

763



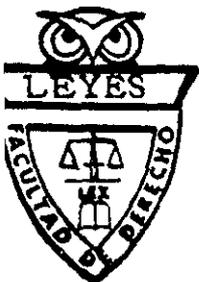
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA PRESUNCION DE MUERTE COMO MEDIO DE
RESTRICCION DE LA CAPACIDAD JURIDICA.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ARTURO RANGEL LOPEZ

ASESOR: LIC CALIXTO CÁMARA LEÓN



MEXICO, D. F.

JUNIO DEL 2001

293672



Universidad Nacional
Autónoma de México



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

Agradecimientos

A mis padres, Ofelia y Leonardo:

Por haberme dado la vida, la confianza depositada y la motivación para la culminación de mis estudios.

A mi esposa, Analilia:

Por haber dado muestras de paciencia, tolerancia y por el gran apoyo que incondicionalmente me ha demostrado.

A mi hija, Brenda:

Por ser mi más grande regalo que la vida me ha brindado ya que con su cariño y amor me siento con fuerzas para lograr las metas propuestas.

A mis hermanos:

Por su consideración, respeto y apoyo sustentado en un buen ambiente familiar.

A mi amigo, Joel:

Por su amistad sincera e incondicional.

A todos aquellos que creyeron en mí:

Mil gracias.

A la Universidad Nacional Autónoma de México:

Por la oportunidad de formarme profesionalmente.

A la Facultad de Derecho:

Por el orgullo de haber estudiado en ella.

A mi asesor, Lic. Calixto Cámara León

Por su dedicación, comentarios y apoyo en el desarrollo de este proyecto.

Indice general

Introducción

Capítulo 1

Antecedentes de la ausencia

- 1.1 Etimología
- 1.2 Conceptuación
- 1.3 Características
- 1.4 Clases de ausencia
- 1.5 El ausente, el no presente y el desaparecido

Capítulo 2

Evolución de la ausencia en nuestra legislación

- 2.1 Análisis comparativo de la legislación
 - Código Civil de 1870
 - Código Civil de 1884
 - Código Civil de 1928

Capítulo 3

Procedimiento para solicitar la declaración de ausencia

- 3.1 Declaración de ausencia en nuestro derecho positivo
- 3.2 Declaración de ausencia prevista en el Código de Procedimientos Civiles
- 3.3 Medidas provisionales
- 3.4 Efectos de la declaración de ausencia

Capítulo 4

La presunción de muerte y capacidad jurídica del ausente

- 4.1 Presunción de muerte
 - 4.1.1 Efectos jurídicos de la presunción de muerte
 - 4.1.2 Posesión definitiva

- 4.2 Atributos de la personalidad
 - 4.2.1 La capacidad jurídica del ausente
- 4.3 Derechos patrimoniales
 - 4.3.1 Derechos reales
 - 4.3.2 Derechos personales
- 4.4 Derechos familiares
 - 4.4.1 Patria potestad
 - 4.4.2 Matrimonio y Estado Civil
- 4.5 Suspensión y terminación de derechos

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

El tema para el desarrollo de esta tesis, lo escogí pensando en un proyecto legislativo, cuyo objetivo principal, es adicionar la existencia de una salvedad en el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, con relación a la capacidad jurídica de las personas físicas, ya que dicho ordenamiento establece que la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero la figura jurídica denominada declaración de ausencia y presunción de muerte, es considerada desde mi punto de vista, como un medio de restricción de la capacidad jurídica de las personas físicas, ya que modifica, suspende y llega a la extinción del ejercicio de dicha capacidad, traducida ésta como la aptitud de derechos y obligaciones.

La inquietud por demostrar que la ausencia y por consiguiente la presunción de muerte son causas suficientes para suspender, restringir y extinguir la capacidad jurídica de las personas físicas, me llevó al estudio de ésta figura que la ley no considera como una forma excepcional para concluir con derechos adquiridos, pues únicamente reconoce a la muerte como el medio legal para terminar con esa titularidad de derechos y obligaciones.

La ausencia como procedimiento técnico-jurídico se creó para resolver, aunque no en forma definitiva, numerosos problemas que surgen con la desaparición de una persona, relativos a sus bienes, a los derechos de los presuntos herederos, a la situación de su cónyuge, a la protección de los menores y a los acreedores de la persona cuyo paradero se ignora.

Lo que se pretende demostrar con esta investigación, es que la declaración de ausencia y la sentencia que declare la presunción de muerte que cause estado, afecta a la capacidad jurídica de las personas físicas hasta llegar a terminar con derechos de la persona que se encuentra ausente.

Por consiguiente, éste estudio inicia con los antecedentes de la ausencia, desde la etimología hasta la diversidad de concepciones que se han dado en torno a la persona que se encuentra ausente, seguido por el desarrollo de un análisis comparativo de nuestra legislación con la incorporación de ésta figura en el Código Civil de 1870 hasta el Código de 1928 que actualmente nos rige; también se señalan los requisitos y términos que la ley exige para iniciar el procedimiento judicial, así como las etapas del proceso que deberá seguir una persona para solicitar la declaración de ausencia ante las autoridades competentes y los efectos que produce la emisión de una sentencia que declare la presunción de muerte, la afectación en los derechos familiares, hasta la extinción de éstos traducidos en la pérdida de una capacidad jurídica que fue adquirida por el hecho de ser concebido y haber alcanzado la mayoría de edad.

Finalmente, se propone la modificación del artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, donde se adicione un segundo párrafo en el que se exprese una excepción a la regla general, estableciendo que la declaración de presunción de muerte es un medio que termina con la capacidad jurídica de las personas físicas.

Capítulo 1

Antecedentes de la ausencia

1.- Etimología de la ausencia

Etimológicamente, la palabra ausencia proviene del latín *absens-absentis* y se refiere al que está separado de una persona o lugar, en un concepto más limitado, es la condición de una persona cuyo paradero no se conoce.

En el sentido jurídico, la ausencia es la desaparición no un simple alejamiento del domicilio de una persona que ha desaparecido del lugar de residencia, del que no se tienen noticias y por consiguiente su existencia es dudosa¹.

En el lenguaje común, se dice que una persona esta ausente cuando no se encuentra en un lugar determinado, así dentro del lenguaje jurídico esta palabra expresa la incertidumbre que hay en cuanto a la existencia de un ser humano; La ausencia radica cuando un individuo ha desaparecido de su domicilio y respecto del cual no se tiene ninguna noticia desde hace mucho tiempo, por lo que se presupone la ruptura de hecho entre el individuo y el medio social al cual pertenece, de suerte que no se puede decir si actualmente continúa vivo o ha fallecido².

En el derecho romano como fuente generadora del derecho civil moderno, encontramos la tendencia a organizar el sistema del régimen jurídico de tan importante creación, descubriendo que para determinar algunas relaciones jurídicas,

¹.- Mateos Alarcón, Manuel *Estudios Sobre el Código Civil del Distrito Federal*, Tomo I. Librería Valdéz y Cerna, México, 1987, p. 483.

² - Jossierand, Luis. *Derecho Civil*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa, América Buenos Aires, p. 182.

existía únicamente la figura del *curator absentis bonorum* o administrador de los bienes del ausente, mientras no se pudiera probar legalmente su muerte. Así, no existiendo la presunción de muerte motivada por el transcurso del tiempo en los casos de ausencia, el verse privada una persona de ciertos derechos, fue observado por los legisladores, quienes al tomar lo anterior como causa de falta de ejercicio, se hizo necesario la creación de una figura jurídica que previera esta situación.

Durante la edad media, con la integración de los burgos y las villas, entre otros núcleos de población, formados primero por los libertos y más tarde con los siervos que lograban huir del señor feudal sin dejar noticias de sí, para incorporarse a la nueva vida de libertad que aquellos le ofrecían y por otra parte las continuas y constantes guerras religiosas por el dominio territorial, así como los peligros y asechanzas que implicaba, ya sea la presencia de los bandoleros por donde pasaban las caravanas de los comerciantes, o bien las de los piratas que asolaban los mares en persecución de los audaces mercaderes que se aventuraban no sólo a los peligros de la navegación, sino al ataque sorpresivo de los bandoleros, hacen que durante esa época empiece a sentirse la necesidad de reglamentar la institución de la ausencia, apareciendo entonces los glosadores, quienes desenvuelven el sistema de las presunciones considerando muerto al ausente que hubiese cumplido cien años³.

En el antiguo derecho germánico, bajo la influencia del derecho romano, se introdujo el sistema de las presunciones, en el cual se establecía que cuando una persona se ausentaba, debía ponerse en posesión de sus bienes a quienes comprobaban ser sus herederos, con la obligación de restituirlos si el ausente regresaba, no existiendo en dicho derecho la presunción de muerte.

³.- Fong Osio Salazar, Josefina. *Ausencia y Presunción de Muerte*. Tesis UNAM, México 1963, p.133

Posteriormente, en Europa la presunción tenía lugar a los cien años de haber desaparecido el ausente, a los setenta y aún a los treinta años en algunos países, no obstante, ni el derecho francés e italiano admitieron ninguna presunción de muerte cualquiera que fuese el tiempo transcurrido desde su desaparición o últimas noticias del ausente, pero si admitieron el principio germánico de conferir la posesión a los presuntos herederos y es hasta el siglo XVIII, cuando empieza a aplicarse el procedimiento judicial para la declaración de muerte⁴.

La ausencia como institución del derecho, se creó para solucionar esa no presencia e ignorancia del paradero de las personas y evitando los posibles perjuicios sociales que pudieran representar, así la ausencia como institución, carece de precedentes en el derecho romano y patrio, pues no pueden considerarse tales leyes del Digesto y del Código de Justiniano, por referirse a aspectos aislados de la misma, sin coordinación ni enlace, sólo merece citarse que los ausentes, se consideraban presentes para todo lo que les fuera favorable.

Asimismo, los romanos establecieron que el varón ausente podía contraer matrimonio, pero no la mujer y que la prescripción tenía lugar a los diez años entre presentes y a los veinte entre ausentes, entendiéndose como tales los domiciliados en distintas provincias, concedió al ausente el derecho de restitución *in integrum*, equivaliendo en todos los casos a la no presencia y desconoció la presunción de muerte, pues consideraban vivo al ausente mientras no se probase su muerte, cualquiera que fuese el tiempo transcurrido sin tener noticias suyas⁵.

⁴.- Ibidem p. 145

⁵.- Ogayar y Ayllón, Tomás. *La Ausencia en el Derecho Sustantivo y Adjetivo*. Editorial Reus, Madrid, 1936, p.45.

1.2 Conceptuación de la ausencia

Del latín *absentia*, ausencia en el concepto jurídico, se dice que es la situación en que se encuentra una persona que ha abandonado el lugar de su residencia ordinaria y que no habiendo constituido apoderado legal, se ignora el lugar donde se halla y no se tienen noticias ciertas de su vida o muerte.

Absencia significa desde el derecho romano la no presencia, es decir, refiriéndose a la persona ausente que no está en su lugar de residencia, el hecho natural comienza con el supuesto de simple alejamiento del sujeto.

La desaparición del lugar habitual, es otro grado del hecho con el que suscitan los elementos psicológicos del concepto integral, la ignorancia del paradero actual, la duda sobre el mismo, la carencia de noticias y asimismo, la incertidumbre sobre el domicilio, residencia o habitación, engendran a su vez la lógica duda sobre la propia existencia de la persona ausente, lo que da origen en última instancia, a la presunción legal de la muerte.

La doctrina contemporánea distingue el concepto de la no presencia del técnico de ausencia, ya que este último se integraría con las siguientes notas conceptuales, como son la no presencia en determinado lugar, ignorando su paradero, carencia de noticias sobre su domicilio, aun dentro de la misma ciudad, e incertidumbre sobre la existencia del ausente.

Se discute en doctrina la verdadera naturaleza jurídica de la institución, teniendo en cuenta el hecho mismo de la ausencia, que se relaciona con distintos aspectos de la personalidad humana y actividad jurídica para deducirla, lo cual da origen al problema de protección de los bienes desamparados, como de los derechos

y acciones que deben ejercerse en nombre del ausente, lo que engendra la institución de carácter supletorio que cada legislación debe adaptar a las modalidades de su país⁶.

El sólo hecho de no encontrarse una persona en su domicilio, no basta para que se le considere ausente, desde el punto de vista jurídico, es necesario que la persona no haya dejado quien lo represente, que se ignore su paradero y no se tenga certeza de su existencia o de su fallecimiento, lo que caracteriza a la situación de ausencia en ese estado de incertidumbre que se va acentuando cada vez más con el transcurso del tiempo, hasta convertirse en una presunción de muerte⁷.

La ausencia sirve para designar la situación jurídica de una persona que ha desaparecido de su domicilio y cuya existencia es dudosa, advirtiendo que se requieren para su integración dos elementos para que una persona se encuentre en estado de ausencia⁸:

- a) El haber desaparecido de su domicilio
- b) Que halla duda sobre su existencia

Asimismo, se afirma que la ausencia en sentido usual, significa la falta de presencia, es ausente el que no está en el lugar donde tiene su domicilio o donde su presencia es necesaria⁹.

Por lo que se entiende que ausencia, es el hecho jurídico que consiste en la incertidumbre de la existencia y paradero, basada en el transcurso del tiempo y en la falta de noticias confirmada por una resolución judicial¹⁰.

⁶.- *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo I, Buenos Aires. 1936, p. 1033

⁷.- Eschriche, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, México 1974, p. 1543.

⁸.- Boncasse, Julián. *Elementos del Derecho Civil*, Editorial José María Cajica, Tomo I, Madrid 1945, p. 313

Considerando la opinión de los diversos juristas, podría decir que la ausencia es la no presencia de una persona de la cual se desconoce su paradero y no se tienen noticias de su existencia en un lapso de tiempo.

Es importante señalar el domicilio como un elemento principal de la ausencia, ya que individualiza a la persona desde el punto de vista territorial, la une respecto de la vida jurídica a un lugar determinado, entre otros términos el domicilio reduce al individuo a un lugar determinado jurídica y socialmente.

El domicilio es considerado por el jurista Asencio F. Chávez, en un verdadero sentido jurídico, como una relación de derecho que obligatoriamente liga a una persona con un lugar preciso del territorio, en el cual se considera que se halla siempre¹¹.

1.3 Características de la ausencia

La concepción jurídica de la ausencia, ya sea que se trate de una situación o estado relativo que parte del desconocimiento del lugar donde se encuentra el sujeto y de si vive o ha muerto, es decir, que el contenido técnico-jurídico del término ausencia se encuentra integrado por conceptos, ideas o juicios fundamentales subjetivos, en virtud de que los hechos son independientes del conocimiento, creencia o sentimiento que de los mismos podemos tener, la prolongación del estado de incertidumbre da lugar a distinguir tres períodos de la ausencia, siendo la idea predominante para establecer dicho estudio, el tiempo que al transcurrir regula los efectos de la ausencia acentuándolos de la siguiente forma:

⁹.- Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español. Común y Foral*. Tomo I. Editorial Reus, Madrid 1963 p. 112

¹⁰.-De Pina , Rafael *Derecho Civil Mexicano*. Tomo I. Editorial Porrúa, México 1983. p. 74

¹¹.- F. Chávez , Asencio Manuel. *La familia en el Derecho*. Editorial Porrúa, Mexico. 1996, p.517.

- 1° Predomina la idea de la vida sobre la muerte
- 2° Predomina la idea de la posibilidad de la muerte
- 3° La posibilidad del fallecimiento del ausente es mayor

La mayoría de los tratadistas han hecho la graduación de la ausencia al reconocer tres situaciones distintas, tres períodos por razón del tiempo, que pueden clasificarse en:

- a) ausencia presunta
- b) ausencia declarada
- c) presunción de muerte.

Tomando en cuenta la ausencia como institución del derecho que se caracteriza por la no presencia, falta de conocimiento o desaparición de una persona, es determinante establecer las diferencias que existen entre estas acepciones que en un momento dado podrían parecer similares, pero con una terminología diversa, mismas que se desarrollan en los siguientes temas.

1.4 Clases de ausencia

La Real Academia Española, define el término de ausencia, haciéndola derivar de la palabra latina *absentia*, que implica la idea de ausentarse, es decir, "la acción y efecto de ausentarse, de encontrarse ausente", idea que hace provenir de la raíz latina *absens*, *absens-entis* que es el pasado participio de *abesse* y significa estar ausente.

Se considera que hay dos clases de ausencia, a saber:

- 1) Del que se haya fuera de su domicilio, sabiendo con certeza de su existencia y
- 2) Del que se haya fuera de su domicilio desconociéndose su paradero y su existencia.

Nuestro derecho ha tomado un concepto como otro, es decir, tanto el concepto del no presente como el del ausente propiamente dicho; el concepto de ausencia nos lo da igualmente la ley, una vez que se han llenado una serie de requisitos que la misma establece, para que la persona pueda ser jurídicamente ausente en los términos del Código Civil.

El término corresponde a las ideas originales relacionadas con la falta, carencia, privación o no presencia de las personas o cosas, pero al ser utilizado en la vida práctica, con la actividad subjetiva, carece y se desarrolla adquiriendo una extensión mayor, misma que se utiliza para expresar no solamente que las personas o cosas no se encuentran en el lugar del que habla el contenido objetivo del término, sino que éste, el sujeto, en forma figurada no las contiene, ni representa en su pensamiento o tiene dudas acerca de su propia existencia.

En las relaciones jurídicas, implica una condición subjetiva legal o estado de derecho de una persona, que no hallándose presente en el lugar de su domicilio o residencia, ha dejado abandonados sus negocios, asuntos familiares y aún compromisos del orden social, sin dejar apoderado o representante legal alguno, a lo anterior hay que añadir con relación al ausente, que existe un desconocimiento de las circunstancias de su vida, del sitio o lugar donde se encuentre y de si vive o ha fallecido, en virtud de no haberse comunicado con sus familiares, amigos o conocidos, desde que tuvo lugar su partida y sin dar noticias suyas con posterioridad y el mismo diccionario expresa que ausente se dice del que esta separado de alguien o alejado de un lugar, especialmente del punto de residencia.

Ahora bien, la falta de presencia, este alejamiento del domicilio o residencia habitual, no constituyen una ausencia como tal, ya que para la mayoría de las legislaciones solo ignorado su paradero, da lugar a un estado civil especial y produce efectos jurídicos.

1.5 El ausente, el no presente y el desaparecido

Indudablemente, en este campo se presentan algunas situaciones que son designadas con diferente terminología, tres estados en los que los individuos se pueden colocar en cuanto a ausencia se refiere¹².

El ausente.- Es aquella persona que ha desaparecido, cuya existencia no es posible establecer por ningún hecho, por lo que se desconoce si aún vive o ha muerto, prevaleciendo la idea de incertidumbre que constituye el elemento integrante de ésta figura.

El no presente.- Es aquel individuo que se encuentra alejado de un lugar determinado, pero sobre su existencia no hay dudas serias, se considera como el individuo que no está actualmente en su domicilio o en cualquier otro lugar donde su presencia es necesaria, la situación del sujeto es eminentemente objetiva, toda vez que la persona, aunque no está materialmente en un momento determinado y en un preciso lugar, no se ignora su paradero y se tiene la certeza de su existencia, más aún si dejó representante legítimo que a los ojos de la ley se le reputa presente para todos los efectos jurídicos.

¹².- Ripert, Jorge y Planiol, Marcelo. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo I., Editorial Cultural, La Habana 1927, p.762.

El desaparecido- Es aquel que se le ha cesado de vérselo a partir de un accidente o catástrofe, en el cual la certeza de su fallecimiento es mayor que en el caso de los ausentes, en virtud de que por las circunstancias de su desaparición, se supone fundamentalmente su deceso, aunque vuelve a repetirse la incertidumbre por la falta de cadáver.

Si una persona desaparece de su domicilio en circunstancias normales y no da noticias de su paradero ni de su existencia, se le califica de ausente, precisamente por la incertidumbre que en torno a la misma existe, pero si esa persona emprende un viaje y en el buque en que navega naufraga estando aquella a bordo, sin tenerse después noticias suyas, la calificación propia y adecuada es la de desaparecida, por que existen grandes probabilidades de que encontró la muerte en el siniestro marítimo, pudiendo aplicarse la conocida frase de Napoleón: "Se puede decir de este hombre que ha desaparecido, no se puede decir que está ausente". Esta distinción esta consagrada y reconocida en los Códigos de Alemania, Suiza, Austria, China, República Argentina y recientemente en nuestro país, entre otros.

Cuando una persona se ausenta de su domicilio y se conoce el lugar de su nueva residencia y su existencia, no crea ningún estado jurídico, ni el legislador tienen porque intervenir, pues sería una injerencia extraña y atentaría su libertad y sus derechos *sin el consentimiento del ausente*.

Por espíritu de equidad, se han establecido algunas reglas en beneficio de los que se encuentren en tal situación, como por ejemplo, la prescripción entre ausentes, distinta a las fijadas para la prescripción entre presentes¹³.

¹³.- Ogayar y Ayllón, Tomas, Op. cit. p 254

Capítulo 2

2.1 Evolución de la ausencia en nuestra legislación

Análisis comparativo de la ausencia, comprendida en los Códigos Civiles de 1870 a 1928.

Una vez definida que es la ausencia, considerada como el principio básico de un proceso jurídico y fundamental en el desarrollo de este proyecto, el cual nos llevará a la culminación con una sentencia definitiva que declare la presunción de muerte, consideré importante hacer un análisis comparativo de la legislación donde se visualice la trayectoria de la ley, iniciando con la ausencia plasmada en el Código Civil de 1870, en su Título décimo tercero, la derogación y promulgación de nuevos artículos en el entorno de esta figura, pasando por el Código de 1884, en su Título duodécimo, el cual retoma muchos de los preceptos establecidos, finalizando con el Código Civil de 1928, en su Título undécimo, a través del cual se modifican y derogan diversos artículos.

De las medidas provisionales en caso de ausencia.

El artículo 697 del Código Civil de 1870, establecía que cuando una persona haya desaparecido y se ignore donde se halle y quien la represente, el juez a petición de parte, o de oficio, le nombrará un procurador, la citará por edictos publicados en los principales periódicos en la República señalándole que se presente, en un término que no bajará de tres meses ni pasará de seis; y dictará las providencias necesarias

para asegurar los bienes. El artículo 599 del Código de 1884, retoma la redacción anterior, con la diferencia que ya no le denominó procurador a la persona que nombrará para el aseguramiento de los bienes del ausente, sino depositario, así como también el Código Civil de 1928 en su artículo 649, renombra depositario al procurador, señalando que se le citará por edictos publicados en los principales periódicos de su último domicilio, modificando el término, el cual establece que no bajará de tres meses ni pasará de seis.

Los edictos a que se refiere el artículo 698 del Código Civil de 1870, deberán ser publicados remitiéndose copias a los cónsules mexicanos en el extranjero, a fin de que se le den publicidad de la manera que crean conveniente. Sin embargo, el Código Civil de 1928, en su artículo 650, agrega al párrafo anterior: aquellos sitios o lugares del extranjero en que se pueden presumir que se encuentre el ausente.

Las funciones del procurador establecidas en el artículo 700 del Código Civil de 1870, se limitan a conservar los bienes, haciendo referencia al cobro de rentas y réditos, así como otras gestiones urgentes, pero el Código de 1884 en su artículo 602, agrega que las obligaciones y facultades del depositario serán las que la ley asigna a los depositarios judiciales, sin embargo, el Código de 1928, además señala en su artículo 653, las facultades y obligaciones de aquellos que pueden ser nombrados como depositarios.

Dentro del artículo 704 del Código Civil del 1870, se habla del cónyuge ausente, el cual será representado por el presente, los ascendientes por los descendientes, y éstos por aquellos, pareciendo un juego de palabras, pero con un significado muy específico, ya que la persona que se encontraba ausente en ese momento podía ser representado por aquel familiar que estuviera presente, así como los ascendientes por los descendientes y viceversa, sin embargo, el Código

Civil de 1928, deroga lo anterior y establece que el nombramiento de representante seguirá el orden de acuerdo con lo establecido para el depositario.

Si el cónyuge ausente fuere casado en segundas nupcias, y hubiere hijos de matrimonios anteriores, el juez dispondrá, que el cónyuge presente y los hijos del matrimonio o matrimonios anteriores nombrarán de común acuerdo al representante; más si no estuvieren conformes el juez lo hará.

El artículo 658 del Código Civil de 1928, agrega a este precepto lo relacionado con sus legítimos representantes, los cuales podrán en su caso nombrar de acuerdo el depositario representante; más si no estuvieren conformes, el juez lo nombrará libremente de entre las personas designadas.

Al referirse a los representantes de ausente, el Código Civil de 1928, en su artículo 660, retoma literalmente la esencia del artículo 707 del Código Civil de 1880, agregando una limitante para el representante, señalando que no entrará en la administración de los bienes sin que previamente forme inventario y avalúo de ellos, y si dentro del término de un mes no presta la caución correspondiente, se nombrará otro representante.

Por otra parte el Código Civil de 1870, en su artículo 709 establecía que no pueden ser representantes de un ausente los que no pueden ser tutores, a excepción de la mujer y la madre, sin embargo, el Código Civil de 1928 modifica éste precepto mediante su artículo 662, eliminando la excepción de la mujer y la madre quienes podían ser representantes del ausente, agregando que no pueden ser representantes de un ausente, los que no pueden ser tutores.

Dentro del tiempo establecido para la publicación de los edictos también hay modificaciones, ya que el Código Civil de 1870, en su artículo 714 establecía que éstos se publicarían por tres meses, con intervalo de quince días, en los principales periódicos de la República; y se remitirán a los cónsules; y el Código Civil del 1928 en su artículo 667, reduce el tiempo para su publicación, estableciendo que éstos se harán por dos meses en los principales periódicos del último domicilio y se remitirán a los cónsules.

De la declaración de ausencia

El plazo para solicitar la declaración de ausencia establecida en su artículo 716 del Código Civil de 1870, es a partir de cinco años desde el día en que es nombrado el representante, para que hubiera acción y pedir la declaración de ausencia, asimismo, el artículo 669 del Código Civil de 1928, señala que pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia, con esto se denota una reducción por parte de la ley de tres años para solicitar dicha declaración.

Sin embargo, en el caso de que el ausente haya dejado o nombrado apoderado general para la administración de sus bienes, no podrá pedirse la declaración de ausencia sino pasados diez años, que se contarán desde la desaparición del ausente, si en ese período no se tuvieren noticias suyas o desde la fecha en que se haya tenido las últimas, según lo establecía el artículo 717 del Código Civil de 1870, no obstante, el Código Civil de 1928, modificó dicho artículo, reduciendo el plazo señalado, el cual estableció que no podrá pedirse la declaración de ausencia sino pasados tres años y no diez como anteriormente se había establecido.

Con relación a la forma en que pueden solicitar el Ministerio Público y las personas designadas, que el apoderado garantice en los términos que deba hacerlo el representante, el Código Civil de 1870 en su artículo 719, establecía un término de cinco años, posteriormente el Código Civil de 1928, en su artículo 672 reduce este término a dos años para solicitar dicha garantía, el cual si no lo hiciera, se nombrará un nuevo representante.

El Código Civil de 1870, hace referencia en su artículo 720, al apoderado, el cual si no quiere o no puede dar la garantía, se tendrá por terminado el poder y se procederá al nombramiento de representante, sin embargo, el Código Civil de 1928 deroga este precepto.

Para que el juez pudiera declarar la ausencia en forma debían haber pasado seis meses desde la fecha de la última publicación, y no antes, si no hubiere noticias del ausente, ni oposición de algún interesado, sería llevada a cabo dicha declaración, sin embargo, el Código Civil de 1928, en su artículo 675 reduce el término a cuatro meses, el cual será contado desde la última fecha de publicación, para que esta se haga en forma.

La declaración de ausencia se publicará tres veces en los periódicos con intervalos de quince días, remitiéndose a los cónsules como está prevenido respecto a los edictos, ambas publicaciones se repetirán cada cinco años hasta que se declare la presunción de muerte, este precepto era el establecido por el Código Civil de 1870 en su artículo 725; No obstante, el Código Civil de 1928 lo modifica, en relación a la emisión de las publicaciones, las cuales según el artículo 677, tendrán que ser repetidas cada dos años hasta que se declare la presunción de muerte.

El artículo 726 del Código Civil de 1870, establecía que el fallo que se pronunciaba en el juicio de declaración de ausencia, tendría las mismas instancias que el Código de Procedimientos asigne para los negocios de mayor interés, sin embargo, el artículo 678 del Código Civil de 1928, dispone que dicho fallo tendrá los recursos que el Código de Procedimientos asigne a los negocios de mayor interés, sustituyendo la palabra instancias por la de recursos, que desde mi punto de vista es lo correcto.

De los efectos de la declaración de ausencia.

Declarada la ausencia, si hubiere algún testamento cerrado, la persona en cuyo poder se encuentre, lo presentará al juez dentro de quince días contados desde la última publicación, dicho precepto, así lo establecía el Código Civil de 1870 en su artículo 727, sin embargo, el Código Civil de 1928, realiza una reforma al mismo, estableciendo en su artículo 679 que, una vez declarada la ausencia, si hubiere testamento público u ológrafo, la persona en cuyo poder se encuentre lo presentará al juez dentro de los quince días siguientes, contados desde la última publicación, dicha modificación consiste en el cambio de testamento cerrado a público u ológrafo; en este contexto es importante comentar que el testamento público cerrado, es aquel que puede ser escrito por el testador o por persona a su ruego en papel común y que dicho documento, es guardado por el testador, el testamento público abierto, es el otorgado ante notario, en donde el testador expresa su última voluntad de manera clara y terminante, finalmente el testamento ológrafo, es aquel documento escrito por puño y letra del testador, el cual debe ser depositado en el archivo general de notarias.

Por lo anterior, fue reformado el artículo 728 del Código Civil de 1870, el cual establecía que el juez de oficio, o a instancia de cualquiera que se crea interesado en el testamento, abrirá éste en presencia del representante del ausente, con citación de los que promovieron la declaración de ausencia y con las demás solemnidades prescritas para la apertura de los testamentos cerrados.

El artículo 680 del Código Civil de 1928, establece lo relativo al testamento ológrafo, el cual se abrirá en presencia del representante del ausente, con citación de los que promovieron la declaración de ausencia y con las demás solemnidades prescritas.

Los herederos testamentarios y en su defecto los que lo fueren legítimos al tiempo de la desaparición del ausente, o al tiempo en que se hayan recibido las últimas noticias, serán puestos en posesión provisional de los bienes, dando fianza que asegure las resueltas de la administración, si fueren mayores o estuvieren bajo patria potestad o tutela, se procederá conforme a derecho, así el Código Civil de 1928, dispone que las personas que sean puestas en posesión provisional deberán tener capacidad legal para administrar, dando fianza que asegure las resueltas de la administración.

Otro artículo reformado fue el 733 del Código Civil de 1870, en donde se establecía que los herederos que no administren, podrán nombrar un interventor que tendrá las facultades y obligaciones señaladas a los curadores, su honorario será el de estos y se pagará por el que se nombre, sin embargo, el Código Civil de 1884, señalaba que los honorarios del interventor serán de acuerdo a las que fijen los que le nombren y se pagará por éstos.

Con relación a la recuperación de los bienes, cuando el ausente se presente o se prueba su existencia antes de que sea declarada la presunción de su muerte, recobrará éstos, con deducción de la mitad de sus frutos y rentas, que quedarán a beneficio de los que han tenido la posesión, así lo establecía el Código Civil de 1870 en su artículo 745, que es reformado por el Código Civil de 1928 en su artículo 697, el cual establece que si el ausente se presenta o se prueba su existencia antes de que sea declarada la presunción de muerte, recobrará sus bienes, los que han tenido posesión provisional, hacen suyos todos los frutos industriales que hayan hecho producir a éstos y la mitad de los frutos naturales.

De la administración de los bienes del ausente casado

El Código Civil de 1870 en su artículo 746, establecía que la declaración de ausencia no disuelve el vínculo matrimonial; pero interrumpe la sociedad conyugal, sin embargo, el Código Civil de 1928 en su artículo 698, termina con esa excepción, estableciendo que la declaración de ausencia interrumpe la sociedad conyugal, a menos que en la capitulaciones matrimoniales se estipule que continúe.

Declarada la ausencia, se procederá con citación de los herederos presuntivos, al inventario de los bienes y a la separación que de ellos debe hacerse conforme a las capitulaciones matrimoniales, como lo establecía el Código Civil de 1870 en su artículo 747, el cual fue reformado por el de 1928 en su artículo 699, en el cual sustituye la última parte de este párrafo argumentando que una vez levantado el inventario de los bienes, se procederá a la separación que deben corresponder al cónyuge ausente.

El artículo 748 del Código Civil de 1870, establecía que el cónyuge presente recibirá desde luego sus bienes propios y los gananciales que le correspondan hasta el día en que la declaración de ausencia haya causado ejecutoria. De unos y otros podrá disponer libremente, el código de 1928 modifica éste artículo, estableciendo que el cónyuge presente recibirá los bienes propios y los gananciales por los bienes que le correspondan hasta el día en que la declaración haya causado ejecutoria.

El artículo 750 del Código Civil de 1870, establecía que si el cónyuge presente entrare como heredero en la posesión provisional, en el caso previsto en el artículo 745, hará suyos todos los bienes que haya administrado, este artículo es reformado por el Código Civil de 1928, estableciendo que si el cónyuge presente entrare como heredero en la posesión provisional, hace suyos todos los frutos industriales que han hecho producir a esos bienes y la mitad de los frutos naturales y civiles.

Si el cónyuge presente no fuere heredero, ni tuviere bienes propios ni gananciales, continuará la sociedad conyugal si se hubiere estipulado en las capitulaciones; y el cónyuge podrá nombrar un inventor; si no hubiere sociedad, tendrá derecho a alimentos, así lo establecía el artículo 751 del Código Civil de 1870, el cual fue reformado por el Código Civil de 1928 en su artículo 703, estableciendo que si el cónyuge presente no fuere heredero, ni tuviere bienes propios, tendrá derecho a alimentos.

El Código Civil de 1870, establecía en su artículo 752, que si hubiere sociedad, el cónyuge tendrá derecho a la mitad de las utilidades, sin perjuicio de los alimentos, que el juez señalará con audiencia de los herederos, así también el artículo 654 del Código Civil de 1884, retoma dicho precepto sin hacer modificación alguna, pero, no es sino hasta el Código Civil de 1928, donde se deroga dicha disposición.

El artículo 753 establecía que si después de haber sido hecha la declaración de ausencia regresará el cónyuge ausente, quedará restaurada la sociedad conyugal, si ha sido interrumpida, más los gananciales adquiridos serán propios del cónyuge que los adquirió, así lo manifestaba el Código Civil de 1870, sin embargo, este artículo fue reformado por Código Civil de 1928 en su artículo 704, quedando de la manera siguiente: Si el cónyuge ausente regresa o se probare su existencia, quedará restaurada la sociedad conyugal.

Los artículos 754, 755 y 756 del Código Civil de 1870, fueron retomados por el Código Civil de 1884 sin ser modificados, sin embargo, el Código Civil de 1928 los deroga.

Es importante conocer el contenido de los preceptos derogados, en los cuales se establecía lo siguiente:

Artículo 754; Si aún después de hecha la declaración de ausencia, se probare que la muerte del cónyuge fue anterior a ella, sólo hasta la fecha del fallecimiento serán comunes los gananciales; debiéndose devolver a los herederos lo que bajo ese carácter haya recibido de más el cónyuge presente.

Artículo 755; Si durante la ausencia de un cónyuge se ausentará el otro, se procederá respecto de los bienes de éste, conforme a lo dispuesto en el capítulo anterior.

Artículo 756; Si la ausencia de los cónyuges fuere simultánea, se hará la separación de bienes conforme se previene en este capítulo, y se entregarán a los herederos los que respectivamente les corresponda, conforme al artículo anterior.

De la presunción de muerte del ausente

El Código Civil de 1870, establecía en su artículo 757, que cuando hayan transcurrido treinta años desde la declaración de ausencia, el juez a instancia de la parte interesada, declarará la presunción de muerte, mismo que fue derogado por el Código de 1928.

El artículo 758 del Código Civil de 1870, establecía que hecha esta declaración, se abrirá el testamento del ausente, si no estuviere ya publicado conforme al artículo 727, los poseedores provisionales darán cuenta de su administración en los términos prevenidos en el artículo 742, y los herederos y demás interesados entrarán en la posesión definitiva de los bienes sin garantía alguna. Lo anterior fue modificado por el Código de 1928, en su artículo 705, en el cual establece que cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

Asimismo, el artículo 760, fue reformado ya que establecía que si el ausente se presentare o se probare su existencia, después de otorgada la posesión definitiva, éste recobrará sus bienes en el estado en que se hallen, el precio de los enajenados y los que se hubieren adquirido con el mismo precio; pero no podrá reclamar frutos ni rentas; dicho precepto fue modificado por el artículo 707 del Código Civil de 1928, estableciendo que si se llegara a probar la muerte del ausente, la herencia se defiere a los que debieran heredar al tiempo de ella; pero el poseedor o poseedores de los bienes hereditarios, al restituirlos, se reservarán los frutos correspondientes a la época de la posesión provisional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 697, y todos ellos, desde que obtuvieron la posesión definitiva.

Capítulo 3

3. Procedimiento para la declaración de ausencia

Para obtener una sentencia que declare la presunción de muerte de un ausente que cause estado, es necesario conocer las etapas del procedimiento a través de las cuales se desarrolla este proceso jurídico.

Por lo que iniciaré este capítulo retomando la idea de que la institución de ausencia, se refiere a un estado de derecho creado por la desaparición de una persona cuyo paradero se ignora, respecto de la cual no se puede afirmar si vive o ha muerto, por ser desconocidas las circunstancias de su vida misma, desde el momento de su desaparición, no pudiendo en tal supuesto declararse la presunción legal de su muerte, sino después de transcurrido cierto tiempo y con determinadas condiciones que la ley establece; pero por haber ocurrido un naufragio o accidente, perfectamente comprobado por las diligencias instruidas al efecto, existe entonces, un fundamento racional para poder creer y afirmar que la persona de cuya desaparición se trata, fue víctima de la catástrofe o pereció en ella, no habiendo obstáculo legal alguno que impida que se declare la presunción de su muerte y sería en cambio anómalo suponerlo ausente.

3.1 Declaración de ausencia en nuestro derecho positivo

Los lineamientos establecidos en la legislación mexicana desde la vigencia del Código Civil de 1870, hasta el ordenamiento en vigor, determinan en su título undécimo la figura jurídica de este estudio, sorprendiendo que la misma no haya perdido en la actualidad su objetividad, como pudiera haber sucedido si se tomará en cuenta el

tiempo transcurrido, así como las facilidades que la vida moderna brinda al sujeto provocando en éste el deseo de cambiar continua y constantemente.

Nuestra legislación vigente establece la necesidad jurídica de que transcurra un plazo determinado dentro del cual se señalan tres períodos perfectamente delimitados entre sí, tanto por el tiempo de su duración, cuanto por los requisitos de su producción, así como las medidas que deben tomarse para que sus efectos adquieran la firmeza y estabilidad necesaria a las nuevas relaciones jurídicas de su realización.

Esta declaración de ausencia sirve para designar la situación jurídica de una persona que ha desaparecido de su domicilio y sobre cuya existencia se duda, por lo que para que se encuentre en estado de ausencia es indispensable la reunión de dos elementos, que he señalado en el desarrollo del primer capítulo:

Primero.- El haber desaparecido de su domicilio y ;

Segundo.- Que exista duda sobre su existencia.

Dentro del procedimiento para la declaración de ausencia se distinguen tres períodos sucesivos, cada uno de ellos con distintos efectos, aunque vinculados entre sí, clasificándose dichas etapas en:

I.- Presunción de ausencia;

II.- Declaración de ausencia;

A su vez la ausencia declarada, consta de dos fases:

a) La fase de la posesión provisional y;

b) La fase de la posesión definitiva.

III.- Presunción de Muerte;

3.2 Declaración de ausencia prevista en el Código Civil

Para iniciar todo procedimiento, es necesario saber quiénes pueden formar parte en él y quienes pueden emprender el proceso, por lo que una interrogante surgió en el desarrollo de este tema: ¿Quién tiene la consideración de parte interesada en este proceso?; Se han originado una diversidad de criterios sobre quiénes están incluidos en la frase "parte interesada" unos juristas opinan que están comprendidas las personas que pueden iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, otros consideran como parte interesada a aquellas personas que tengan interés en que la autoridad judicial declare, constituya un derecho o imponga una condena, así como los que tengan interés en contrario, puede darse el caso de que estas personas no tengan interés en la presunción de muerte, pero sí algún interés en iniciar un proceso, sin embargo, es requisito indispensable para poder obtener una sentencia definitiva.

Este período se inicia con la denuncia hecha ante la autoridad, acerca de la desaparición de una persona cuyo alejamiento ha hecho surgir la duda, por la falta de conocimiento y noticias referentes a si se encuentra viva o muerta, en virtud de no haber dejado apoderado legal que lo representase.

En caso de que el ausente haya dejado apoderado legal para todos los asuntos relacionados con sus intereses patrimoniales y familiares, se le considera como presente, como lo establece el artículo 648 del Código Civil, en el que señala que cuando una persona se hubiere ausentado del lugar de residencia ordinaria y tuviere apoderado constituido antes o después de su partida, se tendrá como presente para todos los efectos civiles y sus negocios se tratarían con el apoderado hasta donde alcance el poder, por lo que se entiende que el procedimiento para pedir la declaración de ausencia no procedería en el supuesto de que el ausente hubiera

dejado apoderado, ya que legalmente el representante legítimo es igual a la persona representada.

Una vez denunciado el hecho ignorando el lugar donde se encuentre y quien represente a la persona, el juez competente que conoce del asunto a petición de parte o de oficio, deberá dictar las medidas necesarias para asegurar la conservación del patrimonio del ausente, así como aquellas que se estimen convenientes para determinar la certeza del estado de ausencia, nombrando para ello un depositario de sus bienes.

Cuando una persona se ausenta de su domicilio sin dejar a nadie encargado de la administración de sus bienes o habiendo caducado el poder, y no se sabe su paradero, interviene el poder público por medio de la institución competente, o sea, el Juez, para velar por sus derechos e intereses de una manera provisional, en espera de que el ausente regrese o dé noticias de sus existencia, claro es que un requisito indispensable es que no haya dejado apoderado, pues en éste caso ya el ausente ha proveído al cuidado de sus bienes, y no tiene el legislador facultad para inmiscuirse en la esfera privada, en el caso de que haya dejado poder, este comprenderá la administración de los bienes del ausente en su totalidad, pues si sólo se refiere a alguno o a algunos, hay que nombrarle un representante para no dejar los demás bienes abandonados, esto se observará cuando el poder se haya conferido por más de tres años.

Ahora bien, pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia, esta acción sólo compete a los interesados bajo cuyo nombre se comprenden: los presuntos herederos legítimos del ausente, los herederos instituidos en testamento público abierto, y a los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia

del ausente, a favor de quienes nacen derechos ciertos sobre bienes del ausente causados por la alteración de las cosas establecidas, que no se trata de la simple conservación del patrimonio, sino los que tienen para ejercitar su propio derecho, procuran no demorar el ejercicio del mismo.

El artículo 670 del Código Civil establece que para el caso de que el ausente haya dejado o nombrado apoderado general para la administración de sus bienes, como se comentó en los párrafos anteriores, no podrá pedirse la declaración de ausencia, sino pasados tres años que se contarán desde la desaparición del ausente, si en este periodo no se tuvieran algunas noticias suyas, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas.

En mi opinión, es importante considerar la cuestión de qué clase de noticias deben ser las que el Código Civil entiende por “últimas noticias del ausente”, para decirlo con más claridad, son necesarias que las últimas noticias sean directas del ausente o basta las que proporcione algún testigo que asegure haberlo visto, nada dice nuestro Código Civil al respecto, sin embargo, se opina que las noticias deben ser directas en razón del ausente.

El jurista Asencio F. Chávez comenta que el período de la presunción de ausencia normalmente termina con la declaración de ausencia, del cual la desaparición del ausente o sus últimas noticias constituyen el punto de partida de éste y su duración varía según el ausente haya dejado o no procurador.¹⁴

Durante la declaración de ausencia ya no se trata de la simple desaparición del ausente, sino de la ausencia legal propiamente dicha, en la que la presunción de su muerte empieza a vislumbrarse, después de la publicidad hecha al llamamiento

¹⁴ -F. Chávez. Asencio Manuel. *La Familia en el Derecho*. Op. cit. p. 232

judicial, lo que hace presumir que existe el motivo fundado para considerar que aquel ha fallecido, para ello la ley dispone que sólo después de dos años del día en que halla sido nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia, en virtud de que se considera que el plazo ha sido suficiente para que el ausente se presente o de noticias suyas.

Siguiendo con el procedimiento, si el juez encuentra fundada la demanda, dispondrá que se publiquen los edictos durante tres meses con intervalos de quince días en el periódico oficial que corresponda, y en los principales del último domicilio del ausente, además deben remitir copia a los cónsules, así, pasados cuatro meses desde la fecha de la última publicación, si no hubiere noticias del ausente, ni oposición de algún interesado, el juez declarará en forma la ausencia, ésta se publicará en los mismos términos que en el caso de la demanda presentada por los interesados, pero además se enviará copia de la resolución judicial a los cónsules mexicanos de los lugares donde se presume que pueda encontrarse el ausente¹⁵.

Si por el contrario hubiere algunas noticias u oposición, el juez no declarará la ausencia sin que se repitan nuevamente las publicaciones que establece el artículo 674 del Código Civil vigente, y se podrá realizar la averiguación por los medios que el oponente proponga, y por los que el mismo juez crea oportunos.

3.3 Medidas provisionales

Estas medidas tienen dentro del proceso el objetivo principal de salvaguardar el patrimonio del ausente, la protección de sus acreedores y de los que tienen con él intereses comunes: asociados, condueños, etc., socialmente vela por los intereses del

¹⁵ -Eschriche, Joaquín. *Diccionario Razonado de la Legislación y Jurisprudencia*, Op. cit p.187

ausente y de sus causahabientes, en función de los peligros, siempre creciente, que origina para ellos la persistencia de la ausencia, agravada por la probabilidad de la muerte del ausente.

Con la finalidad de proteger los derechos del presunto ausente, así como los de los terceros en relación con este, el juez dictará las medidas provisionales agregando posteriormente un período para la efectiva declaración de ausencia, en cuanto a sus bienes nombrará un depositario de ellos y dictará las medidas necesarias para asegurarlos, por lo que se refiere a los menores si no existe quien ejerza la patria potestad, procederá a nombrar tutor si no hay legítimo o testamentario, vencido el término para que se presente el ausente de 6 a 8 meses, por sí o por representante, el juez lo nombrará a petición de parte interesada o del Ministerio Público, el cual tendrá facultades de administración y representación ¹⁶.

Los herederos testamentarios a los legítimos que lo fueren al tiempo de la desaparición del ausente o al tiempo en que se hubieren recibido las últimas noticias de él, si son capaces para administrar, serán puestos en la posesión provisional de los bienes, mediante fianza que asegure las resultas de la administración. Los menores o incapacitados, entrarán en posesión provisional de los bienes, por medio de quienes sobre ellos ejercen la patria potestad o la tutela. ¹⁷

Dentro de estas medidas se tomarán las siguientes provisiones:

I.- Nombramiento del depositario de los bienes del ausente.

El depositario tendrá la administración de los bienes del ausente, previo inventario, con la obligación de rendir cuentas mensuales y de poner en conocimiento

¹⁶.- Ibidem, p. 195

del juez para recabar su autorización en todas y cada una de las operaciones que realice, el cual podrá ser removido oportunamente si no rinde las cuentas de su gestión u omite informar acerca de su domicilio o el lugar donde se constituya el depósito.

Las diligencias que deben acordarse para asegurar los derechos e intereses del ausente consisten en formar un inventario de todos los bienes que se entreguen; si existen bienes muebles, se dispondrá lo necesario para su custodia y depósito, además se autorizará al nombrado para que represente al ausente en juicio, fuera de él y en todo lo que fuere necesario.

Se podrá nombrar como depositario:

- a).- Al cónyuge del ausente;
- b).- A uno de los hijos mayores de edad que resida en el lugar. Si hubiere varios el juez elegirá al más apto;
- c).- Al ascendiente más próximo en grado al ausente;
- d).- A falta de los anteriores o cuando sea inconveniente que éstos por su notoria o mala conducta o por su ineptitud, sean nombrados depositarios, el juez nombrará al heredero presuntivo y si hubiere varios se observara lo que dispone el artículo 659 del Código Civil vigente.

El artículo 659 del Código Civil establece que a falta del cónyuge, descendientes y ascendientes, será representante el heredero presuntivo, si hubiere varios con igual derecho, ellos mismos elegirán el que debe representarlo, más si no se ponen de acuerdo en la elección, la hará el juez prefiriendo al que tenga más interés en la conservación de los bienes del ausente.

¹⁷.- Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil*, Editorial Porrúa, México 1990, p. 369

Si el cónyuge ausente fuere casado en segundas o ulteriores nupcias, y hubiere hijos del matrimonio o matrimonios anteriores, el juez dispondrá que el cónyuge presente y los hijos del matrimonio o matrimonios anteriores, o sus legítimos representantes en su caso, nombren de acuerdo el depositario representante, más si no estuvieren conformes, el juez lo nombrará libremente de entre las personas designadas.

El representante del ausente es legítimo administrador de los bienes de éste y tiene respecto de ellos, las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores, no entrará a la administración de los bienes sin que previamente forme inventario y avalúo de ellos, y si en el término de un mes no presta la caución correspondiente se nombrará otro representante.

El representante del ausente disfrutará la misma retribución que a los tutores según lo dispuesto en los artículos 585, 586, 587, 1161 del Código Civil para el Distrito Federal.

El tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, el cual podrá fijar el ascendiente y para los tutores legítimos y dativos la fijará el juez; misma que en ningún caso bajará de la retribución del 5%, ni excederá del 10% de las rentas líquidas de dichos bienes, si los bienes del incapacitado tuvieran aumento en sus productos, debido exclusivamente a la industria y diligencia del tutor, tendrá derecho a que se le aumente la remuneración hasta un 20% misma que será calificada por el juez.

Tiene acción para pedir el nombramiento de depositario y/o representante, el Ministerio Público, o cualquiera a quien le interese tratar o litigar con el ausente o defender los intereses de éste¹⁸.

El Ministerio Público y las personas que designa el artículo 673 del Código Civil, pueden pedir que el apoderado garantice, en los mismos términos en que debe hacerlo el representante, si no lo hiciere se nombrará de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 657, 658 y 659.

El Código Civil no fija facultades y obligaciones del representante, pero las relaciona con las facultades y obligaciones de los tutores, por lo que debe el juzgador tener presente las señaladas a éstos para acordar, a su prudente arbitrio, las facultades y deberes precisos: en términos generales, puede decirse que serán las que se deriven de las medidas de aseguramiento adoptadas, y administrar los bienes con la diligencia de un buen padre de familia; atender al cuidado, alimento y educación de los hijos no emancipados, si los tuviere el ausente; llevar cuenta justificada de los gastos e ingresos; rendir cuenta anual al Juzgado, por analogía con lo dispuesto para los tutores.

Las obligaciones y facultades para los depositarios serán las establecidas a los depositarios judiciales, entre otras encontramos la obligación del depositario de recibir la cosa, aun cuando no exista la obligación del depositante de entregarla, ya que precisamente el recibir, conservar y restituir, constituyen la razón misma del depósito.

El depositario tiene la obligación de guardar y conservar la cosa, como lo establece el artículo 2516 del Código Civil para el Distrito Federal, y es responsable de

¹⁸ - *Código Civil para el Distrito Federal*. Editorial Porrúa. México 1997.

los daños y deterioros o pérdidas de la cosa si sobrevienen por su malicia, es decir, por su intención de causar el daño y por su negligencia que es su culpa, esta conservación debe ser según se haya recibido la cosa, es decir conservarla en el estado en que se recibió.

Por último tiene la obligación de restituir la cosa, misma que debe hacerse cuando lo solicite el depositante, asimismo el depositante esta obligado a remunerar al depositario, ya sea en los términos convenidos o a falta de pacto conforme a los usos del lugar en donde se constituye el depósito¹⁹.

Será removido del cargo de representante, el que deba serlo del tutor.

El cargo de representante acaba:

- a).- Con el regreso del ausente.
- b).- Con la presentación del apoderado legítimo.
- c).- Con la muerte del ausente.
- d).- Con la posesión provisional

Una vez que el juez ha dictado las medidas provisionales, se procederá a citar a las personas por medio de edictos que se publicarán en los periódicos del último domicilio del ausente cada año en el día en que corresponda a aquel en el que fue nombrado el representante, se publicarán nuevos edictos llamando al ausente, los cuales se insertarán dos veces con intervalos de quince días durante dos meses, en los principales periódicos del último domicilio del ausente, estas publicaciones se repetirán al año siguiente, en la misma fecha²⁰.

¹⁹ -Zamora y Valencia, Miguel Angel, *Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, México 1997, p. 226.

²⁰ - Escribiche, Joaquín *Diccionario Razonado de la Legislación y Jurisprudencia*, Op. cit. p. 231

Cada año en el día que corresponda a aquel que hubiere sido nombrado el representante, se publicarán nuevos edictos llamando al ausente, en ellos constará, el nombre, el domicilio del representante y el tiempo que falte para que se cumpla con el plazo que señalan los artículos 669 y 670 del citado Código Civil, en su caso, dichos edictos se publicarán por dos meses, con intervalo de quince días, en los principales periódicos del último domicilio del ausente, y se remitirán a los cónsules, por lo que el representante está obligado a promover la publicación de los edictos. La falta de cumplimiento de esta obligación hace responsable al representante, de los daños y perjuicios que se sigan al ausente, y es causa legítima de remoción.

Si cumplido el término del llamamiento, el citado no compareciere por sí, ni por apoderado legítimo, ni por medio de tutor o de pariente que pueda representarlo, se procederá al nombramiento de representante.

El representante del ausente disfrutará de la misma retribución que lo tutores, por lo que no pueden ser representantes de un ausente los que no pueden ser tutores.

No pueden ser tutores:

- Los menores de edad;
- Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela;
- Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;
- Los que, por sentencia que cause ejecutoria, hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo;
- El que haya sido condenado por robo, abuso de confianza, estafa, fraude o delitos contra la honestidad;

- Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido o sean notoriamente de mala conducta;
 - Los que al deferirse la tutela tengan pleito pendiente con el incapacitado;
 - Los deudores del incapacitado en cantidad considerable, a juicio del juez, a no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento;
 - Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de la justicia;
 - El que no este domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela;
 - Los empleados públicos de hacienda que, por razón de su destino, tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto;
 - El que padezca enfermedad crónica contagiosa;
- Los además a quien lo prohíba la ley.

En la administración definitiva de los bienes de los ausentes, cesan las medidas provisionales y empieza la administración de los bienes más extensa y estable que mira principalmente a los derechos de los subordinados a la muerte del ausente. Esta administración se confiere por ley al cónyuge no separado, al padre y en su caso a la madre, a los hijos y a los hermanos.

Cuando recaiga en la mujer del ausente y sea mayor de edad podrá disponer libremente de sus bienes propios, pero se necesitara autorización judicial para permutar o hipotecar los propios del marido y los de la sociedad conyugal, disposición que esta en contradicción, para el caso de la separación de bienes, ya que esta debe decretarse disolviéndose la sociedad de gananciales en el caso de la declaración de ausencia.

Cuando la administración recaiga sobre uno de los hijos y estos sean menores, estos se les proveerá de un tutor, el cual se hará cargo de los bienes con las formalidades legales.

Cuando cese la administración, solo quedan los bienes no los frutos a la disposición de lo que a ellos tengan derecho de reclamarlos:

- 1.- Cuando el ausente aparezca por sí o por apoderado.
- 2.- Cuando se acredite la defunción del ausente y comparezcan sus herederos testamentarios o abintestato
- 3.- Cuando se presente un tercero acreditando, con el correspondiente documento, haber adquirido por compra ú por otro título los bienes del ausente.²¹

Así lo hace nuestro Código Civil en su artículo 649, el cual establece que el juez a petición de parte o de oficio nombrará representante y acordará las diligencias necesarias para asegurar los derechos e intereses del ausente, y señalará las facultades, obligaciones y remuneración de su representante, regulándolas, según las circunstancias.

El artículo 660 del Código Civil establece que el representante del ausente es el legítimo administrador de los bienes de éste y tiene respecto de ellos, las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores.

No entrará a la administración de los bienes sin que previamente forme inventario y avalúo de ellos, y si dentro del término de un mes no presta caución correspondiente, se nombrará otro representante.

²¹ .- Galindo Garfias, Ignacio *Derecho Civil*, Op. cit p. 128

El tutor, antes de que se descierna el cargo, prestará caución para asegurar su manejo. Esta caución consistirá en hipoteca, prenda y fianza, en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos.

El representante ya no va a limitarse a la guarda de los bienes; tiene facultades de representación del ausente y es el legítimo administrador de los bienes de éste, con las obligaciones y restricciones que la ley impone a los tutores. No podrá entrar en la administración de esos bienes, sin que previamente forme inventario de ellos y sin prestar una garantía que puede consistir en hipoteca prenda o fianza para caucionar su administración²².

El representante esta obligado a promover la publicación de los edictos, la falta de cumplimiento de esa obligación hace responsable al representante de los daños y perjuicios que se sigan al ausente y es causa legítima de remoción.

Se cree que en primer lugar debe aplicarse el artículo 648 del Código Civil, a pesar de referirse a las medidas provisionales, por ordenar el mismo que el juez acordará las diligencias necesarias para el aseguramiento de los derechos e intereses del ausente, y en segundo término, se acudirá a la tutela toda vez que dicho precepto ordena que el juez regule las medidas que adopte por lo que esta dispuesto respecto de los tutores.

Con relación a la retribución del administrador, algunos tratadistas opinan que corresponde al administrador todos los frutos en concepto de premio, al cesar la administración, la obligación de entregar los bienes, no los frutos percibidos, así también la negación del derecho al ausente de reclamar frutos y rentas.

²².- *Código Civil para el Distrito Federal*, Op. cit.

Una sola excepción tiene este punto de la retribución, y es cuando la administración la ejerza el cónyuge, dado que como este está obligado a aplicar los frutos y rentas en el levantamiento de las cargas matrimoniales, carece de razón de ser el fijarle remuneración, puesto que hace suyos todos los frutos para aplicarlos a dicha finalidad, y por esto mismo está exceptuado de la rendición de cuentas.

El administrador nombrado desempeña su cargo sin limitación de tiempo, pues dependiendo del hecho de la ausencia, mientras dure esta tiene que subsistir aquel.

La administración cesa en cualquiera de los casos siguientes:

- 1.- Con el regreso del ausente
- 2.- Cuando comparezca el apoderado legítimo.
- 3.- Cuando se acredite la defunción del ausente, y comparezcan sus herederos testamentarios o abintestato.

En estos casos cesará el administrador del desempeño de su cargo, y los bienes quedaran a disposición de lo que a ellos tengan derechos.

En estos casos se sobreseerá en estos procedimientos en cualquier estado en que se hallen.

Se entiende que si después de declarada la ausencia y nombrado el administrador, estando este en ejercicio de su cargo y se adquiere noticias del paradero del ausente, debe dictarse un auto sobreseyendo el procedimiento, y comunicarlo al ausente por medio de exhorto, poniendo al mismo tiempo los bienes a su disposición para que se haga cargo de ellos cuando comparezca por sí o por medio de apoderado, previa entrega por el administrador, con rendición de cuentas,

y siendo dicho sobreseimiento provisional hasta que no se efectúe la indicada comparecencia.

Cesa también la administración, cuando se acredite la defunción del ausente, y comparezcan sus herederos testamentarios o abintestato, de modo que no es bastante justificar la defunción, si no que es preciso además, la comparecencia de los herederos, acreditando su calidad de tales con copias certificadas del testamento o testimonio del auto de declaración de herederos, pues mientras no se efectúe dicha comparecencia se conforman con la gestión de administrador y es preciso hacerlo así, además de evitar que los bienes queden abandonados.

La razón de cesar en este caso, la administración, es por que el administrador ya no representa al ausente, por haber fallecido y/o se confunde la personalidad del administrador con la de heredero, dados los llamamientos que hace el Código para desempeñar dicho cargo, o pasan los bienes a otra persona llamada albacea por la ley o por el testamento, con preferencia a los que hubiere desempeñado el cargo de administrador.

3.4 Efectos de la declaración de ausencia

Declarada la ausencia aunque la ley no considera muerto al ausente, empieza a predominar esta idea, dando lugar a que se dicten medidas tendientes a proteger mejor sus bienes y los de aquellas personas que tengan sobre los mismos, derechos subordinados a su muerte pudiendo estos, desde luego aunque provisionalmente, ejercitar sus acciones, declarada la ausencia, si hubiere testamento público u ológrafo, la persona en cuyo poder se encuentre, lo presentará al juez, dentro de quince días contados desde la última publicación, que habla el artículo 677 del Código Civil.

El juez de oficio o a instancia de cualquiera que se crea interesado en el testamento ológrafo, abrirá éste en presencia del representante del ausente, con citación de los que promovieron la declaración de ausencia, y con las demás solemnidades prescritas para la apertura de esta clase de testamento.

Los herederos testamentarios, y en su defecto los que fueren legítimos al tiempo de desaparición del ausente, o al tiempo en que se hayan recibido las últimas noticias, si tienen capacidad legal para administrar, serán puestos en posesión provisional de los bienes, dando fianza que asegure las resueltas de la administración.

Si estuviere bajo la patria potestad o tutela se procederá conforme a derecho, si son varios herederos y los bienes admiten cómoda división, cada uno administrará la parte que le corresponda.

Si no admiten división, los herederos elegirán de entre ellos mismos un administrador general, y si no se pusieren de acuerdo, el juez lo nombrará escogiéndolo, de entre los mismos herederos.

Pasados cuatro meses desde la fecha de la última publicación, si no hubiere noticias del ausente, ni oposición de algún interesado, el juez declarara en forma la ausencia. El tiempo transcurrido para obtener la declaración de ausencia desde la falta de conocimiento y noticias alguna del ausente, hasta la declaración de ausencia es de tres años aproximadamente, si consideramos desde la interposición de la demanda, a esto se le agrega un año más para el caso de que el ausente haya dejado apoderado legal.

Lo anterior lo podemos corroborar con lo que establece nuestro ordenamiento civil en su exposición de motivos al decir: "Tratándose de ausentes se acortaron los

plazos para hacer la declaraciones efectivas de ausencia y de presunción de muerte, a fin de que no se prolonguen por mucho tiempo esa situación antieconómica en la que los bienes pendientes no se sabe a quienes pertenecen”.

Supongamos que el cónyuge no ejercita ese derecho y que se decreta la posesión provisional: La posesión provisional tendrá el carácter de depósito, el cual dará a los nuevos poseedores la administración de los bienes del ausente, al que deberán rendirse cuentas si reapareciese o hubiere noticias suyas, no impide la posesión provisional la circunstancia de que después de la declaración de ausencia, toda persona que tenga derecho que ejercitar contra el ausente, no puede exigirlos sino a las personas a quienes se haya entregado la posesión de los bienes o a las que tengan su administración legal.

En otros Códigos como el español, contiene la conclusión de este estado de cosa provisional: los que a consecuencia de la posesión provisional o de la administración legal, hubiesen disfrutado de los bienes del ausente, no deberán entregarle más que la quinta parte de sus rentas, si regresara antes de los quince años siguientes al día de su desaparición, y la décima si su regreso se realiza después de los quince años. Pasados treinta años de ausencia, les pertenecerá a los poseedores la totalidad de la renta”. Es natural que si vuelve el ausente, o si se demuestra su existencia durante la posesión provisional, cesarán los efectos de la sentencia que haya declarado la ausencia, sin perjuicio, en su caso, de las medidas conservatorias prescritas para la administración de sus bienes²³.

Una vez declarada la ausencia de una persona los efectos que esta nueva situación jurídica va a ocasionar en su patrimonio y en sus atributos personales, son entre otros, la duda oficial sobre la existencia del ausente. Por tanto, todo aquel que

²³. - F. Chávez, Ascencio Manuel. *La familia en el Derecho*. Op cit p. 169

en nombre del mismo, reclame algún derecho para cuya adquisición sea necesaria su existencia, deberá probarla. Asimismo si el declarado ausente es llamado como heredero a una herencia, no la recibirá, sino que pasará a quienes correspondería si hubiera muerto efectivamente, los cuales harán inventario de los bienes heredados y los guardarán hasta que dicte la declaración de presunción de muerte o reaparezca el ausente.

Otros efectos de la declaración de ausencia son la suspensión de la patria potestad, el cónyuge casado bajo el régimen de sociedad conyugal, puede pedir la separación judicial y en general, si el ausente es el marido, la mujer podrá pedir que se le transmita la administración de todos los bienes del matrimonio²⁴.

El segundo de los efectos mediatos o indirectos que la declaración de ausencia produce, es la facultad de solicitar y obtener el divorcio, tomando esta palabra en un sentido amplio, pues, con arreglo a nuestra legislación, son dos las acciones de este orden que puede solicitar el cónyuge presente contra el declarado ausente: el divorcio y la separación de personas y bienes.

Cuando la sentencia pasa a ser firme el tribunal a petición de los interesados, ordenará la apertura del testamento y pondrá en posesión provisional de los bienes a los herederos testamentarios; si no los hay, a los herederos legítimos, todo ello, previo inventario del patrimonio del ausente.

Pueden pedir que se les autorice a ejercitarlas temporalmente, unos y otros deben previamente dar caución a las garantías que el tribunal determine, respecto al cónyuge, se prevén alimentos.

²⁴.- Ogayar y Ayllón, Tomás. *La Ausencia en el Derecho Sustantivo y Adjetivo*, Op. cit. p. 198

Aquellos a quienes se dé posesión provisional hacen suyos los frutos de los bienes, si son ascendentes, descendientes, o cónyuges si no lo son, sólo pueden apropiarse dos tercios, debiendo apartar el otro para el caso de que el ausente regrese.

No pueden disponer de los bienes individuales enajenándolos, hipotecándolos o pignorándolos, sino cuando el tribunal lo considere útil o necesario, determinando la forma de inversión de la suma que se obtenga.

Los deudores, cuya obligación se extinguiría con la muerte del ausente, pueden quedar exonerados de su cumplimiento, si por ejemplo deben una renta vitalicia. El cónyuge supérstite puede obtener una pensión alimenticia, pero su matrimonio no queda disuelto.

Si el ausente regresa, recuperará todos los bienes y (siempre que su ausencia no resulte voluntaria e injustificada) el tercio de las rentas que se la hayan reservado; volverá a percibir los frutos, desde que lo solicite; sus deudores le deberán todas sus prestaciones y en consecuencia, eventualmente, las anualidades no cubiertas a partir de su exoneración.

Capítulo 4

La presunción de muerte y capacidad jurídica del ausente

4.1 Presunción de muerte

El fundamento de este período radica en la necesidad de poner fin al estado jurídico que la ausencia crea, ya que debe tener un límite y es preciso acabar de una vez con la incertidumbre que en todo lo relacionado con la misma vislumbra. Ahora bien, si la personalidad del ausente se respeta en los dos primeros estados o períodos es porque se le presume vivo y por ende, es natural que el legislador dicte disposiciones que garanticen los derechos e intereses de aquél, y le nombre un representante, considerándolo como presente, con las limitaciones y diferencias que de su ausencia nazcan; pero cuando esa presunción desaparece, cuando es natural y lógica la creencia de que el ausente ha muerto, se impone la desaparición de la ficción, y de la declaración de su presunción de muerte.

La presunción de muerte de un ausente es *juris tantum*, pudiendo por tanto ser destruida por la prueba en contrario de que el ausente vive, por lo que la ley lo prevé para el caso de que el ausente se presente o se pruebe su existencia.

Sin embargo, suele suceder sin excepción que cuando una persona fallece, se tenga certeza de ello, pues su muerte se ha constatado y su cadáver ha sido objeto de inhumación o de cremación, por lo que se ha tomado nota de ello certificando su defunción por un médico, así como en el Registro Civil, y se le ha acompañado inclusive en su último momento aparente de vida, ésta es en efecto, la situación normalmente observada; se trata en realidad de la generalidad o casi la totalidad de

los casos, sin embargo, la ley prevé porque ello puede llegar a suceder y de hecho ha sucedido, que por la desaparición de una persona y la incertidumbre respecto de su paradero, se desconozca si vive o ha fallecido, ante esta situación, previo el procedimiento legal establecido, puede llegar a declararse presuntivamente muerta a una persona, como si en realidad hubiere fallecido.

Seis años después de la declaración de ausencia el juez a instancia de parte, abre un tercer período del procedimiento que es la declaración de presunción de muerte. Cuando la desaparición se deba a un siniestro bastará que hayan transcurrido dos años desde su desaparición para que puedan pedir la declaración de presunción de muerte ²⁵.

Entendemos que la presunción de muerte, es la meta final de éste procedimiento, respecto a la ausencia de una persona es conveniente señalar que a consecuencia de los sismos padecidos en la ciudad de México durante el mes de septiembre de 1985, las autoridades competentes decidieron ampliar el contenido del artículo 705 del Código Civil, para darle cabida a un sistema que permitiera llegar, en obvio de los trámites normales y en muy breve plazo, a declarar la presunción de muerte de personas desaparecidas por incendio, explosiones, terremotos o catástrofes aéreas o ferroviarias.

Así, por lo que respecta a los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en estos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia, pero si se tomarán las medidas provisionales enunciadas por nuestro ordenamiento jurídico.

En estos casos se observa que se reduce el plazo para la declaración de presunción de muerte sin la necesidad de pasar por la etapa relativa a la declaración de ausencia así como de los plazos que esta fase del procedimiento trae consigo.

Ciertamente, el procedimiento de ausencia por la mera desaparición de una persona con incertidumbre respecto de su paradero, se traduce en que en los primeros seis meses se le cita por edictos para procurar se apersona; pasado ese lapso se le designa representante, que será el administrador legal de sus bienes; a los dos años de habersele designado representante se solicita y debe declararse su ausencia para concluir dicho procedimiento una vez transcurridos seis años desde que el juez declaró ausente a la persona, plazo en que a instancia de parte interesada, la autoridad judicial concedora declaró la presunción de su muerte.

4.1.1 Efectos de la presunción de muerte

Una de las consecuencias jurídicas que la declaración de muerte trae consigo, es la apertura del testamento del ausente, si no estuviere ya publicado, conforme al artículo 680 del citado Código Civil. “Los poseedores provisionales darán cuenta de su administración en los términos prevenidos por el artículo 94 del mismo ordenamiento y los herederos y demás interesados entrarán en posesión definitiva de los bienes, sin garantía alguna, la que según la ley hubieran dado quedará cancelada”²⁶.

Se entiende entonces que esta situación priva al ausente de sus bienes cuando a los poseedores definitivos se le entregue una posesión que más que esto pudiera llamarse propiedad, pues éstos poseedores se encuentran en aptitud de poder

²⁶. - Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil*, Op cit. p. 370.

disponer libremente de los bienes, al no exigirles la ley ninguna garantía para el manejo de las mismas.

Es importante comentar que no opera la prescripción en los casos de la ausencia a aquellos que han sido puestos en posesión, ya que jamás prescriben contra el ausente, esto se debe a que el heredero no posee en su propio nombre, sino como heredero del causante y es representado su persona, se puede decir que es un poseedor precario con relación al ausente. La calidad de heredero le impide invocar la prescripción en contra de aquel a quien pretende heredar.

Ahora bien, como la presunción de muerte puede ser anterior o posterior a la muerte real, tenemos un caso en el cual el sujeto puede haber sido privado de su capacidad, aún en vida, o el derecho pueda seguir reconociendo personalidad a un ser que haya muerto; sin embargo, estamos operando sobre una hipótesis que quedará destruida si el ausente aparece.

Los bienes que habían pasado a sus herederos, como si se tratase de una muerte real, regresan al patrimonio del ausente; cuando se pueda determinar con certeza su muerte, a pesar de que se haya declarado su presunción en una fecha anterior, los efectos jurídicos se referirán a la muerte real y no a la muerte presunta.

Lo anterior, tiene interés en el derecho hereditario para abrir la herencia no a partir de la presunción de muerte, sino de la muerte real. Como suponemos que ya la herencia se había abierto, debido a la muerte posterior, todas aquellas diligencias practicadas con anterioridad quedan sin valor jurídico; debe abrirse nuevamente la sucesión que pueda traer como consecuencia que sean declarados como herederos otros distintos de los que primitivamente se habían considerado como tales, ante la

²⁶.- *Código Civil para el Distrito Federal*, Op. cit.

presunción de muerte del ausente. Un precepto dispone que la herencia se abre a la muerte de una persona cuando se declara su presunción de muerte²⁷.

Es importante comentar que los efectos que la declaración de presunción de muerte produce pueden ser de dos clases: los relativos a la persona del ausente y los referentes a los bienes del mismo, así como también los que se originan por la presentación del ausente. Hay que advertir que estos efectos se dan a favor y en contra de todos los terceros que no hayan litigado, porque, como se decide una cuestión relativa al estado civil de las personas, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado.

Los efectos de la primera clase, o sea, los relativos a la persona del ausente, son escasos, pues como este período viene después de otro más largo en la que se declaró la ausencia, y en esta se regula el estado jurídico de las personas con el ausente relacionadas, puede decirse que hayan sufrido todos los efectos a que la presunción pudiera dar lugar. Se debe advertir que dicha presunción produce efectos en los derechos personales del ausente, porque el ejercicio de estos supone necesariamente la presencia y por ende, no puede surtir efectos la presunción de muerte en una persona con cuya presencia no se contaba hace mucho tiempo: la mujer del ausente estará libre y sus hijos no son sujetos a la patria potestad de aquel, pues ya la declaración de ausencia es causa de suspensión de ésta.

Desde esta perspectiva, es muy importante señalar la fecha a partir de la cual se entiende producida la muerte del ausente, en función de éste dato podrá determinarse quienes, por hallarse con vida en ese tiempo, pueden ser designados para heredar al declarado muerto. "No obstante, las legislaciones imponen una serie de límites a los sucesores en atención a la eventualidad de que el declarado fallecido

²⁷.- Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I*, Editorial Porrúa, México 1988, p.163

reapareciera. Así, por ejemplo, se puede elaborar y presentar ante Notario Público un registro detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles, así mismo se prohíbe a los sucesores disponer a título gratuito, durante un determinado período de tiempo los bienes de la herencia del declarado²⁸.

En efecto, si bien conforme al artículo 1649, del Código Civil, la sucesión se abre en el momento en el que muere el autor de la herencia y cuando se declare la presunción de muerte de un ausente²⁹.

Muchos más son los efectos que produce la presunción de muerte con relación a los bienes del ausente, pues así como la sentencia declaratoria de la misma, transcurrido el plazo que marca el Código Civil en su artículo 705, que es la apertura de la sucesión, cosa lógica, pues presumiendo la ley que ha fallecido el ausente, se adjudicarán los bienes a los herederos del ausente, no de una manera provisional, sino que los adquieren efectivamente a título definitivo, pero revocable, para esta adjudicación y entrega a los herederos hay que atender ante todo, así el ausente hizo o no testamento, como es lógico, para proceder a los trámites de los juicios de testamentaria o abintestato, respectivamente.

Nuestro Código Civil, no autoriza a dar efectos retroactivos a la presunción de muerte, ni puede aplicarse la interpretación analógica en los principios generales de las sucesiones, pues éstos se refieren y se aplican a los casos normales de muerte verdadera, completamente distintos a los en que dicha muerte es presunta y así lo comprueba la frase "se abrirá la sucesión" que emplea el artículo 1649; Se procederá a su apertura y para ello es necesario que conste la muerte verdadera o presunta del causante, y como la segunda no puede constar hasta que no sea declarada

²⁸.- *Enciclopedia Microsoft Encarta 98, 1993-1997*

²⁹.- *Código Civil para el Distrito Federal, Op. cit p. 304*

judicialmente, es claro que no procederá retraer sus efectos, dado que si el Código Civil lo hubiese contemplado, habría establecido la retroacción.

La única objeción que se puede hacer a esta teoría es la de que pueden quedar privados de la sucesión los parientes que tuvieran derecho a heredarle y hubieran fallecido antes de la declaración de presunción de muerte del ausente, pero fácilmente se desvirtúa esta situación, pues ellos solicitaron dicha declaración, por tener la calidad de parte interesada y si no lo efectuaron haciendo dejación de sus derechos, nos vemos la razón de que el legislador sea más previsible y cuidadoso que los mismos interesados, debiendo sufrir el castigo de su negligencia.

Si no se ha publicado su testamento, se procederá a abrirlo entonces, los poseedores provisionales darán cuenta de su administración, los herederos y demás interesados, estarán en la posesión definitiva de los bienes del ausente, sin otorgar garantía alguna, la que hubiere dado quedará cancelada³⁰.

Finalmente, podría decir que los principales efectos que se producen por la ausencia son: si el ausente se presenta, o sin que se presente hubiera prueba de su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan y el precio de los enajenados o los adquiridos con él, pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

Este precepto es consecuencia lógica del carácter de presunción *juris tantum* que tiene el tercer período de la ausencia, y por eso demostrada la inexacta defunción del ausente, cesa la causa, o sea, la presunción de su muerte, también y por ende deben cesar sus efectos.

³⁰ - Galindo Garfias, Ignacio *Derecho Civil*, Op cit p. 371

4.1.2 Posesión Definitiva

Con la declaración de presunción de muerte no puede hablarse de verdadera y propia apertura de sucesión, porque el desaparecido puede volver; pero, como a los herederos y legatarios, previo inventario, si no se ha hecho anteriormente, habrá de ponérseles en posesión definitiva de los bienes y de los derechos y en consecuencia, podrán gozar y disponer de ellos como si el desaparecido hubiese muerto, y ellos hubieran adquirido su titularidad.

La institución de la ausencia si esta por fijar plazos muy largos, se vería nulificada por la prescripción, es decir que para cuando se otorgue la posesión definitiva, los poseedores mediante la prescripción positiva se hubieren hecho propietarios, como ya lo comenté anteriormente, es imposible la procedencia de la prescripción ante la declaración de presunción de muerte.

El artículo 710 del Código Civil, establece que los poseedores definitivos darán cuenta al ausente y a sus herederos, el plazo legal correrá desde el día en que el primero se presente por sí o por apoderado legal, o desde aquel que por sentencia que cause ejecutoria se haya deferido la herencia.

Si se llega a probar la muerte del ausente, la herencia se defiere a los que debieran heredar al tiempo de ella, pero el poseedor o poseedores de los bienes hereditarios, al restituirlos, se reservarán los frutos correspondientes a la época de la posesión provisional y todos ellos desde que obtuvieron la posesión definitiva.

Como se señaló en el capítulo anterior, si el ausente se presentase o se probare su existencia después de otorgada la posesión definitiva, recobrará aquellos bienes en

el estado en que se hallen, el precio de los enajenados, o los que se hubiesen adquirido con el mismo precio, pero no podrá reclamar frutos ni rentas³¹.

La posesión definitiva de los herederos y demás interesados cesa cuando regresa el ausente, cuando hay noticias de la existencia de la persona; con la certidumbre de su muerte, y con la sentencia que declare que otras personas son los herederos testamentarios del ausente³².

4.2 Atributos de la Personalidad

Antes de entrar al estudio de los atributos de la personalidad, es indispensable recordar algunos conceptos que son fundamentales en el desarrollo de este capítulo ya que se encuentran vinculados estrechamente con la persona, personalidad y la capacidad.

Uno de los principales objetivos es demostrar como la ausencia y presunción de muerte han logrado suspender, modificar y hasta extinguir derechos, en el entendido de que la capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento y no sólo se pierde por la muerte como lo manifiesta nuestro artículo 22 del Código Civil, sino que a través de estas figuras existe la excepción a esta regla general.

El vocablo "persona" en su acepción común, denota al ser humano, es decir, tiene igual connotación que la palabra "hombre", que significa individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo, en el entendido de persona como hipótesis de trabajo y con un valor fundamental para el derecho, ya que el hombre es

³¹.- *Código Civil para el Distrito Federal*, Op. cit

³².- Escribiche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Op. cit p 137

considerado como un ser dotado de voluntad y al mismo tiempo como destinatario de las disposiciones legales.

No obstante, las palabras “persona” y “hombre” ofrecen una diferencia ya que hombre propiamente particulariza la especie en un individuo determinado como perteneciente a la humanidad y persona quiere decir algo más, apunta en manera más clara y con mayor énfasis a la dignidad del ser humano, porque alude implícitamente al hombre en cuanto a la libertad de proponerse a sí mismo fines y para decidir la dirección de su conducta, con vista a la realización de tales fines; en suma como un ser responsable ante sí mismo y ante los demás de su propia conducta, desde el punto de vista moral y social.

Desde el punto de vista ético, persona es el sujeto dotado de voluntad y razón, es decir, un ser capaz de proponerse fines libremente y encontrar medios para realizarlos cuya conducta es susceptible de realizar valores morales, como ser sensible al valor, puede percibir la voz del deber, o sea las exigencias normativas que derivan del mundo ideal, pero está capacitado, además para lograr que esas exigencias trasciendan de la esfera de la idealidad al sector de la conducta, convirtiéndose en factores determinantes de su comportamiento.

El concepto jurídico “persona” en cuanto sujeto de la relación es una noción de la técnica jurídica; pero su constitución obedece a una necesidad lógico formal y a la vez a una exigencia imperiosa de la vida del hombre que vive en relación con sus semejantes. En la medida en que esas relaciones humanas interesan al derecho, la persona humana se convierte en persona en el mundo de lo jurídico, como un sujeto de derechos y obligaciones.

A menudo se confunden los conceptos de persona y personalidad, nuestro Código Civil habla de capacidad, refiriéndose el legislador indudablemente, a la personalidad, al señalar en el artículo 22 que *la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte...*³³.

Nacimiento y muerte constituyen el principio y el fin de la personalidad jurídica individual, pero agrega el precepto, desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código, relacionando este precepto con el artículo 337 del citado Código, encontramos que para los efectos legales, sólo se reputa el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil, faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad³⁴.

Para algunos juristas el concepto de personalidad y de capacidad podrían ser similares aún cuando las acepciones no significan lo mismo, aunque relacionadas entre sí, ya que la personalidad significa que el sujeto puede actuar en el campo del derecho, diría que es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico; entendiéndola ésta como una mera posibilidad abstracta para actuar como sujeto activo o pasivo en la infinita gama de relaciones jurídicas que puedan presentarse.

El derecho objetivo regula la conducta del hombre, pero según se ha dicho, no regula toda la conducta humana, sino sólo una parte de ella, la personalidad, como aptitud para intervenir en ciertas y determinadas relaciones jurídicas, significa que de acuerdo con la norma jurídica, la persona puede válidamente colocarse en la situación u ocupar el puesto de sujeto de una determinada relación jurídica.

³³ - Soto Álvarez, Clemente *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones del Derecho Civil*, Editorial Limusa, México 1982, p. 82

³⁴ - *Ibidem*, p. 83.

Finalmente, la ley considera como el principio y fin de la personalidad individual, al nacimiento y la muerte, tomando en cuenta la naturaleza esencialmente distinta del ser humano y de las colectividades de personas o conjuntos de bienes, a quienes el derecho reconoce personalidad jurídica, deberá estudiarse separadamente el momento en que el ser humano adquiere personalidad y el punto de partida de la personalidad de las llamadas personas morales o jurídicas, pero por lo que se refiere a las personas físicas, la personalidad se inicia con el nacimiento y termina con la muerte, el primer párrafo del artículo 22 del Código Civil, así lo establece claramente, no obstante el precepto legal mencionado establece que antes del nacimiento de la persona, es decir, desde el momento en que el ser es concebido, se le tiene por nacido para los efectos declarados en el Código Civil y por lo tanto, desde la concepción, desde que se inicia la vida intrauterina, entra bajo la protección de la ley.

Bien, retomando el tema del cual nos ocupa, entendemos que la personalidad lleva implícitas ciertas cualidades que le son propias, por su misma naturaleza; es decir, la personalidad denota necesariamente dichas cualidades que se denominan atributos de la personalidad.

Si bien la personalidad es esa aptitud para ser sujeto de situación y relación jurídica, la personalidad por sus atributos, son conjunto de caracteres a ella inherentes y cuya razón de ser, es precisamente alcanzar con ellos la realidad, funcionalidad y eficacia jurídica en la personalidad de los sujetos.

Entendemos como atributos de la personalidad :

- a) La capacidad, la cual implica especialmente la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones;

- b) El estado civil que se traduce en la situación jurídica de una persona frente a los miembros de su familia;
- c) El patrimonio considerado como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de un sujeto apreciables en dinero;
- d) El nombre como el medio natural por el que un sujeto es individualizado y lo distingue de todos los demás;
- e) El domicilio el cual sitúa legalmente a una persona física en una circunscripción territorial determinada ligada a ella para todos los efectos jurídicos³⁵.

Otros juristas como el maestro Soto Alvarez, señala como atributos de la personalidad:

I) Nombre, considerado como el vocablo o conjunto de vocablos que sirven para designar a una persona, cuyo objetivo es individualizarla;

II) El domicilio el cual nuestro Código Civil establece en su artículo 29 que el domicilio de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él;

III) El estado civil, entendiéndose como la relación concreta que guarda una persona con la familia;

IV) El patrimonio, considerado como el conjunto de derechos y obligaciones de una persona apreciables en dinero los cuales constituyen una universalidad de derecho;

V) La nacionalidad definida como el "vínculo jurídico que liga a una persona con la nación a que pertenece"³⁶.

³⁵.- Domínguez Martínez, José Alfredo. *Derecho Civil, Parte General*, Editorial Porrúa, México 1994, p 254

³⁶.- Soto Alvarez, Clemente. *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones del Derecho Civil*, Op. cit. Pp. 84-88.

Entendemos las características de los derechos de la personalidad, como derechos esenciales de la persona:

- a) Son originarios o innatos, en cuanto no requieren medios legales de adquisición; nacen con la persona misma;
- b) Son derechos subjetivos privados;
- c) Son absolutos;
- d) Extrapatrimoniales;
- e) Son irrenunciables e imprescriptibles, por razón de su misma nota de esencialidad.

En los derechos de la personalidad observamos que su violación no sólo transgrede el ordenamiento jurídico, es decir no sólo es un hecho ilícito; sino que desconoce gravemente la categoría de la persona víctima de tal lesión y en esta manera, se pone en relieve esta parte tan importante de la esencia misma de la persona y por lo tanto de todo el ordenamiento del hombre, por lo que está inserta en el conjunto de la normatividad jurídica.

El maestro Domínguez Martínez, comenta en su obra de Derecho Civil, que no puede concebirse ciertamente, una persona física sin su posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, que carezca de familia y de patrimonio, que no tenga un lugar de asiento y si bien pudiera carecer de un nombre al principio de su vida, no podrá ser hijo más que de un padre y una madre y ocupar un solo lugar en el orden de procreación de sus padres; así, estará individualizado desde su concepción. Por lo que se refiere a la nacionalidad, ésta se tendrá siempre a consecuencia del nacimiento; si se pierde sin adquirir otra y por ello se esté en el supuesto de la apatridia, de

cualquier modo ello implica una situación entre la persona y los Estados respecto de los cuales deba observar su *status* político³⁷.

4.2.1 Capacidad jurídica del ausente

Una vez recordados que son los atributos de la personalidad, enfocaré el contexto de este trabajo en el primero de ellos, osea la capacidad jurídica, a efecto de dar seguimiento al planteamiento de que a través de la presunción de muerte declarada se afecta éste atributo hasta quedar extinto.

Entendemos a la capacidad en su sentido amplio como la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio.

Según el concepto vertido sobre capacidad, ésta comprende dos especies; una substancial o de fondo, la cual implica la posibilidad de la titularidad apuntada y a la que suele denominarse *capacidad jurídica* y más frecuentemente en nuestro medio *capacidad de goce*, así denominada, la otra, por su parte que es *adjetiva*, procedimental y cuya dinámica tiene lugar mediante el otorgamiento de actos jurídicos, se trata de la *capacidad de obrar* y más conocida como *capacidad de ejercicio*³⁸.

Se discute en doctrina si la capacidad forma parte del estado de las personas, o bien, si son aspectos que deben considerarse jurídicamente en forma separada, el maestro Rojina Villegas establece que la distinción debe ser radical, en virtud de que en el estado de la personas sólo se atiende a la relación que guardan con la familia, el

³⁷ - Domínguez Martínez, José Alfredo *Derecho Civil, Parte General*. Op. cit. p. 65

Estado o la Nación, es decir, respecto a grupos determinados, sin tomar en cuenta la aptitud de las mismas para adquirir o ejercitar derechos y obligaciones³⁸.

El principio de que la capacidad de goce no puede quedar suprimida totalmente en el ser humano, basta decir el ser hombre, para que se reconozca un mínimo de la capacidad de goce y, por lo tanto, una personalidad. Por esto en el derecho moderno se consagra el siguiente principio: *todo hombre es persona*. La capacidad de goce se atribuye también antes de la existencia independiente del ser humano ya concebido quedando su personalidad destruida si no nace vivo y viable.

Ahora bien, la capacidad esta integrada por la capacidad de goce y la de ejercicio, siendo aquella la aptitud para ostentar derechos y esta, la aptitud para crear y sostener relaciones de derecho o sea que la capacidad jurídica indica sólo la tenencia y goce de derechos, y la de obrar implica el ejercicio de los mismos, así un demente posee personalidad o capacidad jurídica, pero es incapaz de obrar, pero la aptitud para su ejercicio no es igual en todos los hombres, por sobrevenir circunstancias o existir estados especiales que lo dificulten o impidan, o sea, que hay capaces e incapaces, sin dejar por ello de ser personas.

Considerando entonces que dentro de la capacidad existen dos tipos:

- a) La Capacidad de Goce
- b) Capacidad de Ejercicio,

Asimismo, los grados de la capacidad de goce que pueden tener las personas físicas son:

³⁸ -Ibidem, p. 166

³⁹ - Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I*, Op. cit. p. 170

- a) El grado mínimo de capacidad de goce existe, en el ser concebido pero no nacido, bajo la condición en nuestro Código Civil de que nazca vivo y sea presentado al Registro Civil o viva 24 horas.
- b) Una segunda manifestación de la capacidad de goce, se refiere a los menores de edad, existiendo restricciones a la capacidad de goce en los menores de edad.
- c) El tercer grado está representado por los mayores de edad, en éstos se debe hacer la distinción de mayores en pleno uso y goce de sus facultades mentales y mayores sujetos a interdicción por locura, idiotismo, imbecilidad o uso constante de drogas enervantes, estas diferentes formas que perturban la inteligencia no afectan la capacidad de goce desde el punto de vista patrimonial, es decir, no impiden al sujeto ser titular de derechos y de obligaciones de orden pecuniario; pero evidentemente que sí afectan la capacidad de goce en cuanto a las relaciones de familia, sobre todo para el ejercicio de la patria potestad, pues no se tiene la aptitud necesaria para ejercitar este derecho.

La capacidad de ejercicio supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales, finalmente se puede definir a la capacidad de ejercicio, diciendo que *es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente*⁴⁰.

Los grados de incapacidad de ejercicio pueden ser entre otros:

- a) El primero corresponde al ser concebido, pero no nacido, en el cual necesariamente existe la representación de la madre o, en su caso, de la madre y el

⁴⁰ .Ibidem, p. 164.

padre, los cuales tienen su representación tanto para adquirir los derechos por su conducta, como para hacerlos valer si fuere necesario.

b) El segundo grado de la incapacidad de ejercicio se origina desde el nacimiento hasta la emancipación. Ya he precisado que para estos menores de edad existe incapacidad natural y legal; pero esta incapacidad es total: no pueden los menores no emancipados ejercitar sus derechos o hacer valer sus acciones; necesitan siempre del representante para contratar, para comparecer en juicio; se exceptúan los bienes que el menor adquiera por virtud de su trabajo, pues se le permite capacidad jurídica para realizar los actos de administración inherentes a esos bienes.

c) El tercer grado de la incapacidad de ejercicio corresponde a los menores emancipados en donde existe sólo incapacidad parcial de ejercicio y, consiguientemente, pueden realizar todos los actos de administración relativos a sus bienes muebles e inmuebles, sin representante; pueden también ejecutar los actos de dominio relacionados con sus bienes muebles; en cambio, tienen una incapacidad de ejercicio para comparecer en juicio, necesitando un tutor. Para celebrar actos de dominio sobre bienes inmuebles, es menester la autorización judicial. También el menor emancipado necesita el consentimiento de sus padres o tutor, para contraer matrimonio.

d) Un cuarto grado en la realización de la incapacidad de ejercicio, correspondiente a los mayores de edad privados de inteligencia o cuyas facultades mentales se encuentran perturbadas por diversas causas. La incapacidad de estos mayores de edad, generalmente es total, es decir, para la validez de los actos jurídicos es el representante quien únicamente puede hacer valer los derechos y acciones del incapaz, y celebrar los actos jurídicos de administración o de dominio; estos últimos con autorización judicial.

Ahora bien, entre las manifestaciones de incapacidad hay unas cuyo origen son situaciones que un sujeto puede experimentar en cierto momento, como embriaguez, hipnotismo, estado de influencia por una droga y otras semejantes cuyo denominador común es impedirle objetivamente el control de su voluntad. Hay otras por el contrario, independientes de una madurez y plenitud mentales, respecto de las cuales la ley considera, mediante lineamientos generales, que el sujeto está impedido para celebrar personalmente actos jurídicos y le niega esa posibilidad. Tal es el caso del menor de edad a quien el sistema legal lo califica incapaz, aunque naturalmente este en condiciones favorables, sobre todo al acercarse a su mayoría de edad; ese es el caso también del quebrado no rehabilitado⁴¹.

Así pues, una es la incapacidad natural, como la situación en la que un sujeto está independientemente de su edad, provocada por una causa permanente o transitoria, como enfermedad mental, vicio o factor parecido, que le impide querer y entender lo que hace; sus actuaciones no son con una voluntad plena sino limitada y por ello ésta no puede crear consecuencias jurídicas sanas⁴².

Otra es la incapacidad legal; esta implica la consideración directa de la ley de que un sujeto no está en condiciones de ese querer y de ese entender, aun cuando en la realidad sí pueda hacerlo; esto acontece con un menor de edad, legalmente incapaz aun cuando sus condiciones mentales sí sean adecuadas para el otorgamiento de cualquier acto jurídico. Lo mismo sucede con el quebrado no rehabilitado quien desde el punto de vista natural no tiene afectación ni restricción mental alguna y sin embargo, la ley lo declara incapaz para determinados actos jurídicos.

En estas condiciones, nada impide que en ciertos casos una persona considerada por la ley como incapaz sea naturalmente capaz.

⁴¹.- Domínguez Martínez, José Alfredo. *Derecho Civil, Parte General*, Op cit 187.

Cuando una persona es privada a título excepcional de un derecho y no puede disfrutar de una ventaja que corresponde a los demás, se dice que está afectado por una incapacidad de goce; por ejemplo, un condenado a una pena criminal grave está afectado por la incapacidad de disponer o de recibir bienes a título gratuito⁴³.

La regla general es la capacidad de ejercicio, es decir, existiendo la de goce, debe existir la de ejercicio, excepto para los menores de edad y para los que sufran perturbaciones mentales o carezcan de inteligencia⁴⁴.

Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad⁴⁵.

Un ejemplo lo encontramos en el derecho de servidumbre en donde para que se reconozca ésta debe ser propietario del predio que se llama dominante en cuyo favor se establece; por consiguiente, el ser concebido pero no nacido, no puede adquirir el derecho de servidumbre, porque no tiene otros bienes. Podrá adquirir en donación o en herencia, pero predios que tenga ya una servidumbre; mas no podrá adquirir este derecho por constitución directa, por carecer de bienes⁴⁶.

De ambas capacidades, la de goce y la ejercicio, la primera prevalece en importancia, pues ésta condiciona a la segunda y al contrario, es decir, puede haber y de hecho la hay, capacidad de goce sin capacidad de ejercicio, pues pueden tenerse ciertos derechos y carecer de la posibilidad legal de celebrar actos jurídicos para

⁴² - Idem.

⁴³ - Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil*. Op. cit Pp. 387-388.

⁴⁴ Ibidem, p. 166.

⁴⁵ Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de derecho civil I*. Op. cit. Pp. 161-162.

⁴⁶ - Domínguez. Martínez, José Alfredo. *Derecho Civil. Parte General*. Op. cit. p. 172

ejercitarlos; pueden igualmente contraerse obligaciones mediante la celebración de los actos jurídicos que den lugar a ello sin estar en condiciones legales de hacerlo personalmente.

Pues si careciere de capacidad de goce no se concebirían respecto de ellos derechos y obligaciones que son el contenido de tales relaciones y situaciones⁴⁷.

Todo sujeto debe tener capacidad de goce, si se suprime, desaparece la personalidad por cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar. Según el jurista Rojina Villegas concibe al sujeto, como un centro de imputación de derechos, obligaciones y actos jurídicos, por lo tanto, la capacidad viene a constituir la posibilidad jurídica de que exista ese centro ideal de imputación y al desaparecer, también tendrá que exigirse el sujeto jurídico⁴⁸.

La capacidad jurídica sólo la tendrá desde el nacimiento, si reúne las condiciones del artículo 30 del Código Civil; antes de éste, el derecho hará producir ciertos efectos en el mundo jurídico, como si el concebido ya existiera realmente, pero sin colocarlo sobre una base de sustancia personal del mismo. En estos efectos la ley, más que atribuir desde luego derechos al concebido, tiende a limitar los de los demás en atención al futuro bien de ese ser que aún no ha nacido⁴⁹.

Es tan estrecha la relación habida entre la personalidad jurídica y la capacidad de goce, que hay quienes las consideran como una misma institución, pues se refieren a ambas fórmulas como sinónimos.

⁴⁷.- *Ibidem*, p. 168

⁴⁸.- Rojina Villegas Rafael, *Compendio de Derecho Civil I*, Op. cit. p. 158.

⁴⁹.- *Ibidem*, p. 160

Para una más clara distinción entre los dos conceptos de personalidad y capacidad jurídica debemos tomar en cuenta a la personalidad como sinónimo de subjetividad, es la abstracta idoneidad para devenir en titular relaciones jurídicas: es la titularidad potencial de una serie indeterminada de relaciones. La capacidad jurídica, en cambio es la medida de tal idoneidad que delimita los contornos de la personalidad, razón por la que, por ejemplo, la capacidad jurídica de los entes morales es más limitada que la de las personas físicas⁵⁰.

Algunos Códigos como el alemán, dispone que la capacidad jurídica del hombre comienza con la terminación del nacimiento, si el origen de ésta es el nacimiento, su fin es la muerte, pero el nacimiento como la muerte, requiere prueba, al igual que sucede con cualquier otro hecho, prueba que no ofrece ninguna dificultad en los casos normales, por la existencia del Registro Civil, pero que si la puede ofrecer en determinados estados o circunstancias especiales, en los que se le impone la adopción de ciertas presunciones, cual sucede en el estado de ausencia, presumiéndose unas veces en la vida y otras la muerte⁵¹.

Otra situación restrictoria de la capacidad de goce en una persona física, la observamos dentro del derecho sucesorio, concretamente en la capacidad de heredar, ya que el artículo 1313 del Código Civil establece que todos los habitantes del Distrito Federal, sea cual fuere su edad, tienen capacidad para heredar, no pueden ser privados de esa capacidad de un modo absoluto; Sin embargo, ciertas personas respecto de algunos bienes pueden tener limitada esa capacidad por falta de personalidad, comisión de delitos, presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento, falta de reciprocidad internacional,

⁵⁰ - Domínguez Martínez, José Alfredo. *Derecho Civil, Parte General*, Op. cit. p.169.

⁵¹ .- Ogayar y Ayllón, Tomás. *La ausencia en el derecho sustantivo y adjetivo*, Op. cit. p. 207

utilidad pública y finalmente la renuncia o remoción de algún cargo conferido en testamento⁵².

Podemos considerar la emancipación como la situación jurídica en que un menor de edad lo libera de la patria potestad o de la tutela general en su caso, y que disminuye su incapacidad de ejercicio.

La menor incapacidad puede ser porque el menor tenga la administración de todos sus bienes pero sin tener el derecho a disponer libremente de ellos. Puede ser también por estar en la posibilidad de disponer libremente de sus bienes muebles. Se observa en general, en todo aquello que le significa la posibilidad de alcanzar algún aspecto de lo que la capacidad de ejercicio significa⁵³.

4.3 Derechos Patrimoniales

En mi opinión, creo importante hablar del patrimonio y los derechos que se derivan de él, en razón del vínculo que existe con la recupeación de los bienes, el precio de los enajenados o los que hubieren adquirido con el mismo precio, ya que éstos los podrá recuperar el ausente con el sólo hecho de presentarse.

Así pues, comentaré que los derechos que emanan de él, no se pierden a pesar de haberse declarado la presunción de muerte, tal vez se limiten o queden en un estado que la ley considera suspensión, pero al regresar o presentarse el ausente recobra en forma invariable esos derechos que se habían restringido.

⁵² - Domínguez Martínez, José Alfredo. *Derecho Civil, Parte General*. Op. cit. Pp 174-175.

⁵³ - *Ibidem*, p. 183.

Empezare diciendo que el patrimonio de familia o familiares es el conjunto de bienes afectados al servicio de una determinada organización familiar a fin de asegurarle un nivel de vida que permita su normal desenvolvimiento, tiene como antecedente indígena la *parcela familiar*, de la época precortesiana, pero la institución que verdaderamente tuvo en cuenta el legislador para darle vida fue el *homestead* norteamericano, que se pretendió adaptar a las particulares circunstancias del pueblo mexicano.

Este patrimonio se ha definido como un derecho real de goce, gratuito, inalienable e inembargable, constituido con aprobación judicial sobre una casa habitación, sobre una parcela cultivable, el cual confiere a una familia determinada la facultad de disfrutar dichos bienes, los cuales deberán ser restituidos al dueño constituyente o a sus herederos.

La persona que quiera constituir un patrimonio de familia debe solicitarlo del juez de su domicilio quien, si lo aprueba, mandará que se hagan las inscripciones en el Registro Público de la Propiedad.

La ampliación del patrimonio puede ampliarse o disminuirse, cuando el valor de los bienes del patrimonio del familia sea inferior al máximo fijado por la ley, podrá ampliarse hasta llegar a este valor, sujetándose la ampliación a los trámites propios de su constitución. Puede disminuirse el patrimonio de familia en los siguientes casos:

- a) Cuando se demuestre que su disminución es de gran necesidad o de notoria utilidad para la familia.

- b) Cuando este patrimonio, por causas posteriores a su constitución, ha rebasado de un ciento por ciento el valor máximo que puede tener legalmente.

La extinción del patrimonio de familia se produce:

- a) Cuando todos los beneficiarios cesen de tener derecho de percibir alimentos
- b) Cuando sin causa justificada, la familia deje de habitar por un año la casa que deba servirle de morada, o de cultivar por su cuenta y por dos años consecutivos la parcela que le esté anexa.
- c) Cuando una causa de utilidad pública se expropien los bienes que lo forman.
- d) Cuando tratándose del patrimonio formado con los bienes vendidos por las autoridades al efecto, se declare nula o rescindida dicha venta.

Dentro de la tesis clásica del patrimonio, según el maestro Gutiérrez y González afirma que la primera tesis elaborada en forma científica fue la de los tratadistas franceses Aubry y Rau, quienes buscaron sistematizar esta materia en forma científica, ya que definió al patrimonio como el conjunto de los derechos y obligaciones de una persona, apreciables en dinero, formando una universalidad de derecho.

Así, el patrimonio para estos autores, constituía una entidad abstracta, diferente de los bienes y obligaciones que lo integran, de tal manera que esos elementos pueden cambiar, disminuir, aumentar o inclusive desaparecer totalmente, sin que el patrimonio desaparezca, ya que permanece uno invariable durante toda la vida de su titular⁵⁴.

La teoría general del patrimonio descansa en los siguientes principios:

a) *Sólo las personas pueden tener patrimonio.*- En forma exclusiva son las personas las únicas que pueden tener patrimonio, ya que sólo ellas pueden tener la aptitud para poseer bienes, tener deberes y contraer obligaciones.

b) *La persona necesariamente debe tener un patrimonio.*- No es posible que la persona deje de tener un patrimonio en un momento dado: siempre lo tendrá ya que el patrimonio es como una bolsa vacía. Puede en un momento dado no tenerse bienes o derechos, pero se tiene sin embargo patrimonio; en ese momento se tendrá la *bolsa-patrimonio* vacía, pero ésta se tiene.

c) *La persona solo puede tener un patrimonio.*- No es posible que la persona pueda tener más de un patrimonio, toda vez que este, es una emanación de la persona; todos los bienes y deudas forman una masa única. Sin embargo, agregan los propios creadores de esta tesis, este principio de unicidad del patrimonio, sufre por mandato de ley algunas excepciones como se ve en el caso de que una persona tiene dos patrimonios, cuando hereda uno y lo recibe a beneficios de inventarios, a más de su patrimonio particular.

Para ilustrar esta excepción, el beneficio de inventario, el cual en el derecho francés opera solo si lo solicita el heredero, y en el derecho mexicano opera siempre aunque no se pida. Al respecto el artículo 1687 del Código Civil para el Distrito Federal determina:

⁵¹.- Gutiérrez y González, Ernesto *Postulados de la tesis clásica del patrimonio*. Editorial Porrúa, México 199 . p 33.

La aceptación de la herencia, en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, por que toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese.

La palabra patrimonio, deriva del término latino *patrimonium* que significa: bienes que se heredan de los antecedentes, o los bienes propios que se adquieren por cualquier título, pero gramaticalmente, ni la palabra *bien* ni la palabra riqueza, se reducen a considerar la noción económica. Riqueza significa abundancia de bienes, y bienes significa utilidad en un concepto más amplio, de aquí resulta que si el patrimonio esta formado por los bienes, no hay razón para suponer que los bienes se reduzca a las cosas económicas.

La noción del patrimonio, es tan amplia en lo jurídico, como en lo gramatical ya que en definitiva el patrimonio esta formado por dos grandes campos. El económico o pecuniario y el moral, no económico o de afección, el cual también puede designársele como derechos de la personalidad.

En consecuencia el patrimonio tiene las siguientes características:

a).- Comprenden todos los bienes de una persona, sin hacer distinción sobre la naturaleza intrínseca de cada uno de ellos, lo que implica que se les de un trato genérico y por lo mismo que se les estime como una universalidad.

b).- Se comprenden en él, no solo los bienes que representan un valor pecuniario, sino que incluye necesariamente a los bienes que tienen un valor de afección, moral o no pecuniario, concluyendo que el Patrimonio es el conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho.

Extinguido el patrimonio, los bienes que lo formaban vuelven al pleno dominio del que lo constituyó, o pasan a los herederos.

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

Si llegare a probar la muerte del ausente, la herencia se difiriere a los que debían heredar al tiempo de ella; pero los poseedores provisionales de los bienes, al restituirla, se reservarán los frutos correspondientes a la época de la posesión provisional, siempre que se trate de frutos naturales y civil, corresponderá sin embargo, la totalidad de los frutos a los poseedores, desde que obtuvieron la posesión definitiva.

Creí importante hablar del patrimonio con relación a la ausencia y presunción de muerte en el sentido de que cuando se declare la presunción de muerte del ausente la ley dice que se le deberá restituir al ausente los bienes y frutos al momento en que éste regrese, así lo establece el artículo 708 de Código Civil, que a la letra dice: Si el ausente se presentare o se probare su existencia, después de otorgada la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se hallen, el precio de los enajenados, o los que se hubiesen adquirido con el mismo precio, pero no podrá reclamar frutos ni rentas⁵⁵.

En este sentido, no existe ningún problema con relación a los derechos que el ausente tenía o tiene si regresa, respecto a los bienes que forman parte en su patrimonio.

⁵⁵.- *Código Civil para el Distrito Federal*, Op. cit.

4.3.1 Derechos reales

Estos derechos son importantes dentro del proceso de en la declaración de presunción de muerte, ya que aunque no los extingue, si los suspende ya que en primera instancia son puestos en posesión provisional de los herederos en tanto no se dicte la sentencia que cause estado, ya que de ser así se pondrían en posesión definitiva, pero cuando aparezca el ausente tendrán éstos que ser restituidos, en el entendido de que solo se verán limitados afecta directamente Los derechos subjetivos se diversifican en dos direcciones, por un lado los llamados derechos reales y por otro, los derechos personales o de obligación. Se llaman derechos reales aquéllos que recaen sobre una cosa; derechos personales, aquéllos otros cuyo objeto es un poder sobre la voluntad de una persona obligada, llamada deudor.

Para comprender la distinción entre los derechos personales y los derechos reales pongamos dos ejemplos: Cuando una persona es titular de un derecho real de goce, la vemos que establece un contacto directo e inmediato con un bien concreto, para obtener de por sí, por su propia conducta, el goce y disfrute del mismo. Por ejemplo, el propietario de un bien raíz puede habitar su casa, modificarla, arrendarla; si se trata de finca rústica, puede sembrarla, arrendarla, modificar sus sistema de explotación, etc. Sin que en todos estos actos necesite que otra persona intervenga para que por su meditación obtenga esta ventaja⁵⁶.

Sin embargo, la distinción no determina unas figuras jurídicas de contornos claros e indiscutibles en la doctrina moderna, según la distinción clásica, el derecho real supone una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa *lo que equivale a una potestad sobre la cosa que no necesita de intermediario alguno*; el derecho

⁵⁶ - Soto Alvarez, Clemente. *Prontuario de Introducción al estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*. Op. cit. p. 146.

personal, una relación entre dos o más personas, acreedoras o deudoras, que sólo de modo indirecto puede referirse a una cosa, a través de los actos de la persona o personas obligadas.

Esta teoría clásica ha sido muy criticada, ya que se ha dicho que es ilusorio suponer que existe una auténtica relación de derecho entre una persona y una cosa: no existen derechos si no es de persona a persona, y, por consiguiente, todo derecho lo es de obligaciones. Nace así una concepción obligacionista del derecho real, que lo contempla desde un punto de vista negativo: la abstención y obligación pasiva que impone a todo el mundo, obligado a respetarlo.

La Tesis Clásica en el ámbito patrimonial esta integrada por dos elementos totalmente diversos como son los derechos reales y los derechos personales.

El derecho real existe cuando una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona en relación de una relación inmediata que pueda ser invocada contra cualquier otra, son ejemplos clásicos de derechos reales la propiedad, el usufructo, el uso etc.

Los elementos del derecho real en la Tesis Clásica, conforme a la definición de denotan tres elementos a saber:

- a).- Una persona o sujeto titular del derecho
- b).- Una cosa, u objeto del derecho , y
- c).- La relación inmediata entre persona y cosa

4.3.2 Derechos Personales

Es importante señalar los derechos personales, por su importancia, para la demostración de cómo influye y afecta la presunción de muerte a éstos, ya que no sólo los restringe como a los derechos patrimoniales, como hemos visto se deban restituir al ausente en el momento de su reincorporación, sino que a estos derechos los afecta de tal manera que puede llegar a extinguirlos.

Iniciaré el estudio con el derecho de crédito, ya que éste para algunos juristas es la facultad de una persona, llamada acreedor, tiene de exigir de otra, llamada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa; derecho real es la facultad correlativa de un deber *general de respeto* que una persona tiene de obtener directamente de una cosa todas o parte de las ventajas que esta es susceptible de producir⁵⁷.

Asimismo, se dice que los derechos personales son aquellos que tenemos en contra de una persona determinada, y que nos permite exigir de ella el cumplimiento de un hecho como la entrega de una suma de dinero, o una abstención.

Anteriormente se definía al derecho personal o de crédito llamándolo *obligación* y se decía que era la relación jurídica que se establece entre una persona llamada acreedor, que puede exigir, a otra llamada deudor, que debe cumplir con una prestación de carácter patrimonial.

De acuerdo con la definición anterior se tiene que el derecho personal tiene cuatro elementos:

- a).- Un sujeto activo que puede exigir, al que se le llama acreedor.

- b).- Un sujeto pasivo que debe cumplir, al cual se le denomina deudor.
- c).- La relación jurídica que los une.
- d).- El objeto del derecho, que consiste en la prestación.

Como ya se dijo el derecho personal es aquel cuyo objeto es un poder sobre la voluntad de una persona obligada, llamada deudor, algunas de las diferencias que existen entre los derechos personales y los reales son:

I. *Por razón de las personas que intervienen en la relación jurídica.*- En el derecho real interviene un sujeto activo individual y determinado, frente a un sujeto pasivo universal e indeterminado. En el derecho de obligaciones, además de esos mismos interviene un sujeto pasivo individualmente determinado.

II. *Por razón del objeto.*- El objeto de un derecho real es una cosa corporal, específica y determinada, mientras que el derecho personal tiene siempre por objeto directo una prestación o acto del deudor, aunque indirectamente éste pueda resolverse en la entrega de una cosa, la cual, por cierto, no es preciso que sea específicamente determinada.

III. *Por razón del poder que atribuyen al titular.*- El derecho real atribuye un poder sobre una cosa; el derecho personal o de crédito, un poder o facultad contra la persona del deudor, para exigirle una prestación. Los derechos reales son derechos de exclusión, pues conceden al titular el derecho a no ser perturbado por nadie en el goce de la cosa. Los derechos de crédito lo son de unión, ya que sirven de intercambio y cooperación social.

⁴⁷.- *Ibidem*, p. 147.

IV. *Por su eficacia.*- El derecho real es el arquetipo de los derechos absolutos, pues se ejerce y puede hacerse efectivo contra todos *erga omnes*. El derecho personal o de obligación es el típico derecho relativo, pues sólo puede exigirse y hacerse efectivo sobre la voluntad del deudor o sus herederos.

V. *Por la distinta importancia de la voluntad y de la ley en su ordenamiento.*- Los derechos de crédito pueden nacer y adoptar las formas más variadas, encontrándose regidos por el principio de autonomía de la voluntad. Los derechos reales, al contrario, son configurados por el ordenamiento jurídico positivo, por la ley, y obedecen esencialmente al principio de orden público. La razón es que en los personales entran en juego, preferentemente, los intereses de acreedor y deudor, es decir, que el negocio se desarrolla «inter partes»; en el real, al ser un derecho absoluto que se ejercita «erga omnes», toda la sociedad se halla interesada en su regulación;

VI. *Por los modos de originarse.*- Los derechos personales o de crédito nacen simplemente del contrato o título. Los derechos reales precisan, por lo común, para constituirse además del título, un acto formal de transmisión de la posesión, llamado modo de adquirir. Por otro lado, los derechos reales pueden adquirirse por prescripción y por tradición, cosa que no ocurre con los personales, pues éstos no son susceptibles de posesión;

VII. *Por su duración y causas de extinción.*- El derecho real tiene, por lo común, naturaleza perpetua, aunque hay excepciones, como en el caso de los de usufructo, uso y habitación, así como los de prenda e hipoteca, accesorios de un crédito, en cualquier caso, el ejercicio del derecho real, en vez de extinguirlo, lo consolida, pero, al recaer sobre una cosa determinada, el perecimiento de ésta lleva consigo la extinción del derecho;

VIII. *Por la protección registral.*- Los derechos reales están amparados por el Registro de la Propiedad, siendo, por tanto, inscribibles en el mismo, los derechos personales no son, por el contrario, inscribibles.

4.4 Derechos familiares

Finalmente, al comentar que son los derechos familiares, me atrevería a decir que es en estos derechos en donde la declaración de presunción de muerte afecta en forma directa, al grado de extinguir derechos que el ausente tenía o había adquirido por la celebración de un acto jurídico.

Los derechos familiares de las personas y sociales de la familia son derechos innatos y fundamentales de todo ser humano; Por ser persona, todo hombre y toda mujer tiene los derechos humanos fundamentales, éstos derechos, al ser reconocidos *no otorgados o concebidos* por la autoridad y contenerse en la legislación, son también derechos subjetivos, es decir, son facultades o prerrogativas que corresponden a una persona dentro del ámbito familiar, o a la familia misma de acuerdo con el ordenamiento jurídico, éstos derechos humanos, derechos individuales o derechos del hombre, deben estar dentro de la hipótesis prevista en la norma para poder ser exigibles, y no quedar en un enunciado sin protección legal.

Como derechos subjetivos, les corresponden correlativamente obligaciones en el sentido pecuario o deberes jurídicos en sentido no económico, cuyo sujeto, o sujetos, pueden ser alguna persona determinada o todas las personas, incluyendo el Estado, pues normalmente estos derechos subjetivos son oponibles *erga-omnes*, en cuanto son poderes o facultades que se dirigen a todos los miembros de la comunidad jurídica.

El derecho familiar no tutela intereses individuales. Por ejemplo, el matrimonio, que es un acto tan privado del hombre, es regulado por el Estado; por ello, al Estado no le importan los fines personales de los sujetos del derecho familiar--cónyuges, hijos, parientes--, sino que se los impone y subordinándoles en su cumplimiento al Estado⁵⁸.

Dentro del derecho familiar las obligaciones son de dar, hacer, o no hacer; en este caso, podríamos estimar que en general corresponden a obligaciones de no hacer, que en materia familiar se puede considerar como obligaciones de respetar, pues no generan un comportamiento humano extraño, sino que al respetar se está reconociendo lo que se respeta y a quien se respeta, es decir, en cierta medida se comparte el bien que se busca por la persona titular del derecho y se interesa en la obtención del mismo; pero estimo que en esta relación familiar no solamente existe la obligación de no hacer, en la forma de respetar, sino también una obligación de hacer, pues todos, principalmente el Estado, tiene la obligación de promover y fortalecer la vida familiar, en los términos del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sobre el particular, tanto en relación a los derechos de la personalidad como en relación a los derechos familiares, se señala que son derechos extrapatrimoniales, pues se refiere o limita el término patrimonial a las cosas o bienes de contenido económico y consecuentemente, todo lo que no tiene una característica pecuniaria sale de la esfera patrimonial; Sin embargo, estimo al igual que algunos destacados juristas que lo patrimonial debe comprender no sólo lo valuable en dinero, sino todos los bienes que pueden formar parte del haber humano, todos los valores y bienes que tiene a su disposición el hombre para el cumplimiento de su destino y para el logro de su felicidad. Ciertamente es que en nuestra legislación actual los bienes tienen un

⁵⁸ - Guitrón Fuente Villa, Julián. *Qué es el Derecho Familiar*, Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, México 1987, p. 160.

contenido económico y son aquéllos que están dentro del comercio, pero también lo es que nuestra legislación se refiere a bienes no económicos en los artículos 143, 1916 y 2116 del Código Civil, que se refieren a los daños morales y a valores estimativos o afectivos⁵⁹.

Los principales objetos del derecho en general, podemos decir que dentro del derecho familia encontramos a su vez las distintas formas de conducta que hemos caracterizado como objetos directos de la regulación jurídica. De esta suerte tenemos derechos subjetivos familiares, que principalmente se manifiestan en el matrimonio, entre los consortes; en las relaciones de parentesco, entre los parientes por consanguinidad, afinidad y adopción; en las relaciones específicas de la patria potestad entre padres e hijos, abuelos y nietos; así como en todas las consecuencias generales de la filiación legítima y natural. También encontramos derechos subjetivos familiares en el régimen de la tutela como una institución que puede ser auxiliar de la patria potestad o independiente de la misma⁶⁰.

Por lo tanto, podríamos sintetizar que el objeto de estos derechos subjetivos lo constituye la relación jurídica que se establece a través del poder o facultad que se tiene, oponible a todas las personas y al Estado en lo particular, con obligación con cargo a éstos de respetar, no sólo no hacer, y de promover los bienes o intereses personales y familiares que son bienes jurídicos; Estos derechos subjetivos familiares, no deben confundirse con los derechos de personalidad, los que conceden un poder a la persona para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades.

En el derecho de familia los sujetos que intervienen son personas físicas, excepcionalmente tenemos la injerencia de algunos órganos estatales como ocurre en

⁵⁹.- F. Chávez, Asencio Manuel. *La Familia en el Derecho*, Op. cit. p. 414

⁶⁰.- Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I*, Op. cit. p. 234.

el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de los hijos, la patria potestad y la tutela; también debe reconocerse la intervención del consejo de tutelas como organismo estatal que en el Código vigente tiene funciones importantes que cumplir.

Son sujetos en el derecho de familia:

a) Los parientes. - La categoría de parientes es esencial en el derecho familiar, por la diversidad de consecuencias jurídicas que se presentan en el parentesco consanguíneo que es el principal.

b) Cónyuges. - La calidad de consortes o cónyuges es importantísima en el derecho de familia, en virtud de que no sólo crea los sujetos especiales en el matrimonio.

c) Personas que ejerzan la patria potestad y menores sujetos a la misma.- Dentro del parentesco se originan las relaciones específicas que impone la patria potestad entre padres e hijos o, en su caso, entre abuelos y nietos.

d) Tutores e incapaces.- La incapacidad de ciertos sujetos (menores no sujetos a patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia o afectados en sus facultades mentales) origina que el derecho familiar regule relaciones específicas mediante la institución de la tutela, creándose así, como nuevos sujetos, a los tutores e incapaces, con el conjunto de derechos y obligaciones que después determinaremos al tratar de la citada institución.

e) Curadores, consejos locales de tutela y jueces pupilares.- En relación con la tutela misma se hace necesaria la intervención de otros sujetos que cumplen funciones especiales⁶¹.

⁶¹.- *Ibidem*. p. 233

Tanto el sentido activo como pasivo llamamos derechos humanos a los que surgen por el hecho de pertenecer a la especie humana y no de un pacto entre personas, o por ser otorgados por la autoridad.

En el sentido actual de la expresión, decir que hay derechos humanos o derechos del hombre, o derechos fundamentales, equivale a afirmar que existen derechos que el hombre posee por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad, *derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad pública, han de ser por ésta consagrados y garantizados*

De los derechos humanos existe una enumeración o relación que va ampliándose en la medida que se captan más las necesidades del ser humano. Pero dentro de ellas estimo que son fundamentales cuatro, porque sin éstos no sería posible lograr satisfactoriamente la vivencia de los otros derechos, y éstos son:

- a) *Derecho a la vida.* Toda persona tiene derecho a la vida, a que se respete su vida y la integridad física y moral a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Como derechos relacionados, que se encuentran en declaraciones y convenciones están: el derecho a la dignidad, a la integridad corporal, a la intimidad, al nombre, al trabajo, a la seguridad social, a la salud física y mental, a la propiedad privada, al descanso y a la personalidad jurídica.

- b) *Igualdad.* Todos los seres humanos nacen iguales en dignidad, lo que trae como consecuencia, la igualdad en el goce de todos los derechos civiles, políticos económicos, sociales y culturales. Todos los seres humanos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, igual protección de la misma.

Relacionados con este Derecho se encuentran los derechos a la legalidad, a la personalidad jurídica, al trabajo, a la propiedad privada, a la educación y a la participación política.

c) *Libertad*. Todo individuo tiene derecho a la libertad integral de su persona. Sólo se podrá privar de su libertad física por causas fijadas de antemano por la Constitución Política o por las leyes dictadas conforme a ella, y con arreglo al procedimiento fijado por éstas.

En estos derechos familiares es donde la presunción de muerte afecta, extinguiéndolos y los cuales la ley no considera que se le restituya, pues como se verá más adelante en el caso del matrimonio, no puede hacerse nada con relación a los derechos que tenía el ausente y que han quedado extintos, pues no se les puede restituir.

4.4.1 Patria potestad

La doctrina moderna se ha firmado en la condición de que la patria potestad es un derecho y un deber que descansa primigeniamente en lo natural, entonces se entiende que la patria potestad existe como situación de hecho natural y social, con una fuerte legitimidad propia, frente a la cual el derecho nada innova, limitándose a acomodarse a ella⁶²

Los derechos inherentes a la patria potestad y a la tutela se caracterizan como temporales debido a que se confieren sólo durante la menor edad, de las incapacidades o bien durante el tiempo que dure la interdicción de los mayores

sujetos a tutela, también la emancipación de los menores extingue tales derechos, en cambio, en el matrimonio y en el parentesco, los derechos familiares tienen el carácter de vitalicios, pues se conceden durante la vida del cónyuge o del pariente respectivo.

En los sistemas que admiten el divorcio o la ruptura absoluta del vínculo conyugal, los derechos familiares pueden tener la característica de temporales. Sin embargo, manteniéndose el matrimonio, las facultades de cada consorte tendrán el carácter de vitalicias.

Se ha determinado que los derechos y obligaciones respecto a la patria potestad son de suma importancia, como lo considera el jurista López de Carril, el derecho de los padres de ejercer respecto de sus hijos la autoridad y las obligaciones que les corresponden como consecuencia del vínculo establecido por el hecho de la procreación tiene jerarquía constitucional, en la patria potestad el derecho objetivo regula los derechos y deberes de los padres y también los de los hijos. Y el derecho subjetivo es el poder jurídico conferido al padre contra quién pretenda detentar un poder sobre sus hijos para ejercer la patria potestad y remover los obstáculos que se le opongan. La patria potestad es derecho familiar, indisolublemente ligado a los intereses del hijo, por lo cual, al defender su propio derecho, el padre defiende el interés del hijo llevando a la categoría de interés superior⁶³.

La institución familiar dentro de los más numerosos derechos subjetivos de doble funcionalidad es, sin duda, la patria potestad. Quien la inviste goza de verdaderos derechos subjetivos para el cumplimiento del deber hacia los hijos. La ley lo deja entrever claramente desde que la define en el artículo 264 Código Civil, como *conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las*

⁶².- López de Carril, Julio. *Derecho de la Familia*, Editorial Aleoledo Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 332

⁶³.- *Ibidem*, p. 341.

personas y bienes de sus hijos hasta cuando ofrece una amplia gama de posibilidades de rectificación y/o de sanción del ejercicio desviado de su fin natural, riesgoso para la salud física o moral del menor o abiertamente delictivo.

La patria potestad es un derecho que se origina de la paternidad y de la maternidad. La ley la reglamenta pero no crea la patria potestad, pues deriva de la relación natural habida entre ascendientes y descendientes es, por lo tanto, un derecho natural de los padres, que debe ejercerse por ambos en el matrimonio o por el encuentro al frente de la familia en caso de divorcio, separación, o aquellas familias constituidas por madres solteras.

Debe tomarse en cuenta que este derecho se fundamenta también en el derecho prioritario de los menores a recibir la atención completa, educación, cuidado y desarrollo integral humano y cristiano lo que se aprecia más claramente al estudiar los alimentos y la patria potestad.

Podría redactarse este hecho en la siguiente forma: Todo padre y toda madre, como consecuencia de la paternidad y maternidad, tienen derecho natural de ejercer la patria potestad en beneficio de sus menores hijos no emancipados a su reconocimiento y protección jurídica.

Los cónyuges disfrutarán de los mismos derechos en caso de disolución del matrimonio; los derechos personales de los cónyuges y de los hijos gozarán de plena protección jurídica, en especial de los menores no emancipados, los que en ningún caso podrán ser objeto en perjuicio de ellos de transacción entre los padres y con terceras personas, y tendrán una pensión alimenticia de acuerdo con sus necesidades⁴⁴.

⁴⁴.- F. Chávez, Ascencio Manuel. *La familia en el derecho*. Op cit, p 432

La patria potestad suspende un derecho familiar a través de la declaración de ausencia, presunción de muerte. Vinculación al artículo 4º Constitucional al establecer que:

El artículo 4º Constitucional, últimamente reformado, previene que “es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas⁶⁵.

La ley dice que la patria potestad se pierde cuando se condena expresamente a esa pena; o cuando se comete dos veces un delito grave. También en los casos de divorcio se sanciona al cónyuge culpable con esta infamia, ya que el legislador no consideró que el hijo pierde más cuando no tiene padre, que el padre cuando no tiene al hijo, pues es evidente que la intención del Código, de sancionar, no tomó en cuenta los mayores daños que se causarán con esta sanción. Si el divorcio se ha originado en el adulterio, el cónyuge culpable pierde la patria potestad⁶⁶.

La patria potestad es de tal naturaleza, que no puede ser extinguida ni absorbida por el Estado, como derivada que es de la vida misma de los hombres. Los hijos son como algo del padre, una extensión en cierto modo, de su persona, y si queremos hablar con propiedad, los hijos no entran a formar parte de la sociedad civil por sí mismos, sino a través de la familia dentro de la cual han nacido.

El artículo 443 del Código Civil vigente, establece como causas de terminación las siguientes:

La patria potestad de acaba:

⁶⁵.- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Editorial Porrúa, México 1998

⁶⁶.- Guítton Fuente Villa, Julian. *Qué es el derecho familiar*, Op. cit. p. 162.

- a) Con la muerte de quien la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga
- b) Con la emancipación derivada del matrimonio
- c) Por la mayor edad del hijo

Se suspende la patria potestad, según la ley si llega el ausente se restituye al en todos sus derechos puede un derecho familiar suspenderse dejando al menor sin protección familiar, social y jurídica, veamos el caso de un menor que vive solo con uno de sus padres, y es éste el ausente, el derecho que le corresponde según la ley, queda suspendido, pero puede quedarse un menor sin un derecho tan importante como ese.

Sin embargo la ley no contempla en sus causales ninguna con relación a la pérdida de la patria potestad;

La patria potestad se acaba:

- a) Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de este derecho; o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.
- b) En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283.
- c) Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;
- d) Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

4.4.2 Matrimonio y estado civil

El matrimonio como vínculo permanente da origen a una serie de relaciones que se proyectan durante toda la vida de los consortes, si no llegan a disolver su unión, el estado del matrimonio impone derechos y deberes recíprocos⁶⁷.

El matrimonio es tal vez, lo más importante de las instituciones sociales, por ser base y fundamento de todas las demás y en definitiva de la sociedad misma.

El matrimonio como acto jurídico genera una relación jurídica. Esta se integra, fundamentalmente, por un conjunto de deberes jurídicos conyugales y en forma complementaria por obligaciones necesarias para que los consortes puedan vivir en común.

Se debe tomar en cuenta que esos deberes y obligaciones no son efectos del matrimonio, como se considera por varios autores, quienes al tratar sobre los efectos señalan estos deberes y obligaciones. Estimo que pertenecen al objeto del acto jurídico matrimonial el cual, a semejanza de los actos jurídicos en general, crea derechos y obligaciones; en el caso del matrimonio es la creación de deberes y obligaciones con sus correspondientes facultades y derechos. Como efectos señalo aquellos que se derivan de la institución matrimonial, que son actos o instituciones que derivan del mismo.

Para algunos autores como Chávez Ascencio afirma que el matrimonio no es un contrato ya que dentro del artículo 130 Constitucional, se suprimió la calificación de contrato al matrimonio, al superarse la pugna habida entre Iglesia y Estado que

⁶⁷.- Soto Alvarez, Clemente. *Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil*, Op. cit. p. 101

concluyó en el antiguo artículo 130 que calificaba al matrimonio como contrato para desvincularlo del sacramento religioso. Hoy solamente se señala en el penúltimo párrafo que “los actos del estado civil de las personas son de exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan, dentro de los cuales se encuentra el matrimonio. Lo anterior permite adecuar la institución matrimonial a la realidad y no limitarnos a un contrato al estar superada la teoría contractualista.

A diferencia de otros contratos, por la naturaleza de la persona humana y la propia naturaleza del matrimonio, éste no puede determinarse por voluntad de las partes, ni rescindir por incumplimiento o violación de los deberes y obligaciones conyugales, siempre se requiere de la autoridad pública, que se expresará en sentencia por el juez de lo familiar. En el caso de que hubiere mutuo acuerdo para la disolución del matrimonio no basta el acuerdo de ambos cónyuges, siempre requerirá la presencia y resolución de la autoridad pública⁶⁸.

El acto jurídico conyugal y la declaración judicial, de acuerdo a lo visto tienen distintos efectos. Por el consentimiento se genera el acto jurídico familiar que produce sus efectos jurídicos consistentes en la creación de deberes personales y las obligaciones y derechos económicos entre los cónyuges, que son intrínsecamente permanentes; la sola voluntad de los consortes no puede terminar esta relación jurídica. La declaración del juez del Registro Civil tiene distintos efectos jurídicos, que son: otorga legalidad al acto jurídico; hace que éste produzca efectos *erga omnes*; y confirma la permanencia evitando que las partes lo puedan dar por terminado. Lo anterior significa que los efectos jurídicos del consentimiento que los contrayentes expresan y los efectos jurídicos de la declaración del juez del Registro Civil son

⁶⁸ - F. Chávez, Asencio Manuel. *La familia en el Derecho*, Op. cit. Pp. 86-87.

diversos, pero complementarios y necesarios para que la pareja contraiga matrimonio.

Requiere también de la capacidad, que no haya vicios en el consentimiento y de una serie de formas y solemnidades especialmente previstas para el matrimonio. Es decir, se requiere de elementos esenciales que permitan la existencia del matrimonio y de elementos de validez.

Relacionado el artículo 2224 con el 1794 del Código Civil, podemos determinar como elementos esenciales de un acto jurídico: la manifestación de la voluntad y la existencia de un objeto física y jurídicamente posible; pero en el caso especial del matrimonio debemos agregar, además, la celebración ante la presencia del juez del Registro Civil y dos testigos la diferencia de sexos⁶⁹.

Sin embargo, el artículo 178 del Código Civil, establece que el matrimonio es un contrato celebrado bajo cualquiera de los dos regímenes, la sociedad conyugal y la separación de bienes.

La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones relativas al contrato de sociedad.

La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante el, puede comprender no solo los bienes de que sean dueños los esposos al formarla, sino también los bienes futuros que adquieran los consortes.

⁶⁹.- Ibidem, p. 88.

Las capitulaciones, matrimoniales son los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de las mismas respectivamente, estas pueden otorgarse de la celebración del matrimonio o durante el y puede comprender no solo los bienes de que sean dueños los esposos en el momento de hacer el pacto, sino los que adquieran después.

Las capitulaciones matrimoniales deberán hacerse en Escritura Pública, así también cuando los esposos deseen hacerse partícipes o transferirse la propiedad el de bienes haciendo la respectiva anotación en el protocolo y su inscripción en el Registro Público.

La sentencia que declare la ausencia de alguno de los cónyuges, modifica o suspende la sociedad conyugal, en los casos señalados en este Código.

Así el artículo 197 del citado Código Civil, establece que la Sociedad Conyugal termina por la disolución del matrimonio, por voluntad de los consortes, por sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente y en los casos previstos en el artículo 188.

Causas de terminación de la Sociedad Conyugal:

- a) Si el socio Administrador, por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza arruinar a su consorcio o disminuir considerablemente, los bienes comunes.
- b) Cuando el Socio Administrador, sin el consentimiento expreso de su cónyuge, hace cesión de bienes pertenecientes a la Sociedad Conyugal.
- c) Si el Socio Administrador es declarado en quiebra o en concurso.

d) Por cualquier razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente.

Artículo 698.- La declaración de ausencia interrumpe la Sociedad Conyugal a menos que en las capitulaciones matrimoniales, se haya estipulado otra cosa.

Entendemos que en la primer instancia de declaración de ausencia interrumpe la sociedad conyugal, ahora bien la presunción de muerte termina con la sociedad conyugal, el artículo 195 del Código Civil establece que la sentencia declarada la ausencia de alguno de los cónyuges, modifica o suspende la sociedad conyugal.

El artículo 698 del mismo ordenamiento, establece que la declaración de ausencia interrumpe la sociedad conyugal.

Asimismo, el artículo 267 establece como causales de divorcio, la ausencia legalmente hecha ó la presunción de muerte y si el divorcio tiene como fin la disolución del vínculo *matrimonial* y el artículo 197 establece que la sociedad conyugal termina por la disolución del vínculo, entendemos entonces que la declaración de ausencia legalmente hecha modifica, suspende, interrumpe y en forma indirecta termina con esta sociedad conyugal contraída al celebrar el matrimonio.

No obstante, que el artículo 713 establece que la presunción de muerte de un ausente casado pone fin a la sociedad conyugal, el artículo 704 establece que si el cónyuge ausente regresa o se probare su existencia, quedará restaurada la sociedad conyugal, entendamos por restaurada, como el volver a poner en aquel los derechos o estimación que antes tenía.

La ley me permite modificar, suspender, interrumpir y hasta terminar con la sociedad conyugal, en este sentido se tendría que modificar la ley pensando con exactitud cual deberá su forma o sentido correcto, tratándose de uno de los cónyuges.

El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro artículo 267 fracción X establece que la declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga esta que preceda la declaración de ausencia.

Declarada la ausencia de un cónyuge no puede pedirse el divorcio por mutuo consentimiento, pues el estado de la ausencia impide que puedan observarse los trámites ordenados en los artículos. 272 y 273, dado que exigiendo éstos la comparencia de ambos cónyuges a la presencia judicial,, esta comparencia no puede realizarse, precisamente por la ausencia en ignorado paradero de uno de ellos.

Pero sí puede instarse el divorcio necesario con arreglo al art. 267, el que determina las causas de divorcio, estableciendo en su fracción X, la siguiente:

La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga esta que preceda la declaración de ausencia.

Por regla general, las causas que dan lugar al divorcio deben llevar consigo, una falta voluntaria en el cónyuge demandado, y por eso la generalidad de las legislaciones no admiten la ausencia como tal causa, salvo, que se convierta en la de abandono malicioso, y en un país como el nuestro, donde la emigración constituye una verdadera necesidad social, carecería siempre, de razón de ser.

Respecto a los hijos, quedarán todos en poder del cónyuge presente, que será el único que tendrá sobre ellos la patria potestad, y por consiguiente, su representación, el usufructo y administración de sus bienes, esto debe acordarse siempre en caso de ausencia.

En cuanto a los bienes, queda disuelta la sociedad conyugal, practicándose su liquidación, y tanto el marido como la mujer, adquieren la libre disposición y administración de sus bienes propios, y de los que por resultado de la liquidación se les adjudique.

Además de los efectos señalados, están los específicos relativos a la declaración de presunción de muerte del cónyuge ausente, los herederos que habían entrado en posesión provisional de los bienes del ausente se convierten en poseedores definitivos artículo 706 Código Civil; y respecto a los efectos con el cónyuge el artículo 713 establece que la sentencia que declare la presunción de muerte de un ausente casado, pone término a la sociedad conyugal.

Si el cónyuge ausente regresa o se probare su existencia, quedará restaurada la sociedad conyugal, igualmente tendrá derecho únicamente a alimentos el cónyuge presente que no sea heredero ni tenga bienes propios.

De acuerdo con nuestro Código Civil vigente, el ausente puede en todo el tiempo recuperar sus bienes con la mitad de sus frutos naturales y civiles que hayan producido en su ausencia, o en el estado en que estén, el precio de los enajenados o los que hubieran adquirido con su precio.

4.5 Suspensión y terminación de derechos

Reincorporación del ausente

De modo que el primer efecto de la muerte presunta produce, mejor dicho, la sentencia declaratoria de la misma, transcurrido el plazo que marca el Código Civil, es la apertura de la sucesión cosa lógica, pues presumiendo la ley que ha fallecido, esta presunción es incompatible con la administración de la ausencia declarada, y los bienes se adjudicarán a los herederos del ausente, no de una manera provisional, sino que los adquieren efectivamente y a título definitivo, pero revocable. Para esta adjudicación y entrega a los herederos hay que atender, ante todo, a si el ausente hizo o no testamento como es lógico, para proceder por los trámites de los juicios de testamentaría o abintestato, respectivamente; Pero la muerte presunta no constituye un estado completamente definitivo como la real, y, por lo tanto, hay que rodear a aquélla en sus efectos civiles, de mayores garantías que ésta, no sólo en beneficio de los interesados en la sucesión, cuando realmente ocurra la muerte del ausente, sino también para poner a salvo el derecho de reversión o restitución que al mismo corresponde, en el caso de presentarse o de probarse su existencia.

El Código Civil no autoriza a dar efectos retroactivos a la presunción de muerte, ni puede aplicarse la interpretación análoga fundada en los preceptos generales de las sucesiones, pues éstos se refieren y se aplican a los casos normales de fallecimiento real y verdadero, completamente distintos de los en que dicho fallecimiento es presunto; y así lo comprueba la frase *se abrirá la sucesión* que emplea el artículo 1649, esto es, se procederá a su apertura, y para ello es necesario que conste la defunción verdadera o presunta del causante, y como la última no puede constar mientras no esté declarada judicialmente, es claro que no procede retrotraer sus

fectos, dado que si el código lo hubiera querido, habría establecido la retroacción pues donde la ley no distingue no es lícito distinguir.

La idea de reincorporación corresponde a la de volver al sujeto al estado en que se encontraba antes de haber sido desplazado del mundo jurídico de su época y lugar.

El objeto de este procedimiento es desde luego lograr que la persona declarada muerta, vuelva a la vida jurídica en el estado que pueda por consiguiente realizar sus actividades dentro de todas y cada una de las esferas del derecho.

Competencia del Tribunal ante el cual se solicita la reincorporación debe estar limitada a la competencia de quien originalmente conoció del juicio, es al juez a quien compete invocar la presunción de muerte en caso de que no comparezca el ausente, debe iniciarse con el llamamiento que se haga a las personas que intervinieron en el juicio de desincorporación, a fin de que las mismas aleguen lo que a su derecho convenga.

La legislación aplicable a la ausencia sólo puede inspirarse en dos principios:

- Si el ausente se le supone vivo, hay que respetar su personalidad jurídica;
- Si cabe presumirle muerto, hay que extinguir su capacidad jurídica⁷⁰.

Es de orden público, ya que las convenciones que hagan los padres con terceros tendientes a limitar o modificar la regulación jurídica específica son de ningún valor además por el interés social de ese régimen⁷¹.

⁷⁰.- Ogayar Ayllón, Tomás, *La ausencia en el derecho sustantivo y adjetivo*, Op. cit. p. 151

⁷¹.- López de Caril, Julio *Derecho de la familia*, Op. cit. p. 344

Efectos de la reincorporación

El juez deberá dictar la resolución respectiva, con efectos declarativos que restituya al declarado presunto muerto en todos y cada uno de sus derechos, de los que fue privado y que aún puede recuperar, solamente podrá reincorporar los derechos relativos a su persona, los derechos patrimoniales de los cuales gozaba antes de su ausencia no podrá recuperarlos ni ejercitarlos nuevamente.

Artículo 710 del Código Civil establece que los poseedores definitivos darán cuenta al ausente y a sus herederos, el plazo legal correrá desde el día en que el primero se presente por sí o por apoderado legítimo, o desde aquel que por sentencia que cause ejecutoria se haya deferido la audiencia.

Los herederos más próximos del ausente, serán llamados a sucederle en el día en que se pruebe su fallecimiento, estando obligados los poseedores de los mismos bienes, a restituirlos con las reservas que a su favor y respeto de los frutos o renta establece el artículo 127 que si el ausente regresa, o si se demuestra su existencia después de la posesión definitiva, recobrará sus bienes únicamente en el estado en que se encuentren, pero podrá reclamar el precio de los que hubieren sido enajenados, como también los bienes adquiridos con el precio de sus bienes vendidos.

La declaración de muerte puede revocarse, bien porque se consigue probar que ha muerto el ausente o porque este aparezca vivo. En el primer supuesto, se tiene constancia de la muerte del declarado fallecido, cesaran las limitaciones que se impusieron a sus herederos. Si el ausente reaparece con vida, la autoridad judicial deja sin efecto la declaración. De esta forma, el ausente puede recobrar sus bienes de

manos de los herederos o el precio de los que se hubieren vendido, así como las propiedades que con ese dinero se hubieren adquirido⁷².

En ocasiones, la persona deja de dar noticias de sí misma: puede haber fallecido, pero puede negarse que aún viva; a esta incertidumbre sobre la vida física no puede sin embargo corresponder una incertidumbre semejante de las relaciones jurídicas referentes al sujeto de que se trata y a sus eventuales herederos, legatarios etc.

En tal virtud, en un primer período, los interesados o el Ministerio Público pueden pedir a los tribunales del último domicilio o de la última residencia del desaparecido, el nombramiento de un custodio que lo represente y se encargue de la conservación de sus bienes. Esto, respecto del patrimonio que tenía hasta el día en que dejó de dar noticias de su existencia. En cuanto a los derechos que hubiese adquirido posteriormente, estando aún vivo, nadie puede adquirirlos en su nombre y por lo tanto pasarán desde luego a aquellos a quienes corresponderían, si hubiese fallecido cuando desapareció, pero si regresa, puede exigirlos.

Restitución de los bienes del ausente

La restitución de los bienes se hará al regreso del ausente, y comprenderá la evaluación de todos aquellos bienes que hubiese adquirido, salvo que fuesen fungibles, entendiéndose estos como los clasificados por su posibilidad de substitución, aquellos bienes que pueden ser substituidos por otros al momento de la restitución, mismos que se devolverán otros tantos de igual especie o calidad, o si se hubiesen enajenado, los inmuebles se entregará el precio de venta o los bienes que hubiesen adquirido con los frutos de esta operación⁷³.

⁷².- Véase *Enciclopedia Microsoft, Encarta*.

⁷³.- De lo expuesto, resulta, sin duda, que si después de la declaración de presunción de muerte, se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al

Si se presentase el ausente o se probare su existencia después de que se haya otorgado la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se hallen, el precio de los enajenados o los que hubieren adquirido con el mismo precio, no podrá reclamar ni frutos ni rentas.

La posesión definitiva termina:

- a).- Con el regreso del ausente
- b).- Con la noticia cierta de su existencia
- c).- Con la certidumbre de su muerte.
- d).- Con la sentencia ejecutoria que declare que otras personas son los herederos testamentarios o legítimos del ausente.

La sentencia que declare la presunción de muerte de un ausente casado, pone término a la sociedad conyugal.

El representante y los poseedores provisionales y definitivos en sus respectivos casos, tienen la legítima representación del ausente en juicio y fuera de él.

Conclusiones

PRIMERA.- Existe la necesidad de crear una excepción al artículo 22 del Código Civil, en donde se exprese que la declaración de presunción de muerte hecha por un juez competente que cause estado, además de restringir y limitar el cumplimiento de un derecho u obligación de la persona, termina con la capacidad jurídica del sujeto que presuntivamente se encuentra muerto, hasta llegar a perder aquella titularidad de derechos y obligaciones.

SEGUNDA.- Se requiere reformar el artículo 22 citado, en el sentido de que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento, y no sólo la muerte puede terminar con la capacidad jurídica, sino que también, la declaración de presunción de muerte hecha por autoridad competente y que haya causado estado, termina con los derechos adquiridos o los que se adquirieron como consecuencia de la celebración de un acto jurídico, de manera que propongo la adición de un segundo párrafo a la referida disposición, mediante el cual se establezca la siguiente excepción:

“En los casos de orden familiar, la declaración de presunción de muerte emitida por la autoridad judicial competente, dará por terminada la capacidad jurídica de la persona que se encuentre ausente”.

TERCERA.- La restitución de los derechos del declarado ausente o presuntivamente muerto, cuando se presentare o se probare su existencia, se llevará a cabo en forma directa acreditando su personalidad, recobrando sus bienes en el

estado en que se hallen, así como el importe de los enajenados, o los que se hubieran adquirido con el precio de los mismos, pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

CUARTA.- La restitución de aquellos derechos que fueron suspendidos tendrán que hacerse invariablemente, pero la ley no restituye los derechos de orden familiar como en el caso del matrimonio, donde al declararse la presunción de muerte, la persona que se encuentra con la incertidumbre de su cónyuge, tiene la facultad de pedir al juez que disuelva el vínculo matrimonial contraído con el ausente y presuntivamente muerto; y si es otorgado el divorcio mediante una sentencia favorable, dicha persona queda en aptitud de contraer nuevas nupcias, pero aún cuando el ausente regrese, éste no podrá solicitar la restitución de sus derechos familiares que tenía con su cónyuge, si éste ha constituido un nuevo matrimonio.

QUINTA.- La restricción de derechos en el orden familiar que produce la declaración de ausencia y presunción de muerte en el matrimonio es directa, ya que no se cuenta con la facultad de exigir la restitución de estos derechos, quedando por ello extintos y perdiendo esa capacidad de ejercicio de la cual no es posible solicitar su reintegración.

SEXTA.- La declaración de ausencia que suspende, modifica y limita los derechos adquiridos, también extingue la capacidad jurídica a través de la resolución judicial que declare la presunción de muerte de un ausente.

SEPTIMA.- En la patria potestad que tiene el declarado ausente respecto de sus hijos, se suspende y no puede exigirse que se retribuya o se anule esa suspensión para seguir ejerciendo la patria potestad.

OCTAVA.- Las personas que no tienen capacidad jurídica por algún impedimento legal, a pesar de sus limitaciones, pueden ejercer sus derechos o contraer obligaciones a través de sus representantes legales, por lo que para estas personas no se ve limitada dicha capacidad.

NOVENA.- Al nacer una persona es registrado su nacimiento en el Registro Civil, asimismo al morir también se registra su deceso, considero necesario la inscripción de las presunciones de muerte y la declaración de la misma, inicialmente como provisionales en tanto se desarrolla el proceso del ausente y convirtiéndose éstas en definitivas una vez dictada la sentencia que cause estado.



Bibliografía

- 1.- Manuel Mateos Alarcón, "Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal" Tomo I, Librería de J. Valdéz y Cerna, 1987.
- 2.- Luis Josserand, "Derecho Civil" Tomo I Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa, America CIA, Buenos Aires Argentina, 1950.
- 3.- Josefina, Fong Osio Salazar, "Ausencia Presunción de Muerte", Tesis UNAM, México 1963.
- 4.- Julian Bonecasse, "Elementos de Derecho Civil" Editorial Jose María Cajica Jr. Tomo I, 1945.
- 5.- Jose Castan Tobeñas, "Derecho Civil Español, Común y Foral" Tomo I, Cuarta Edición Editorial Reus, S.A. Madrid 1963.
- 6.- Ernesto Gutiérrez y González, "El Patrimonio", Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1990.
- 7.- Marcelo Planiol y Jorge Ripert, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés" Tomo I, Cultural Habana, 1927.
- 8.- "Código Civil para el Distrito Federal", Grupo Editorial Miguel Angel Porrúa, México, 1997.
- 9.- Jorge Alfredo Domínguez Martínez, "Derecho Civil", Parte General, Editorial Porrúa, México, 1994.
- 10.- Manuel F. Chávez Asencio, "La familia en el Derecho", Derecho Familiar y Relaciones Jurídicas, México, 1996.
- 11.- "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia "Joaquin Escriche Norbaja California, Ensenada México, 1974.
- 12.- "Enciclopedia Jurídica Omeba" Tomo I, Biblioteca Argentina Buenos Aires, Argentina 1975.
- 13.- Tomas Ogayar y Ayllón, "La Ausencia en Derecho Sustantivo y Adjetivo" primera Edición, Editorial Reus S.A. Madrid, 1936.

- 4.- Miguel Angel Zamora y Valencia "Contratos Civiles" Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.
- 5.- "Enciclopedia Microsoft® Encarta® 98", 1993-1997, Microsoft Corporation.
- 6.- "Ley sobre Relaciones Familiares".- Edición Oficial. Imprenta de Gobierno México, 1917.
- 7.- Giuseppe Branca, "Instituciones de Derecho Privado", Traducción de la sexta edición Italiana por Pablo Macedo, Editorial Porrúa, México, 1978.
- 8.- Rafael Rojina Villegas, "Compendio del Derecho Civil I, Introducción Personas y Familia", Vigésima Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1988.
- 9.- Antonio de Ibarrola, "Derecho de Familia", Cuarta Edición, Editorial Porrúa S.A , México 1993.
- 10.- Manuel F. Chávