basada en el transcurso del tiempo y confirmada por una resolución judicial."¹⁹

Por su parte Castro y Bravo afirma que la declaración judicial de la ausencia viene a constituir una duda oficial sobre la vida del ausente y refuta a

¹⁹.-SERRANO Y SERRANO.- op. cit.

Serrano porque asegura que no se requiere de la declaración judicial, sino que basta la incertidumbre y la duración de la misma, sin embargo yo no comparto este punto de vista y que si lo que vamos a buscar son los efectos jurídicos, obviamente requerimos de la Declaración Judicial de ausencia, a partir de la cual se dan o surgen los efectos jurídicos que adelante explicaré, no obstante que es verdad que primero debe darse la ausencia como tal, es decir con incertidumbre y perduración y evidentemente la declaración judicial no es algo propio de la esencia misma de la ausencia, sin embargo reitero para que se produzcan efectos jurídicos, es indispensable la declaración que la autoridad judicial haga del ausente.

En el derecho Mexicano, la declaración judicial no es elemento indispensable para hablar de ausencia, pues ésta existe antes de ser declarada por el juzgador, tal y como aparece en la redacción del artículo 649 de nuestro Código Civil, el cual a la letra dice:

" Cuando una persona haya desaparecido y se ignore el lugar en donde se halle y quien la represente, el juez, a petición de parte o de oficio, nombrarán un depositario de sus bienes, la citará por edictos publicados en los principales periódicos de su último domicilio, señalándole para que se presente un término que no bajará de tres meses, ni pasará de seis, y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes".

De la lectura anterior encontramos que si bien es cierto que no la define, sí establece la procedencia de las medidas provisionales, lo que implica que debe existir certeza del ignorado paradero del ausente, con anterioridad a la intervención del juez y aún cuando todos los efectos jurídicos no se produzcan sino hasta el momento en que sean dictadas las medidas provisionales y declarada la ausencia en forma oficial.

Sin embargo para lo que a nosotros en este trabajo nos interesa sí es indispensable la declaración judicial de ausencia, ya que a partir de ahí es cuando se producen los efectos jurídicos.

Ahora bien, para hacer referencia a los efectos jurídicos que de la declaración de ausencia se derivan, señalo que éstos deben clasificarse en dos, es decir, están en primer lugar aquellos que están conectados a las relaciones o derechos personales y familiares del ausente. En segundo término están los efectos que se relacionan con su derechos patrimoniales.

Estos efectos al detalle serán analizados un poco más adelante, sólo que para poder llegar al punto de partida que son los propios efectos, debemos contar con la declaración judicial del ausente y por lo tanto no podemos sustraernos al procedimiento, el cual estudiaremos en el punto siguiente.

3.1 MEDIDAS PREVENTIVAS EN CASO AUSENCIA

El enfrentarnos a un caso en el que una persona ha desaparecido sin dejar huella alguna, sobre todo en esta época, en los albores del siglo XXI, en el que la tecnología al servicio de los medios de comunicación nos permiten tener comunicación instantánea con cualquier parte del mundo y llegar a casi todos los rincones de este planeta, en la que difícilmente alguien puede "desaparecer" así nada más como así, a menos que haya fallecido, o bien si queremos incurrir en la fantasía de la cinematografía, que haya cambiado de identidad, situación que actualmente no ha estado tan alejada de la realidad, debido a la problemática personal que enfrentan algunos individuos, pero, sin perdernos en el detalle o la fantasía, sino llegando a la cruda realidad, en la

que como ya dije alguien desaparece, los problemas que surgen como consecuencia de ello son tantos y tan variados como nosotros mismos quisiéramos encontrar, pero sin caer en excesos, bien se pueden señalar cómo los más importantes los siguientes:

¿ Cuáles son los derechos de los presuntos herederos del ausente ? ¿ Qué debe hacerse con sus bienes ? ¿ Podrá contraer nupcias su cónyuge ? etc, los cuales como ya apunte en líneas precedentes están íntimamente relacionados con el ámbito personal y familiar del ausente, así como con el patrimonial, y ¿ por qué no ?, con el social también .

Ahora bien si no se presentan todos los apuntados, si se hace necesario prevenir cualquiera de ellos, y por lo tanto considero que fué ese espíritu el que animó al legislador a contemplar el capítulo que tanto en el Código Civil vigente, en el Distrito Federal como las diferentes entidades federativas han denominado " Medidas Provisionales en caso de Ausencia " .

En el presente trabajo haré el estudio de la ausencia durante los tres períodos que conlleva a la luz de la legislación del Estado de Guanajuato, es decir el Código Civil y el de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato.

El artículo 696 del citado ordenamiento (y que es casi igual al 649 transcrito en líneas anteriores) con el que prácticamente iniciamos el primero de los tres períodos, implica una incertidumbre sobre la vida del ausente cuando señala :

" Cuando una persona haya desaparecido y se ignore el lugar donde se halle o quien la represente, el juez, a petición de parte o de oficio, nombrará un depositario de sus bienes, lo citará por edictos, publicados en los términos del artículo 715, señalándole para que se presente un término que no bajará de tres meses ni pasará de seis, y dictará las providencias necesarias para asegurar sus bienes."

Aquí hay que destacar que el término "desaparecido" nos pone de manifiesto que existe un gran temor respecto de lo que haya ocurrido con la vida del ausente, ya que no es natural que una persona se ausente de improviso de su domicilio, de sus familiares de su trabajo e incluso de sus relaciones sociales, sin que se tenga noticia alguna de su paradero, por lo que a esa incertidumbre respecto del ausente, la ley asigna medidas protectoras.

Derivado de lo anterior para iniciar el procedimiento con las medidas preventivas es indispensable:

1º.- Que el presunto ausente se haya alejado de su domicilio.

2º.- Que exista ignorancia sobre su paradero.

3º.- Que haya incertidumbre sobre la conservación de su vida.

No se debe de dejar de lado el hecho de que el ausente no haya dejado representante , ya que si lo dejó, con las facultades adecuadas, es con éste con quien deberán entenderse los negocios, como lo establece en primer lugar el

Código Civil de Guanajuato en su artículo 696. Ahora bien para el caso de que haya dejado representante, pero el poder que para tal efecto hubiere otorgado no fuere suficiente o bien caducará, se tiene al ausente como si estuviera en la hipótesis prevista en el 697 y en consecuencia se procederá a tomar las medidas preventivas ya señaladas.

Siguiendo el contenido de el ordenamiento en cita se concluye que son tres las medidas preventivas y que son: nombrar depositario, publicación de edictos y el aseguramiento de los bienes, siendo de estas medidas esta última la que reviste una mayor importancia.

El código Civil de Guanajuato al igual que el que lo inspiró, o mejor dicho del cual se copió en el artículo 701 establece quiénes pueden ser depositarios los cuales de acuerdo al orden excluyente que el mismo establece son: el cónyuge del ausente, un hijo mayor de edad, y si hay varios el más apto, el ascendiente más próximo en grado al ausente y a falta de los anteriores o por la inconveniencia derivada de mala conducta, el juez nombrará al heredero presuntivo observando lo que dispone el artículo 707.

La autoridad está autorizada a dictar las medidas para el aseguramiento que contempla en este caso el artículo 566 del Código de Procedimientos Civiles para el estado de Guanajuato, a las cuales yo recomendaría que si dentro de los bienes del ausente hubiere uno o más inmuebles, se dé el aviso correspondiente respecto de la ausencia al Registro Público de la propiedad.

No se debe soslayar que se tiene prevista la intervención del Ministerio Público para el caso de que exista quien no pueda defenderse, asistiendo el

primero a la diligencia de aseguramiento de los bienes que se hallen en el lugar en que se tramite el juicio.

Por otro lado la publicación de edictos en los que se cita al ausente tiene también una importancia relevante, ya que si no los llegare a ver el propio ausente, si cabe la posibilidad que alguien que lo conozca, en caso de estar vivo y sepa en donde está, lo haga de su conocimiento a efecto de que acuda con la autoridad, los cuales deben de hacerse como lo prevé el ordenamiento en cuestión.

Aquí quiero hacer un paréntesis para el caso de que haya representante o apoderado cabe mencionar la afirmación del maestro Ortiz Urquidi²⁰ cuando dice: " la representación en su más amplio sentido, envuelve la actuación a nombre de otro".

Con esto se quiere decir que cuando una persona actúa a nombre y por cuenta de otro en un contrato o en general en un acto o negocio jurídico, deduciéndose los efectos directamente sobre la persona representada, como si fuera esta misma la que hubiese elaborado el contrato o ejecutado el negocio jurídico.

Conocemos tres clases de representación: la legal, la voluntaria y la oficiosa y para el caso que nos ocupa debemos tomar en cuenta la legal, puesto que como se desprende de su significado gramatical, es la que se refiere a lo

²⁰.- ORTIZ URQUIDI RAUL.- "Derecho Civil".- Editorial Porrúa, S.A. México 1977, pág. 255

establecido en la Ley y por lo tanto las actividades del representante o apoderado del ausente deben estar estrictamente apegadas a derecho y si esta última situación no se dá, es evidente que no existe la representación para los efectos de la ausencia.

Dentro de las medidas provisionales hay una segunda etapa que es la que se inicia cuando transcurrido el término del llamamiento al ausente, sin que éste haya comparecido por sí o por apoderado legítimo, en caso de mayor de edad, ni por medio de tutor o pariente que pueda representarlo, tratándose de menor o incapacitado y se hace el nombramiento de un representante, quien desde ese momento es el legítimo administrador de los bienes pertenecientes a la persona que ha desaparecido, ello de conformidad con los artículos 702 y 708 del Código Civil de Guanajuato.

El hecho de nombrar representante se dá también cuando el poder conferido caduque o sea insuficiente como lo establece el artículo 703, ya que en ese caso la situación del ausente será la misma que antes de que otorgara el poder, ya que el nombramiento de representantes se hace para proteger los intereses del ausente.

Insistiendo en el principio de protección de intereses, hay que hacer aquí una observación de que también debe nombrarse un representante aún cuando haya apoderado, el cual debe limitarse a aquellos actos para los que no fué conferido el poder, esto aún cuando la Ley no lo señala expresamente, pero esta situación se desprende de los principios jurídico en que se funda la ausencia.

La solicitud de nombramiento de representante está regulada por el artículo 704, en el cual por razón natural se preferencia al cónyuge ante que cualquier otra persona con derecho a nombramiento; sin embargo esta situación, desde mi muy particular punto de vista se complica cuando el ausente sea casado en segundas o ulteriores nupcias y que en todos los matrimonios hubiera hijos, ya que se deberán éstos últimos de acuerdo, situación que por razón obvia no es fácil, y en ese caso la designación la deberá hacer el juez, quien se ve en situación difícil para decidir en la persona más adecuada.

Lo mismo ocurre cuando no hay cónyuge, descendientes o ascendientes, sólo herederos si no se ponen de acuerdo en la elección será el juez quien decida, sin embargo considero que en esta hipótesis, el juez tiene un elemento que le facilita su decisión y es que la Ley dice que debe preferir al que tenga más interés en la conservación de bienes del ausente.

Es importante destacar que la situación jurídica del patrimonio del ausente durante el período de presunción de ausencia no cambia para nada por el hecho de nombrar un representante, puesto que no hay desplazamiento de la titularidad de los bienes.

Prevalciendo el principio de protección del patrimonio del ausente la ley impone al representante varias obligaciones como la de formular inventario y avalúo de los bienes, antes de entrar en el desempeño de su cargo, administrar el caudal del patrimonio, representar al ausente en todos los juicios y actos civiles, solicitando autorización judicial para dichos actos y garantizar los resultados de su administración, sancionándolo con su remoción y el nombramiento de otro representante, si no cauciona en el término de un mes, y la caución se condiciona proporcionalmente.

El cargo de representante fenece cuando se dan algunas de las causas previstas en el artículo 413 del Código Civil de Guanajuato.

3.2 LA DECLARACIÓN AUSENCIA

Para que tenga lugar la declaración de ausencia por el órgano jurisdiccional, sobresale fundamentalmente el transcurso del tiempo, determinado a partir de la fecha de desaparición del ausente o del momento en que se hayan tenido las últimas noticias, sin ser éste el único requisito, pues los presupuestos que sirven de apoyo para afirmar la ausencia presunta de un individuo deben subsistir durante un tiempo determinado para que las personas indicadas por la propia ley acudan ante la autoridad judicial para solicitar la formal declaración de ausencia.

La incertidumbre y su perduración son esenciales también para que se dé la declaración oficial hecha por el órgano jurisdiccional de la ausencia y se produzcan los efectos correspondientes.

En cuanto al tiempo que debe transcurrir desde el momento de la desaparición hasta formal declaración de ausencia varía en las diversas legislaciones, las hay desde las que lo señalan prolongados y otros que los han reducido de manera razonable como ya lo hemos destacado en otro capítulo al principio de este trabajo, y en casi todas se toma en cuenta también para determinar sus plazos, el hecho de que el ausente haya designado apoderado, por lo que preven plazos cuando hay otros para cuando no lo hay.

El Código Civil de Guanajuato también redujo los plazos, el artículo 717 establece dos años desde el nombramiento de representante para pedir la declaración de ausencia y el siguiente precepto se refiere a la hipótesis en caso de haber dejado apoderado.

Ahora bien es interesante que el hecho de haber dejado el ausente un poder por más de tres años, no impide el derecho de solicitar la declaración de ausencia una vez transcurridos los tres primeros años, porque el legislador ha dispuesto a través de los artículos 718 y 719 del Código Civil de Guanajuato, la caducidad de tal mandato, al conceder autorización para promover la declaración de ausencia a las personas interesadas en obtenerla, aún cuando el mandato sea por más tiempo del permitido por la ley, pues su voluntad no puede estar por encima de los preceptos legales.

El plazo señalado es indispensable para el surgimiento de la acción que faculta a solicitar ante el órgano jurisdiccional la formal declaración de ausencia de un individuo, pero quién o quienes son las personas legalmente facultadas para pretender la declaración judicial de ausencia.

Claro que si durante la presunción de ausencia el legislador ha facultado en términos generales, a todas las personas que tengan interés en tratar o litigar con el ausente o en defender sus intereses, para que puedan pedir en función de todos los derechos adquiridos por terceras personas con anterioridad a la fecha en que se tuvieron noticias del ausente; pero en el segundo período surgen los derechos posteriores a la desaparición del ausente, cuyo ejercicio está supeditado a la vida, muerte o presencia del mismo ausente, por lo que ya no se autoriza en términos generales a cualquier persona, sino a un grupo determinado de individuos con especial interés por ser los titulares de los

nuevos derechos nacidos y condicionados a la vida, muerte o presencia del ausente.

Como consecuencia de lo anterior el legislador ha autorizado a los herederos del ausente, sean legítimos o testamentarios y a todos aquellos que tengan un derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente, justificándose el otorgamiento de esta facultad al Ministerio Público quien busca la protección o aseguramiento de los intereses sociales o como expresa el jurista Mateos Alarcón cuando dice: " Esa magistratura tiene acción por el interés de la sociedad a quien representa, el cual exige que los bienes del ausente no permanezcan en una situación anómala indefinidamente."²¹

El procedimiento se inicia con la interposición de la demanda por persona facultada legalmente ante el juez o tribunal competente para que éste declare oficialmente el estado de ausencia.

Fundada la demanda debe publicarse durante tres meses con intervalos de quince días, es decir seis publicaciones en el periódico oficial. El juez también remitirá copia de la demanda a los cónsules mexicanos de aquellos lugares del extranjero en donde pueda presumirse que está el ausente o se tengan noticias de él, pero sólo cuando hayan pasado cuatro meses de la fecha de la última publicación de la demanda sin tener noticias del ausente, podrá ser oficialmente declarada la ausencia por el juzgador.

²¹.- MATEOS ALARCON MANUEL.- op. cit.

Ahora bien si se tuvo alguna noticia o hay oposición de algún interesado, el juez no podrá declarar la ausencia, sino después de haberse repetido las publicaciones de la demanda en los mismos términos y haberse llevado al cabo la investigación correspondiente, por los medios que haya propuesto el oponente.

La Ley establece que se debe publicar la declaración de ausencia por tres ocasiones con intervalos de quince días o sea mes y medio en los términos previstos por el propio Código Civil de Guanajuato (artículo 715) y posteriormente por medio de los Cónsules mexicanos en el extranjero en los lugares en donde obviamente se presume que se haya el ausente, tal como ya lo he señalado, repitiéndose tales publicaciones como lo establece el Código en comentario.

Tales publicaciones deben hacerse respetando los plazos mencionados, los cuales nos llevan a un tiempo total de ocho meses quince días como mínimo y un máximo de once meses y quince días .

Estoy de acuerdo con los plazos señalados para una amplia publicidad que no lleve a obtener la declaración de ausencia, esto claro está que va en función de la relevancia que tal declaración reviste para el propio ausente , puesto que en virtud de ella van a ser integrados los presuntos herederos en posesión provisional, y por lo tanto considero que resulta justo, para que en caso de existir el ausente, éste pueda enterarse de la situación y acuda en caso de estar en posibilidad de hacerlo o bien en su caso, proporcione noticias respecto de él mismo y con ello impedir que se le causen perjuicios, como pudieran ser todos los frutos industriales y mitad de los naturales y civiles que hayan producido sus bienes, bajo la administración de los poseedores provisionales, claro está para el caso de que éstos obtengan tal posesión.

No puedo dejar de lado el hecho de que contra la Declaración de Ausencia hecha por el A quo, se admitan todos los recursos legales establecidos por los negocios de mayor interés, como lo contempla el Código en comento, en el artículo 726 que dice: " El fallo que se pronuncie en el juicio de declaración de ausencia, tendrá los recursos que el Código de Procedimientos Civiles asigne para los negocios de mayor cuantía."

Así pues, es claro que el interesado que se considere perjudicado por la declaración de ausencia, podrá interponerse el recurso de apelación ante el Juez del conocimiento, el cual deberá admitirlo en ambos efectos, y si lo denegara, el recurso de apelación que procede en contra de tal auto es de queja.

Pudiera darse el caso de que algún Juez, sin mala fe, sino que por negligencia o ignorancia inexcusables infrinjan las leyes en detrimento de una persona que se considere agraviada por el fallo, hecho que también se puede dar con algún Magistrado, el agraviado puede promover el recurso de responsabilidad civil, siempre y cuando la resolución correspondiente haya quedado firme, ante el Tribunal Superior en única instancia y contra la sentencia que resulte no procede recurso alguno, aclarando que si el que afectó fué un Magistrado, entonces será el Tribunal en Pleno quien resuelva.

Para determinar qué autoridad es competente se hace necesario destacar que el Procedimiento de Ausencia pertenece a la Jurisdicción Voluntaria, entendiendo que la jurisdicción es el medio de que se vale el estado moderno para administrar la justicia entre los individuos que lo integran, lo que no significa la facultad para los órganos en quien recae físicamente, representada por jueces y magistrados respectivos, de crear el derecho, sencillamente a su aplicación en los casos particulares sometidos a su resolución, pues de otro modo, se les permitiera no sólo la aplicación sino la creación misma de normas jurídicas, resultaría una grave confusión de poderes.

Jurisdicción señala el Maestro Cipriano Gómez Lara que es: "... una función soberana del Estado, realizada a través de una serie de actos que están proyectados o encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo".²²

Mucho han discutido los juristas en torno a la jurisdicción, sin embargo no es materia de este trabajo, pero únicamente mencionaré la Civil y la Penal que son las que inciden en mi análisis y a su vez dentro de la primera hay una subdivisión y que es la contenciosa y la voluntaria, la primera actúa para resolver una divergencia de carácter jurídico y la voluntaria porque la intervención judicial no supone oposición de interés y concretamente el Código de Procedimientos Civiles de Guanajuato en su artículo 705 establece: " La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas."

Es evidente que el procedimiento para la declaración de ausencia reúne los requisitos señalados por el precepto transcrito, por lo que sostengo que debe no sólo la declaración de ausencia, sino todo el procedimiento de ausencia, tramitarse en la vía de Jurisdicción Voluntaria.

Dentro de la jurisdicción voluntaria puede haber uno o varios solicitantes y por lo tanto para el presente caso considero que más que demanda como la llama el legislador, se debe de llamar solicitud de declaración judicial de ausencia.

²² .- GÓMEZ LARA CIPRIANO.- ' TEORÍA GENERAL DEL PROCESO '- Segunda Edición.- Editorial UNAM, México, 1980, pag. 111

Determinado lo anterior llegamos al artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato que dice: " Los negocios civiles son decididos en el Estado, por los jueces municipales, los jueces de partido o las Salas del Supremo Tribunal de Justicia " ; en materia se rigen por el artículo 23 en el que no hay cuantía y corresponde a los Jueces de Partido, por lo que son competentes los Jueces de Primera Instancia del Partido Judicial correspondiente.

Para concluir con este punto diré que sabiendo quien o quiénes pueden pedir la declaración de ausencia de una persona de la cual transcurrido el plazo establecido por la ley para saber o tener noticias de él, y ante quien, y cuales son los elementos que se requieren para dar certeza al juzgador de la ausencia, entonces este procederá a emitir Judicialmente la Declaración de Ausencia.

3.3 DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA

Procederé a estudiar los efectos que trae aparejada la Declaración de Ausencia y empezaré por aclarar que con esta resolución Judicial, la autoridad UNICAMENTE lo considera ausente, ya que desde el punto de vista legal no se le considera muerto, aunque esta idea no se descarta, diría que prevalece en la mente de todos este hecho, sin embargo hasta este momento no está muerto y por lo tanto se deben dictar medidas encaminadas a la adecuada protección de sus bienes, y como consecuencia inmediata los de aquéllas personas que tengan derechos sobre los mismos, derechos que están subordinados a la muerte, los cuales pueden ser ejercitados de manera provisional.

Como ya apunté en líneas anteriores, hay efectos que tienen que ver con sus relaciones o derechos personales y familiares y los que se relacionan con sus derechos patrimoniales, o mejor dicho los productos de los bienes que integran su patrimonio.

Con la Declaración Judicial de Ausencia, los primeros efectos se dan con respecto a sus bienes, los que le pertenecían en la fecha de su desaparición o sus últimas noticias es la apertura provisional de la sucesión del ausente.

El legislador ha previsto que antes de disponer cualquier medida tendiente a determinar la posesión de los bienes del ausente, se investigue para determinar si el ausente dejó en poder de alguien algún testamento público u ológrafo en el cual haya manifestado su voluntad respecto del destino de sus bienes, y en caso afirmativo deberá dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 727 , es decir entregar al juez el testamento en cuestión en el plazo que el mismo ordenamiento establece.

Presentado el testamento que exista el Juez a instancia de los interesados lo abrirá con la solemnidad prevista para la apertura en presencia del representante del ausente y de los que promovieron la declaración de ausencia.

El ejercicio de los derechos sobre los bienes del ausente subordinada a la condición de su muerte, origina la posesión provisional de los mismo por sus herederos testamentarios o legítimos, ya que son los llamados en primer término para la posesión provisional, aclarando que no son las únicas personas a quienes corresponde, pues mediante el otorgamiento de las garantías que procedan, podrán entrar también los donatarios, legatarios (estando estos últimos sujetos a las normas que rigen a los tutores) y todos los que tengan derechos sobre los bienes del ausente; todo esto porque son personas que legalmente tienen derechos sobre los bienes del ausente y pueden ejercitarlos con el sólo hecho de otorgar garantías, y en forma similar la Ley ha autorizado a las personas sujetas al propio ausente por obligaciones que deberán cesar a su muerte, a suspender el cumplimiento mediante el otorgamiento de las garantía ya citadas.

Para el caso de los herederos testamentarios o bien legítimos cuando se haya dado la ausencia o conocimiento de sus últimas noticias, si son capaces

legalmente para administrar se les da provisionalmente la posesión, debiendo otorgar fianza para asegurar la administración. esta disposición considero que se ha dictado porque ellos son los más interesados en conservar los bienes que serán suyos, sin embargo como hasta este momento se está considerando la posibilidad de que el ausente regrese, piden que se afiance su gestión.

Si dichos herederos están bajo la patria potestad o tutela se procederá conforme a lo que establece en su materia el ordenamiento en cuestión .

Si son divisibles se hace y cada quien administra lo que le corresponde, pero si no es posible entre ellos designan administrador y si no se ponen de acuerdo lo hace el Juez dentro de ellos mismos. Si se da una situación mixta se hará lo conducente con la parte que no sea divisible. Como puede verse se preven los casos que pueden surgir e incluso la hipótesis de no llegar a acuerdos cuando la decisión debe ser conjunta.

Los herederos que no administren podrán designar interventor que actuará conforme a ley.

Los administradores tendrán las mismas obligaciones, facultades y restricciones de los tutores.

Cuando existan obligaciones que se extinguen con la muerte del ausente, podrán suspender su cumplimiento, previa garantía.

Se concede al Juzgador la facultad de disminuir las garantías, siempre que no sean inferior a la tercera parte del valor de los bienes.

Establece igualmente la legislación los casos en que puede eximirse de la garantía.

Para el caso de que no hubiere o mejor dicho no se presentaren herederos del ausente, el Ministerio actuará conforme se lo señala la ley a fin de estar en mejor condición para el fisco, es decir que la Hacienda Pública también, para este caso, tiene derecho a que se le ponga en posesión provisional.

También debo señalar que las personas a quienes se les ha otorgado la posesión provisional, tienen a su vez el derecho de transmitir a sus herederos los bienes que les fueron otorgado en calidad de poseedores provisionales, sólo que esos herederos no pueden entrar en la posesión que heredan, sino únicamente en las mismas condiciones y garantías de los primeros.

Todos estos efectos cesarán si se presenta el ausente o se prueba su existencia antes de ser declarada la presunción de muerte, recobrará sus bienes en los términos que sobre el particular la ley establece, esto es que los que tuvieron la posesión provisional, hacen suyos los frutos industriales que hayan hecho producir esos bienes y la mitas de los naturales y civiles, ya que se considera justo que éstos tengan algo a cambio por el trabajo realizado para la conservación de los bienes e incluso para el incremento de los mismos.

Como ya he señalado no sólo se dan efectos patrimoniales sino que también los familiares, tanto los propios como los que afecten directamente a su familia, aún cuando una serie de esos derechos y obligaciones inherentes a él, quedan en suspenso hasta en tanto no se tenga la certeza de su muerte o se declare la presunción de su muerte. La ausencia produce la disolución de la comunidad que existía entre el ausente y su cónyuge presente, pero la ley le concede a éste el derecho para retardar tal disolución optando por la continuidad provisional de la comunidad, sólo que si lo ejercita, retarda al mismo tiempo la entrega provisional de la posesión a los herederos presuntos del ausente. Sin embargo este retraso no puede prolongarse indefinidamente únicamente hasta treinta años.

Estos derechos casi siempre están en íntima relación con los patrimoniales como es el caso del matrimonio y como consecuencia la sociedad conyugal, debiendo subsistir el vínculo matrimonial y no así sociedad conyugal, excepto que así se haya pactado en las capitulaciones matrimoniales.

Es un hecho que si la declaración de ausencia produjera la disolución definitiva del matrimonio, se estaría ante una situación inmoral e injusta, ya que se despoja al ausente de justos y legítimos derechos, cuya privación sería en realidad una pena, sin que hubiera cometido falta alguna que le haga acreedor a tan severa sanción. Hasta aquí el ausente se reputa vivo y por lo tanto existente el vínculo matrimonial, sin embargo se reputa muerto en sus relaciones con sus herederos presuntivos, legatarios o cualquiera que tiene sobre sus bienes, derechos subordinados a su muerte.

También si se adopta otra postura puede igualmente considerarse injusta, aunque no inmoral, ya que limita al cónyuge presente para contraer nupcias, es decir se le despoja de su voluntad por culpa del ausente, pero a cambio tiene en su provecho ventajas pecuniarias inherentes al título de esposo(a) que la ley le conserva.

Los efectos que la declaración de ausencia produce en el orden matrimonial y familiar está el del cónyuge presente de pedir la separación de bienes, sin perjuicio de la administración de la parte del marido que le corresponde como representante.

En el caso de existir sociedad conyugal, una vez declarada la ausencia debe procederse a hacer un inventario de los bienes del ausente, separando la parte que le corresponde al cónyuge presente. En este caso el cónyuge presente recibe los bienes que le corresponden hasta el día en que haya causado ejecutoria la declaración de ausencia, de los cuales puede disponer libremente, pues una vez, suspendida la sociedad, no hay ya ninguna obligación respecto de tal sociedad, no obstante que haya dejado de existir temporalmente.

Si el ausente se presenta o prueba su existencia, el otro cónyuge que hubiere entrado en posesión de los bienes de aquél, no tendrá derecho a que se le devuelvan frutos industriales, naturales o civiles. Si el presente no fuere heredero ni tuviere bienes propios, tendrá derecho a alimentos. Igualmente se restaura la sociedad conyugal.

Esto quiere decir que si el ausente regresa, recupera sus bienes como los dejó y si alguno o algunos fueron enajenados, el precio correspondiente o los que se hubieren adquirido con la misma cantidad, pero nada más.

Está prevista también por la ley la hipótesis para cuando se haya hecho la declaración de ausencia de manera definitiva y se hayan otorgado los bienes a los que se tuvieron por herederos, y con posterioridad a este hecho, se presentare otros alegando tener mejor derecho a la posesión definitiva de los bienes del ausente, entonces el Juez no podrá definir la posesión de los mismos a éstos, sino previo juicio y sentencia que cause ejecutoria. Para el caso de no ser vencidos en el juicio, los bienes se les entregarían de la misma manera que si hubiera regresado el ausente.

Los poseedores definitivos darán cuenta de su administración en el plazo señalado por la ley y a partir del día en que se presente el ausente o su apoderado, o desde aquél en que por sentencia que cause ejecutoria se haya deferido la herencia.

3.4 PRESUNCION DE MUERTE

Transcurrido cierto tiempo después de que se ha dictado por el Juez la Declaración de Ausencia, procede que la misma autoridad decrete de igual forma la Declaración de Presunción de Muerte, siempre que se realicen ciertos trámites, haya transcurrido también cierto tiempo después de haber sido declarado ausente una persona y que se presuponga su fallecimiento, dadas las circunstancias en que se dió su desaparición.

El propósito de obtener esta declaración es para tener por fallecida a una persona y que surjan en consecuencia los efectos legales en materia civil.

Sin embargo éste sólo procede en tres situaciones: primero de acuerdo al lugar o las circunstancias en que se encontraba el ausente en el momento de su desaparición, esto significa que son muy importantes los elementos que pudieron haberle ocasionado la muerte, ya que de éstos dependerá el tiempo transcurrido y el hecho de que haya sido o no declarada previamente su ausencia.

Es un hecho que mientras exista la suposición de que la muerte pudo haber sido ocasionada por una causa contundente, menor será el tiempo que la Ley exija que transcurra desde la desaparición de la persona, para la procedencia de la declaración de presunción de muerte.

Recordemos los plazos que ya hemos señalado se dieron en la antigüedad como la que establecieron los Códigos de 1870 y 1884 en que se requerían 30 años para que el Juez declarara la Presunción de Muerte, posteriormente la Ley de Relaciones Familiares de 1917 lo redujo a 15 años, sin embargo nuestra Legislación en el Estado de Guanajuato al igual que el Código del Distrito Federal ya establecen 6 seis años y dice que transcurridos seis años de haberse dictado la Declaración de Ausencia, y a petición de parte interesada, el Juez declarará la Presunción de Muerte.

Esta primera parte del artículo 753 condiciona la gestión para obtener la Declaración de Presunción de Muerte a la previa Declaración Judicial de Ausencia y al transcurso de seis años posteriores a ésta; sin embargo prevé que si el presunto ausente se fué a la guerra, su buque naufragó, iba en una nave que fué destruída o accidentada, estuvo en una explosión, incendio, terremoto u otro siniestro semejante, bastarán dos años contados desde su desaparición para que pueda hacerse la declaración de Presunción de Muerte, sin que sea necesario que previamente se declare la ausencia, pero si

establece muy claramente que se tomen las medidas provisionales previstas en el propio Código Civil del Estado de Guanajuato.

Aquí quiero destacar que el artículo mencionado era igual al Código Civil del Distrito hasta antes del 2 de diciembre de 1985 en cual se estableció el plazo de dos años para la declaración de Presunción de Muerte únicamente para los casos de guerra, naufragio e inundación. Por lo que se refiere a las causales de incendio, explosión y terremoto, incluyó las de catástrofe aérea o ferroviaria y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en lugar del siniestro, bastará el transcurso de seis meses, contados a partir del trágico acontecimiento, para que el Juez de lo familiar declare la presunción de muerte, la publicará sin costo alguno hasta por tres veces durante el procedimiento, que en ningún caso excederá de 30 días.

Es evidente que esta modificación se vió influenciada por las acciones de Simplificación Administrativa establecidas por el Gobierno Federal y un trágico hecho como lo fué la explosión que se dió en San Juan Ixhuatepec (19 de noviembre de 1984) a unos cuantos kilómetros de la ciudad de México en la que fueron alrededor de diez mil personas desaparecidas a las cuales finalmente se les tuvo por presuntivamente muertos, y no digamos los cerca de cincuenta mil desaparecidos con motivo de los sismos de septiembre 19 y 20 de 1985.

Queda claro pues que el período de Presunción de Muerte, a "contrario sensu" de lo que ocurre en las dos primeras etapas del estado de ausencia de una persona, se prolonga indefinidamente en el tiempo y su iniciación se sujeta a tres reglas:

a).- Primero debe contarse con la declaración judicial, porque no opera de pleno derecho.

b).- Segundo, dicha declaración estará siempre precedida de la declaración de ausencia, salvo los casos que nuestro ordenamiento establece.

c).- Tercero es indispensable el transcurso de los plazos legales, para que válidamente se declare tal Presunción de Muerte.

Ahora surge la cuestión de : ¿ quien es la parte interesada ?, y encontramos que debemos entender que esta facultad es la que se concede a los herederos legítimos o testamentarios y a los que tengan algún derecho u obligación que depende de la vida, muerte o presencia del ausente.

Aunque no hay una disposición expresa que faculte a los legatarios y donatarios para pedir la declaración de ausencia, sí se entiende como que la tienen aquellos que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente y es indudable que los donatarios y legatarios tienen ese tipo de derechos y en consecuencia también ellos tienen posibilidad de solicitar como parte interesada, la presunción de muerte.

En igual situación está el Ministerio Público que está facultado por la ley para solicitar la declaración de ausencia y por lo tanto para promover la declaración de muerte presunta, en interés de la sociedad que representa y de la Hacienda Pública, que en última instancia deberá ser puesta en la posesión definitiva de los bienes, como sucede con la posesión provisional.

No obstante que una vez que se ha declarado la presunta muerte del ausente y se abre el testamento, obligando a los poseedores provisionales a dar cuenta de su administración y los herederos y demás interesados entran en posesión definitiva y se cancelan las garantías, y aunque todo parece por lo anterior que es definitivo, a fin de cuentas no lo es, puesto que en el momento que se presente el presunto ausente y/o muerto, las cosas vuelven a su estado original, con las salvedades que establece la ley.

Puede terminar, y la verdad es que de hecho termina la posesión definitiva concedida a los herederos y demás interesados del ausente, con su regreso, ya que como ha quedado señalado el dominio de los bienes no es pleno o absoluto en virtud de que están condicionados al regreso del ausente, o bien al tener certidumbre de su estancia en algún sitio, y es así que se vuelven poseedores provisionales, hasta que no se tenga, en su caso, la certidumbre de su muerte, con la que se dá a los herederos el derecho a la propiedad como herederos y ya no como poseedores, con la sentencia ejecutoriada que declara que los herederos presentados después de la posesión definitiva son preferentes en ella, respecto de los que recibieron la herencia al declararse la presunción de muerte.

Finalmente otro de los efectos de la sentencia que ya declara la presunción de muerte de un ausente casado, es que pone fin a la sociedad conyugal.

CAPITULO IV

PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA CON RELACIÓN A OTRAS DISPOSICIONES LEGALES .

4.1 LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Considero que he llegado a lo que viene a constituir uno de los puntos medulares de este trabajo, ya que voy a analizar en este capítulo algunas otras disposiciones que de algún modo tienen que ver con los derechos personales y patrimoniales de las personas, y en consecuencia con el presunto ausente.

Como uno de los aspectos más importantes en la vida de todo ser humano es el trabajo, ya que es su fuente de subsistencia y por lo tanto una de las garantías consagradas en Nuestra Carta Magna en su artículo 123, he decidido empezar por hacer una búsqueda en su Ley Reglamentaria, la Ley Federal del Trabajo la que contiene las disposiciones relativas a uno de los aspectos que considero importante, sin embargo y desde mi personal punto de vista, aunque es lógica en lo que regula, sí hay algunas lagunas e incluso inconsistencias y hasta contradicciones en lo que a la ausencia se refiere tal y como lo expreso a continuación.

Para abarcar toda actividad remunerada del individuo se refiere en primer lugar a la Relación Laboral, entendiéndola como aquella que se deriva de cualquier acto que le dé origen a la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona mediante el pago de un salario. Y al contrato de trabajo aquél cualquiera que sea su firma o denominación, por virtud del cual una

persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

Al contrato o relación lo clasifica en : por obra determina, por tiempo determinado o por tiempo indeterminado. Igualmente habla de Contrato Colectivo y de Contrato Ley.

Contiene un sinnúmero de disposiciones a la protección del "trabajo", como la de que la sustitución de patrón no afecta las relaciones laborales, la de que sólo existe responsabilidad civil para aquellos trabajadores que no cumplan con las normas internas y la que considero más importante, de que los trabajadores no pueden renunciar a los salarios ya devengados.

Otro aspecto regulado es el de la suspensión temporal de las relaciones laborales y sus efectos y la de la Rescisión que contempla el artículo 47 de la Ley Federal de Trabajo, y aquí destaco la fracción X que dice: " tener el trabajador más de tres faltas en su período de 30 treinta días sin permiso o causa justificada."

Es evidente que el trabajador que deja de asistir más de tres días consecutivos en un mes incurre en causa de rescisión de trabajo y obviamente para el caso que nos ocupa como es el "ausente", ya no es trabajador. Sin embargo el haberlo sido sí le otorga algunos derechos que se extienden más allá de su muerte y que son para beneficiar a su familia.

Dentro de las disposiciones de esta Ley quiero destacar la contenida en el artículo 519 y que se refiere a la prescripción para ejercitar acciones encami-

nadas a reclamar al patrón derechos que le corresponden al trabajador o a sus beneficiarios en caso de muerte y dice que el término es de 2 dos años y concretamente la fracción II dice: " Las acciones de los beneficiarios en los casos de muerte por riesgos de trabajo ".

Esta situación no excluye a la hipótesis del ausente, ya que su ausencia se pudo haber producido con motivo de un traslado en su trabajo. Si bien es cierto que la muerte del trabajador automáticamente termina con el contrato individual, relación o nombramiento de trabajo, también es cierto que su muerte sólo acarreará consecuencias jurídicas a favor de los beneficiarios del trabajador muerto y a cargo del patrón si la muerte ha tenido su origen en un riesgo profesional o bien porque así haya estado pactado en el contrato individual de trabajo, y pudiera probarse esta situación. Sin embargo los términos para obtener la Declaración de Ausencia y más aún la de Presunción de muerte, rebasan con mucho el término señalado por la Legislación Laboral para la prescripción de reclamarla al Patrón, por parte de sus beneficiarios.

Por lo anterior considero que este aspecto, en lo que se refiere a una obligación del patrón, derivada de los derechos de trabajador que estuvo a su servicio y que por lo que se puede considerar un riesgo de trabajo, también debe de contemplarse para el "ausente" es decir que los términos en este caso sean acordes y no contradictorios como está regulado.

Abundando en mis aseveraciones en lo que a materia laboral se refiere y que se relaciona con la declaración de ausencia, considero conveniente citar la siguiente Tesis de la Corte:

Época 5a.
Tomo LXVIII Pag. 449

Rubro TRABAJADORES, LAS COMPROBACIÓN DE LA MUERTE DE LOS, NO REQUIERE LAS FORMALIDADES CIVILES.-

" La declaración de ausencia y la de presunción de muerte del ausente, sólo se requieren para el ejercicio de las acciones civiles de los presuntos herederos, más no son indispensables para la deducción de acciones que tienen por objeto relaciones jurídicas provenientes del contrato de trabajo, como lo es el pago de la indemnización correspondiente por la muerte de un trabajador, que desapareció en el ejercicio del trabajo que desempeñaba. En efecto la Ley Reglamentaria del artículo 123 Constitucional, es eminentemente protectora de los obreros y de sus causahabientes y tiende a simplificar los formulismos que entorpecen la realización de sus derechos, tomando un punto de vista humano, más que hacer estrictamente jurídico, en los procedimientos para hacer efectivos aquellos. Lo anterior autoriza a concluir que si transcurrió tiempo bastante entre la fecha del accidente que determinó la desaparición del trabajador y en la que la junta de conciliación y arbitraje respectiva declaró procedente la acción ejercitada por su causahabiente, demandando el pago de la indemnización correspondiente, el demandado pudo haber demostrado que el trabajador no murió, y por esta razón, debe estimarse que si el Laudo de la junta se apoyó en declaraciones de testigos, de las que se desprende que dicho trabajador murió a causa del accidente, esa resolución está arreglada a derecho; sin que tampoco pueda decirse que la muerte no está comprobada, porque no haya habido fé judicial del deceso, si no fué posible practicarla, atenta la forma en que se realizó el riesgo.²³

Precedentes:

²³.-Poder Judicial de la Federación 3er. CD-ROM Junio de 1993

TOMO LXVIII, pag. 449.- Amparo Directo 138/1941, Sec. 2da.- La Latino Americana, Compañía de Seguros Sobre la Vida, S.A.- 8 de abril de 1941.- Unanimidad 5 votos.

4.2 LA LEY DEL I.S.S.S.T.E.

La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado establece que ningún trabajador podrá ser cesado sin por causa justa y dice que el nombramiento o designación dejará de surtir sus efectos sin responsabilidades para el labores o cuando faltare por más de tres días consecutivos a sus labores sin causa justificada.

Aquí nos encontramos que bien puede darse en esa falta consecutiva, la misma hipótesis señalada en el punto anterior, es decir que al ordenar el titular el traslado o comisión al empleado a otro sitio, surgiera algún accidente o situación que nos lleve a indeterminar el destino del empleado y caer en la "ausencia prolongada acompañada de la incertidumbre " de la persona, y por lo tanto tener elementos para iniciar el trámite correspondiente a la "Declaración de Ausencia" y posteriormente a la Presunción de Muerte.

La Ley del ISSSTE nos define a los trabajadores que ampara como: toda persona que preste sus servicios a las entidades organismos públicos que por Ley o acuerdo del ejecutivo Federal se incorporen a su régimen y los que estén al servicio de la Federación y Departamento del Distrito Federal, mediante designación o nombramiento, siempre que sus cargos, sueldos o salarios estén consignados en los presupuestos respectivos o estar incluidos en las listas de raya de los trabajadores temporales conforme a los tabuladores vigentes.

Igualmente considera Pensionistas a las personas que la Dirección de Pensiones hubiere reconocido como tales, sancionados por la SHCP y se les otorgue tal carácter con base en la Ley del ISSSTE.

También el mencionado ordenamiento hace un reconocimiento de quienes son familiares derechohabientes y hace una enumeración de las prestaciones que les concede.

Es muy importante aquí destacar el contenido del artículo 93 de la Ley del ISSSTE que a la letra dice: " Si un pensionista desaparece de su domicilio por más de un mes sin que se tenga noticia de su paradero, los deudos con derecho a la trasmisión de la pensión, disfrutarán de la misma en los términos de la fracción II del artículo 90 con carácter provisional y previa la solicitud respectiva, bastando para ello, que se compruebe el parentesco y la desaparición del pensionista, sin que sea necesario promover diligencia formales de AUSENCIA. Si posteriormente y en cualquier tiempo el Pensionista se presentase, tendrá derecho a disfrutar él mismo su pensión y a recibir las diferencias entre el importe original de la misma y aquél que hubiese sido entregado a sus familiares. Cuando se compruebe el fallecimiento del Pensionista, la transmisión será definitiva."

Como se ve del texto transcrito esta Ley sí contempla la ausencia, pero únicamente para el "Pensionista", no así para cualquier trabajador en activo, que como ya señalé puede 'desaparecer' en el traslado al lugar al que fué asignado para realizar su trabajo, por lo que considero que una legislación como ésta que ya apunta concretamente a un presunto "ausente", al cual por razones obvias, como puede ser la edad del Pensionista que puede sufrir trastornos de tipo mental, como amnesia o demencia senil y lo lleven a 'per-

FALTA PAGINA

No. 101

2.- Enfermedades y Maternidad

3.- Invalidez y Vida

4.- Retiro, Cesantía en edad avanzada y vejez y

5.- Guarderías y prestaciones sociales

De estas modificaciones básicamente encontramos en que se adicionó al de guarderías el de prestaciones sociales y cambió el nombre del seguro de muerte por el de vida.

Estos seguros se establecen en el Régimen Obligatorio en su nuevo artículo 11 y el 27 se refiere a los planes de pensiones que establezca la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y ya no incluye en el mismo el salario por tiempo extraordinario.

El artículo 31 se refiere a las ausencias del trabajador mientras subsista la relación laboral, regulando quién debe pagar y la forma de hacerlo y en el 109 prevé la conservación de derechos, el cual para aquellos trabajadores que hayan cotizado inmediatamente antes de la privación de trabajo un mínimo de ocho cotizaciones semanales ininterrumpidas, lo conservarán por igual tiempo posterior a la desocupación.

Es de nuestro interés el contenido del artículo 42 que considera también como accidente de trabajo al que se produzca al trasladarse el trabajador directamente de su domicilio al lugar del trabajo o de éste a aquél.

Los casos previstos para no contemplar el riesgo de trabajo no incluye nada que pueda dar lugar a la "ausencia", tal y como la hemos estudiado en este trabajo.

El artículo 84 se refiere al seguro de enfermedades y maternidad, enumerando a los que ampara este seguro y que son: el asegurado, el pensionado, la esposa o concubina (libres de matrimonio), hijos menores de 16 años, hijos que no puedan mantenerse debido a enfermedad crónica, defecto físico o psíquico hasta que no desaparezca la incapacidad o hasta 25 años cuando realicen estudios en planteles del sistema educativo nacional; los padres que vivan con el asegurado o pensionado, todos siempre que dependan económicamente del asegurado éste tenga derecho a las prestaciones.

4.4 LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

Es ampliamente conocido que fué hasta el año de 1934, cuando estableció la Competencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para conocer todo lo relativo a la creación y operación en México de las Instituciones de Seguros y Sociedades Mutualistas, al través de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas publicada el día 20 de diciembre de 1950, reitera la competencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en lo relativo a la creación y operación de las Instituciones nacionales de Fianzas, las que se regirán por Leyes especiales.

En la Ley sobre el Contrato de Seguro publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1935, se define al contrato como aquél al través de cual una empresa aseguradora se obliga, mediante el pago de una prima, a resarcir el daño o pagar una suma de dinero, al efectuarse la eventualidad que en el propio contrato se haya previsto.

Esta Ley en su capítulo IV del Título Primero, regula lo relativo el riesgo y la realización del siniestro, sin embargo toma tales términos en su concepción idiomática estrictamente, esto es no define o enumera cuál o cuáles pueden ser los riesgos y en su caso el siniestro, y destaco este punto en virtud de que para este estudio es importante señalar concretamente el riesgo de la vida o "desaparición" de una persona, y el siniestro aquél, en el que el asegurado pierda la vida, o bien sea indeterminado al desaparecer sin dejar rastro alguno que nos haga presumir si vive o muere.

Contempla la agravación del riesgo o si de alguna forma se influyó en la realización del siniestro, y como puede quedar pactado en el contrato respectivo, pero insisto, nada nos dice en concreto respecto de la vida o muerte, y mucho menos para el caso desaparición de un asegurado; incluso fija el plazo que el asegurado o su beneficiario tienen para hacer del conocimiento de la empresa aseguradora la realización del siniestro.

Ahora bien el citado ordenamiento en su Título Tercer denominado Disposiciones especiales del contrato de seguro sobre las personas, establece que en el contrato de seguro sobre las personas, comprende todos los riesgos que puedan afectar a la persona del asegurado en su existencia, integridad personal, salud o vigor vital; sin embargo el riesgo que representa su "desaparición" no lo contempla, ni se puede interpretar que de los términos señalados

se desprenda que tal aspecto es considerado como riesgo, o bien que la desaparición de una persona se constituya en la realización del siniestro.

Esto quiere decir que cualquier ausente que cuente con un Seguro de Vida vigente antes y durante el momento en que se efectuó la desaparición, si no se comprueba fehacientemente que murió, no puede seguir el seguro la misma suerte que los demás bienes del ausente, respecto de su o sus beneficiarios o herederos

De todo lo expuesto se infiere que las disposiciones, tanto de Seguros como de Fianzas, nada dicen respecto de lo que sucedería en el caso de que un asegurado o fiado desapareciera, en los términos en que el Código Civil, para el Distrito Federal y todos sus equivalentes en los Estados de la República entienden como ausente.

4.5 CONSECUENCIAS EN LA VIDA PRACTICA EN EL ESTADO DE GUANAJUATO.

Me refiero a la vida práctica de la gente de Guanajuato, la que vive en el Estado, la que constituye el mayor número de habitantes en las principales comunidades, la que se dedica a las labores del campo, del comercio o el empleo común y corriente, los campesinos y clase media baja y que como sus recursos no son muy bastos, muchos de sus familiares, cabezas de familia en la gran mayoría o hijos primogénitos emigran a los Estados Unidos en busca de un porvenir más promisorio.

Voy a plantear los problemas que enfrentan la mayoría de estas familias que aquí se quedan, mientras alguno de los suyos abandona el hogar y se lanza a la aventura de cruzar la frontera para llegar a los Estados Unidos. Esta odisea no es sencilla ni inmediata, ya que no siempre logran pasar a la primera y lo intentan, y lo intentan cuantas veces sea necesario hasta llegar a su destino, y la realidad es que muchos de ellos jamás logran cruzar porque mueren en el intento.

No es un secreto el hecho de que nuestros compatriotas que se arriesgan a cruzar la frontera en busca de Trabajo, son vistos por nuestros vecinos del norte como "delincuentes" a los que hay que perseguir, maltratar y hasta matar como desgraciadamente sucede a diario. Estetipo de acontecimientos se han convertido en noticia en los últimos días y los hechos sobre este tipo de acciones en contra de los emigrantes han sido conocidas y difundidas a todo el mundo al través de Videos y generaron no sólo miles de comentarios, sino hasta reclamos de orden internacional. Pero en este caso no me refiero a esos inmigrantes que son cazados y hasta filmados en su intento por mejorar las condiciones de vida de sus familias, sino aquí debo hablar de los miles, sí no exágero, miles de "braceros" que han intentado o cruzaron la frontera y que en tal empresa "desaparecieron" o los desapareció la "migra", como se llama a la policía Migratoria de Estados Unidos de Norteamérica.

Las cifras de los que jamás han vuelto, son alarmantes y en consecuencia, afectan también a las otras tantas familias que pierden el único muchas veces, apoyo económico, no del que envían de USA a México, sino del que pudieran tener, en el caso de que el inmigrante "Desaparecido" tenga algún raquíico patrimonio.

Me refiero al "desaparecido" porque en las condiciones en que pretenden cruzar, los exponen con más frecuencia de lo que imaginamos, a serios accidentes en los que pierden la vida y que como consecuencia engrosan las filas de los que se clasifican "en calidad de desconocidos" y por lo tanto nadie, ni sus familiares, ni amigos están en condiciones de afirmar si vive o muere.

Ahora bien, que si alguno de los osados tiene la suerte de portar identificación, su cadáver es devuelto a sus familiares en el mejor de los casos.

Pero no quiero perderme ni salirme del tema, sino regresar con aquellos que pueden estar entre los que jamás cruzaron y murieron en el intento y sus cuerpos se ahogaron y perdieron en las aguas del Bravo; o entre aquellos que fueron víctimas de la "migra" quien los agredió con arma de fuego y luego los depositaron en alguna fosa común o simplemente los enterraron clandestinamente, para cubrir con tierra la violación a los derechos humanos que perpetraron. A los familiares de estos "desaparecidos", porque como ya dije su deceso ocurre en circunstancias tales que sus cadáveres se pierden y jamás se prueba que realmente murieron, estos familiares que viven con la incertidumbre del paradero de su familiar que fué en busca de mejores condiciones de trabajo, o que si fué más afortunado fué enviado por su patrón a una comisión que le implicaba cruzar la frontera y no regresó jamás, desconociéndose su paradero. Esta cruda realidad se convierte en un "Viacrucis" para efectuar los trámites que les permitan disponer y disfrutar del patrimonio que en derecho les corresponde y dar así inicio a los trámites legales para determinar la declaración de ausencia y su presunción de muerte.

Al llegar a este momento es al que preciso detallar, ya que es a partir de aquí cuando tenemos que enfrentar, en primer lugar el tiempo que establece nuestra Ley Sustantiva Civil, el cual en estas líneas reitero es OBSOLETO, ya que en esta época el avance logrado en las telecomunicaciones, desde el

teléfono hasta el correo electrónica Vía INTERNET, la que auxiliadas por satélites, nos traen casi de manera instantánea la respuesta a cualquier cuestionamiento que hagamos en cuestión de segundos.

No quiero ni pretendo señalar como exclusivos a los "desaparecidos" en nuestra frontera norte del país en un esfuerzo por llegar allende esa frontera, sino a cualquiera que trabaje incluso dentro del estado de Guanajuato, no olvidemos que en la propia capital hay minas en explotación en las que hay derrumbes y la gente puede perderse, reitero mi señalamiento es para destacar que todo aquel que en Guanajuato sufra la "desaparición" de un familiar, tiene que afrontar además de un procedimiento legal para determinarlo, la necesidad de un excesivo transcurso de tiempo, que va evidentemente contra la época de satélites de comunicación en que vivimos.

CAPÍTULO V

SOLUCIONES PROPUESTAS

5.1 MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUANAJUATO.

Modificaciones al Código Civil del estado de Guanajuato, desde el Capítulo relativo a las medidas provisionales.

Como ya lo he señalado en un capítulo anterior el estado de Guanajuato prácticamente transcribió todas las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia de los ausentes e ignorados, empezando al igual que el Código citado con el capítulo relativo a las medidas provisionales en caso de ausencia, las cuales como ya he dicho según las disposiciones de nuestro Código se refieren al presunto ausente como si estuviera presente para todos los actos civiles, si es el caso de que tuviere apoderado, alcanzando sus negocios hasta donde dicho poder sea válido; y para el caso de que no haya quien lo represente, se deberá pedir al juez que nombre depositario de sus bienes y lo cite por edictos para que se presente en un término que no sea menor a tres meses o pase de seis para poder dictar las medidas que considere necesarias para asegurar los bienes del presunto ausente.

Aquí quiero destacar que precisamente en el Estado de Guanajuato es muy elevado el número de personas, sobre todo de la gente del campo y la llamada clase media baja que, por muy diversas razones, las cuales en su mayoría se resumen en la búsqueda de mejores condiciones de vida emigra hacia los Estados Unidos con la esperanza de encontrar allá una fuente de trabajo, que

les permita enviar a sus familias lo indispensable que no lograron conseguir aquí, sin importarles el tipo o condiciones de trabajo, ya que su única meta es un porvenir más promisorio. Es evidente que este tipo de personas cuando emigran, no dejan un apoderado ya que no cuentan con ningún bien, sólo con familia y compromisos económicos que resolver.

Su afán de mejorar los lleva a cruzar la frontera como "mojados", es decir que su condición de "ilegales" en estados Unidos hace que de ellos no se tenga un control, o forma de saber exactamente en dónde están, o bien en caso de accidente o defunción como ocurre con mucha más frecuencia de lo que imaginamos, hace que éstos últimos pasen a engrosar las filas de los "desaparecidos". Los que logran cruzar y se colocan en algún trabajo, igualmente procuran vivir de tal forma que no los tengan muy identificados, ya que de ser así la policía norteamericana de migración, la "migra", de inmediato procede a su deportación, y esta situación también dificulta el saber el lugar en donde se encuentra algún presunto ausente.

Finalmente encontramos entre la gente que ha emigrado al Norte, algunos que ya lograron su tarjeta verde, pero, que la gran mayoría de las veces por razones "familiares", es decir que es frecuente que para lograr su tarjeta verde, contraigan nupcias con una o un norteamericano, y sin dejar de atender o enviar dinero a su familia en México, tampoco le dan noticia del lugar en donde se encuentran y lo que también sucede con frecuencia es que habiendo tiempo y distancia de por medio se olviden de lo que en México dejaron.

Bueno pero no se trata aquí de hacer referencia a cada una de las vidas de los emigrantes, sino más bien he procurado detallar las posibles circunstancias que se dan y que son las que dan lugar a que se ignore el paradero de

alguna persona, y que aquí en el estado de Guanajuato se inicie el "Viacrucis" de sus familiares o derechohabientes, para que en caso de contar con algún bien o beneficio, éste se pierda para siempre. No olvidemos que como ya he señalado la mayoría es gente de campo, muchos de ellos ejidatarios o derechohabientes de ejidatarios, los cuales con las reformas Agrarias, podrían dejar algún patrimonio o "modus vivendi" a sus familias.

Volviendo al capítulo de medidas preventivas propongo que éstos se reduzcan, ya que no obstante lo trágico y aparentemente difícil que pasan nuestros paisanos para ir a trabajar al otro lado, también vemos a diario en todos los medios de comunicación, los accidentes que sufren, los cadáveres que encuentran y los que deportan, lo que se llega a saber de inmediato, razón por la cual propongo que los términos que establece nuestro Código Civil sean reducidos a la mitad, ya que para el caso de las medidas preventivas, los edictos que se harán del conocimiento de los Cónsules mexicanos en el extranjero, pueden ser contestados casi de inmediato, con la información que, como ya lo dije se genera día a día, con las personas que cruzan ilegalmente el país hacia el norte, y lo mismo ocurre hacia cualquier otra frontera, ya sea, legal o ilegalmente, puesto que hasta aquí he planteado el hecho de salir de forma irregular, pero obviamente están aquellos que salen al extranjero en forma legal, y que por lo tanto se tiene localizada su ubicación, o cuando menos el último lugar en donde al través de sus documentos fueron controlados.

Es importante el término, ya que cuando el presunto ausente tiene hijos menores que estén bajo su patria potestad, y no hay ascendientes que deban ejercerla, ni tutor testamentario ni legítimo, para cualquier gestión que le competa, en ejercicio de la patria potestad tiene que ser solicitada al Ministerio Público la designación de tutor y esta designación se debe hacer de manera preventiva, y generalmente para concluir con este trámite, que sigue siendo provisional, se enfrentan problemas que en algunos casos cuando la solu-

ción llega, ya son extemporáneos, como pudiera ser el caso de una beca para un estudiante menor de edad en el extranjero y al no contar oportunamente con el tutor que lo represente o autorice su salida del país, pierde la oportunidad de aprovechar la beca. Igual puede suceder en caso de que resultara beneficiado con una herencia o legado, de la cual no pudiera disponer, de sus beneficios con oportunidad.

Pasando al capítulo de la Declaración de Ausencia en que los términos son mucho mayores, encontramos que los beneficios que pudieran tener los hijos menores y beneficiarios de un Seguro, de estudios, de atención a su salud, quedan sin aprovecharse, porque los términos para contar con la Declaración de Ausencia son excesivos.

Está la hipótesis del cónyuge que queda sólo, también se le limita para contraer nuevas nupcias, con las cuales, en muchos de los casos pueden contribuir nuevamente, como ya lo señalé a apoyar a los hijos menores en su subsistencia, educación, salud, etc...

Si los términos se reducen también para el caso de que el presunto ausente cuente con bienes, se proceda a recibir los beneficios de la sucesión, ya que de cualquier manera, está perfectamente cubierto y previsto por nuestra legislación, que si llegare a aparecer el ausente, las cosas volverán a quedar prácticamente como las dejó, si no es que mejor, ya que mientras estuvo ausente, fueron administradas, ya que de otra manera, abandonadas y al olvido, o pudieran haberse también perdido para el presunto ausente.

Finalmente está la presunción de muerte, la cual considero que en esta época, en que como ya he insistido los medios de comunicación están al alcan-

ce de todos, a cualquier parte del mundo, con los términos reducidos a la mitad, es más que suficiente para que se pueda, en su caso, presumir la muerte de alguna persona cuyo paradero se desconoce desde hace algún tiempo razonable.

5.2 ADICIONES A LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

No obstante que como ya lo señalé en el análisis efectuado en el capítulo anterior a la Ley Federal del Trabajo, este instrumento contiene disposiciones que han servido de modelo en el campo jurídico porque se protege al trabajo y a su mejor instrumento que es el trabajador, sin embargo, no obstante que igualmente contiene disposiciones encaminadas a garantizar su vida, su salud y la de su familia, no existe disposición alguna que siquiera mencione la presunción de ausencia, razón por la cual considero que debe de adicionarse.

Es indispensable que se incluya un capítulo complementario a las disposiciones previstas en el Código Civil para el Distrito federal y sus correspondientes en los Estados de la República, en materia de ausencia, para que los beneficiarios del trabajador, puedan ser efectivamente eso, **BENEFICIARIOS**, es decir que todas las prestaciones a que tienen derecho y que son extensivas a su familia, puedan hacerse valer cuando exista la presunción de ausencia del trabajador, considerando que también aquí debe haber un período de previsión y uno definitivo, incluso prever, porqué no, la reaparición del ausente, el cual podrá, si su ausencia se justifica, recuperar su trabajo, y que le sea respetada su antigüedad.

Es indispensable pues, que en materia laboral se cuente con disposiciones sobre la declaración de ausencia y presunción de muerte para que sus beneficiarios puedan deducir las acciones jurídicas que provienen de un contrato de trabajo como puede ser el caso de la indemnización por causa de muerte,

para el caso de que en un accidente de trabajo, entendiéndose como tal el traslado de su domicilio al mismo, o en un lugar distante e insalubre, como una mina, la perforación de pozos petroleros en plataformas marinas, la construcción de caminos y puentes en zonas remotas y de alto riesgo etc., ya que no podemos soslayar los trabajos con alto grado de riesgo y dificultad.

5.3 ADICIONES A LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO.

Cuando hice el análisis de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, concretamente al artículo 80 que se refiere a algún pensionista que desaparezca de su domicilio , sin que se tengan noticias de su paradero, sus familiares o derechohabientes podrán disfrutar de la pensión con carácter provisional, siguiendo para tal efecto los lineamientos previstos en el propio ordenamiento, destacando que es ésta la única Ley, además del Código Civil vigente para el Distrito Federal y sus Correlativos, en la República Mexicana la que se refiere al "AUSENTE", , pero lo hace exclusivamente para el caso del 114 pensionista, los cuales en su mayoría son gente mayor, o con problemas de salud por incapacidad total permanente, y que en la mayoría de los casos presentan por su misma condición alguna deficiencia de tipo mental, es decir que no tienen consigo todas sus facultades y pueden extraviarse o bien acabar sus días en la vía pública o algún otro sitio con el carácter de desconocidos, destacando que al igual que el Código Civil, autoriza a sus beneficiarios a disfrutar de los, valga redundancia, beneficios de manera Provisional.

No obstante lo anterior considero que ya que este cuerpo legal se ocupa del presunto ausente, lo debe hacer no nada más para el Pensionista, sino que debe hacerlo extensivo al Trabajador en Activo, que por causas de trabajo,

sin que esto implique alguno de las consideradas como riesgo de trabajo, sufra algún accidente durante el traslado a una comisión, sin que repito, por ello la comisión implique algún peligro, salvo aquellos a los que estamos sujetos todos los individuos que usemos cualquier medio de transporte, y que por la naturaleza del propio accidente no se pueda llevar al cabo su identificación .

Si se adicionará la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del estado incluyendo a los trabajadores en activo, sugiero que las adiciones se hagan a todos los capítulos en que se incluyan prestaciones o beneficios para los casos de muerte, como lo prevé el mencionado artículo 80 para la desaparición del pensionado, para los beneficiarios del "Ausente" que haya estado en activo.

Quisiera proponer en este trabajo la adición al artículo 32 que se refiere a la Conservación de derechos y que a la letra dice:

" Art. 32.- El Trabajador dado de baja por cese, renuncia, terminación de la obra o del tiempo para los cuales haya sido designado, pero que hay prestado servicios ininterrumpidos inmediatamente antes de la separación durante un mínimo de seis meses, conservará en los dos meses siguientes a la misma, el derecho a recibir las prestaciones establecidas en el capítulo anterior. Del mismo derecho disfrutarán en lo que proceda, sus familiares derecho habientes."

Agregándole al texto transcrito lo siguiente:

"...sus familiares derechohabientes.

Para el caso que el trabajador haya desaparecido de su domicilio por más de dos meses, cuando se trasladaba a una comisión, sin que se tengan noticias de su paradero y el medio de transporte que supuestamente utilizó para trasladarse a la misma haya sufrido un accidente, sus familiares derechohabientes disfrutarán de las prestaciones establecida en el capítulo anterior."

Igualmente propongo adicionar el artículo 42 del citado ordenamiento en su parte general que a la letra dice:

"Art. 42.- Cuando fallezca un pensionado por incapacidad permanente, total o parcial, se aplicarán las siguientes reglas : ...(in fine)."

para que pudiera como a continuación propongo:

"Art. 42.- Cuando fallezca un pensionado por incapacidad permanente total o parcial o bien algún trabajador haya desaparecido de su domicilio por más de dos meses, cuando se trasladaba a una comisión, sin que se tengan noticias de su paradero y el medio de transporte que supuestamente utilizó para trasladarse a la misma haya sufrido un accidente, se aplicarán las siguientes reglas: .. "

Así pues si se adicionan los artículos precedentes, para ser equitativos deberá adicionarse igualmente el artículo 54 que se refiere a que el trabajador o sus familiares para que puedan disfrutar de la pensión a la que tienen derecho, deberán cubrir al Instituto los adeudos que el trabajador tuviere en el momento de dar lugar a la pensión, es decir incluir para el caso a los familiares derechohabientes del presunto ausente, deberán en su caso cumplir con el mismo requisito.

Así también el artículo 48 del ordenamiento en comento, se refiere al derecho a las pensiones de cualquier naturaleza que tengan el trabajador o sus familiares derechohabientes, siempre que satisfagan los requisitos que la propia Ley señala.

Estas dos últimas disposiciones no se hace necesario modificarlas o adicionarlas, ya que por su misma naturaleza, de contemplar normas generales, en caso de efectuarse las adiciones que propongo, serán consecuentemente aplicables.

Finalmente y para ser congruente con lo ya dispuesto para el pensionista desaparecido en el artículo 80 de la Ley, a la que estoy proponiendo adiciones considero muy conveniente que diga:

" Art. 80.- Si un pensionista o trabajador en activo comisionado y que presumiblemente haya sufrido un accidente, desaparece de su domicilio....(in fine)".

Con estas adiciones puede tenerse la confianza de que los familiares derechohabientes de un trabajador al Servicio del estado que presumiblemente haya desaparecido sin dejar huella, o que si sufrió algún accidente cuando se disponía a cumplir con una comisión, no queden desprotegidos y disfruten de los beneficios a que tienen derecho sobre todo para el caso de los menores hijos y del cónyuge presente, sobre todo en materia de salud. Esto simplifica el procedimiento previsto por el Código Civil para llegar finalmente a la presunción de muerte y hasta entonces, y eso estaría por verse, se podrían reclamar algunos derechos, sin embargo en los términos en que actualmente lo prevé la Ley del ISSSTE, esto no es posible, ya que cuando se refiere a la conservación de derechos, lo hace únicamente por dos meses a partir del

momento en que cese la relación laboral, sea cual fuere la causa, y no prevé la ausencia.

Es evidente que mi propósito está definitivamente encaminado a proteger a la principal célula de la sociedad que es la familia, constituida ésta por los padres y los hijos, quienes requieren de los beneficios que por Ley les corresponden a sus padres y que por razones de lagunas en algunas disposiciones legales, quedan desprotegidos y pierden cuantos beneficios podrían tener.

5.4 ADICIONES Y/O MODIFICACIONES A LA LEY DEL SEGURO SOCIAL.

Es un hecho que en este momento, que podríamos definir como político de nuestro país se han tomado medidas encaminadas a mejorar las condiciones económicas y sociales del pueblo mexicano, razón por la cual se ha dado giros muy importantes en el terreno de la Seguridad Social, y las reformas a la Ley del Seguro Social han estado encaminadas a cubrir estos aspectos, y las cuales por no ser materia de este trabajo no abordo, sin embargo considero que los Legisladores se han olvidado de este punto tan importante, ya que como lo señalé en su oportunidad este conjunto de disposiciones han olvidado totalmente la situación en la que quedan los familiares derechohabientes de un trabajador que desaparece.

He señalado hasta la saciedad que este aspecto no ha sido contemplado a excepción de la Ley del ISSSTE, por ninguna otra que tutele los derechos de las personas y la Ley del Seguro Social no es una excepción.

Considero que dada la importancia que esto representa debe adicionarse con un capítulo completo en el que se haga la referencia a la hipótesis del trabajador que en camino a su trabajo o de regreso sufra u accidente que no le permita ser identificado y pase por ausente, no pretendo perderme en todas las hipótesis que sobre el particular pudieran surgir, sino que lo resumo en un trabajador presuntamente ausente, puedan sus familiares derechohabientes hacer gestiones ante el Instituto Mexicano del Seguro Social para continuar con las prestaciones a que tienen derecho si en el caso, se hubiera podido probar la muerte del trabajador.

5.5 ADICIONES Y/O MODIFICACIONES A LAS DEMÁS DISPOSICIONES CONEXAS.

El título III de la Ley Sobre el Contrato de Seguro Se refiere a las disposiciones especiales del contrato de seguro sobre las personas y establece que dicho contrato comprende todos los riesgos que puedan afectar a la persona del asegurado entre otros en su existencia.

Indica el citado ordenamiento que la póliza del seguro sobre las personas, además de contener: los nombres, domicilios de los contratantes y firma de la empresa aseguradora; la designación de la cosa o de la persona asegurada; la naturaleza de los riesgos garantizados; el momento a partir del cual se garantiza el riesgo y la duración de esta garantía y la cuota o prima del seguro, se debe poner el nombre completo y fecha de nacimiento de la persona o personas sobre quienes recaiga el seguro; el nombre completo del beneficiario si hay alguno determinado; el acontecimiento o el término del cual dependa la exigibilidad de las sumas aseguradas y en su caso, los valores garantizados.

Dicho capítulo contempla también algunos otros aspectos como el de que no podrá ser la póliza al portador, y para la nominativa las condiciones de su transmisión; las características de las designación, el hecho de contar con la autorización del asegurado, así como la exclusión de los menores de doce años o personas sujetas a interdicción y la celebración de seguro recíproco. Igualmente los momentos en que empieza a tener validez e contrato de seguro, la revocación de beneficiario, los efectos legales de designación de beneficiario, la revocación de éste y renuncia a dicha revocación, la sucesión de herederos o causahabientes designados como beneficiarios, la desaparición de alguno cuando hubiere varios beneficiarios, el pago de las primas, etc.,

Sin embargo, esta Ley sobre el Contrato de Seguro que regula precisamente el hecho de que una empresa aseguradora se obliga, mediante el pago de una prima a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse una eventualidad prevista en el Contrato, pero deja abierto a las partes el definir la eventualidad, igualmente como ya se señaló, el artículo 153 en su fracción III habla del Acontecimiento o el término del cual dependa la exigibilidad de las sumas aseguradas, pero nada dice respecto del acontecimiento, es decir, lo deja abierto y el capítulo IV relativo al riesgo y la realización del siniestro tampoco establece el tipo de riesgo, es decir que en todo el cuerpo de la Ley, no se define, e insisto que se deja libremente al acuerdo de las partes, y de hecho sólo señala el perfeccionamiento del contrato con la aceptación de las partes al través de la póliza y los obliga a que el contenido de la póliza o sus modificaciones concuerden con la oferta hecha por la empresa aseguradora obligando a insertar esta última parte textualmente en la póliza.

De lo expuesto podemos concluir que queda al arbitrio de las partes el determinar los riesgos, pudiendo éstos ser tantos como ellos lo pacten, sin embargo, es un hecho que hasta este momento no existe ninguna compañía de Seguros que tenga contemplado como riesgo, para el seguro de vida, la

DECLARACIÓN DE AUSENCIA, COMO EQUIPARABLE A LA MUERTE, por lo que si este trabajo ha estado encaminado a proteger a los beneficiarios del AUSENTE, se hace indispensable que la Ley en cita adicione sus disposiciones con un artículo en el que obligue a las compañías de seguros a equiparar la muerte a la declaración formal, o mejor dicho judicial de ausencia, con el único propósito de que los beneficiarios de un asegurado que ha desaparecido en las circunstancias que el Código Civil prevé para ser declarado ausente, puedan recibir los beneficios de un seguro de Vida, cuando también se han cubierto los requisitos indispensables para hacerla efectiva, como lo es el hecho de tener cubiertas puntualmente las primas contratadas, y que la declaración de ausencia sea considerada como la eventualidad de muerte.

Es decir que cualquier beneficiario de un Seguro de Vida, que tenga o no derecho a otros bienes, pero sí la certeza de la existencia de un seguro de vida en su favor, de parte de un asegurado que ha desaparecido, pueda seguir el procedimiento de Presunción de ausencia, declaración de ausencia y finalmente la presunción de muerte, para hacer efectivo el Seguro, y que la empresa aseguradora respete, los plazos de pago de prima hasta el momento en que el asegurado desaparezca, contemplando a su vez, el hecho de que si aparece, se le reintegre el importe del seguro pagado, y si no aparece y se obtiene la presunción de muerte, los beneficiarios no se vean obligados a pagar las primas por todo el tiempo que dure este procedimiento, ya que de ser así podría verse afectado el importe del seguro, que quizá podría llegar a ser mayor el importe de las primas, que el del seguro mismo.

BIBLIOGRAFÍA

- CASTÁN TOBEÑAS JOSÉ.-** "Derecho Civil Español Común y Foral.- Editorial Reus, Madrid. 1943.
- COLIN, AMBROSIE Y
CAPITANT H..-** "Curso Elemental de Derecho Civil".- Madrid 1952.
- CORRIPIO FERNANDO.-** " Diccionario de Ideas Afines".- Editorial Herder, Barcelona, 1994.
- COSSIO CARLOS.-** "Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.
- DIAZ GUILLERMO.-** "La Ausencia con presunción de fallecimiento y la disolución del matrimonio" .- 1948.
- DUGUIT LEON.-** "Traité de Droit Constituionnel".- 2a. Edición. 1921
- GARCÍA MAYNEZ
EDUARDO.-** "Introducción al estudio del Derecho".- Editorial Porrúa, 1960
- GARCÍA TRINIDAD.-** "Apuntes de Introducción al estudio del Derecho".- Editorial Porrúa, 1966.

GOMEZ LARA CIPRIANO.- "Teoría General del Proceso".- Editorial UNAM, 1980.

MATEOS ALARCÓN MANUEL.- "Lecciones de Derecho Civil"

MATEOS ALARCÓN MANUEL.- "Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal de 1885-1896.

MAZEAUD CHAVAS.- "Lecciones de Derecho Civil". Editions Montchrestien, Paris 1955

ORTÍZ URQUIDI RAÚL.- "Derecho Civil".- Editorial Porrúa, 1977.

PLANIOL MARCEL.- "Tratado Elemental de Derecho Civil".- Editorial Cajica, Puebla 1946.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- "Compendio de Derecho Civil.- Editorial Antigua Librería Robredo, 1962

**SERRANO Y SERRANO .
IGNACIO.-** "La Ausencia en el Derecho Español".- Talleres Tipográficos "Cuesta", Valladolid, 1920.

**VALVERDE Y VALVERDE
CALIXTO.-** "Tratado de Derecho Civil Español." Madrid

LEGISLACIÓN CONSULTADA:

- **CD-ROM.-** Poder Judicial de la Federación junio de 1993.
- **CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**
- **CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO**
- **DOCUMENTO 1610.-** Acta final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Declaración de Fallecimiento de Personas desaparecidas.
- **LEY FEDERAL DEL TRABAJO**
- **LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO**
- **LEY DEL SEGURO SOCIAL**
- **LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS**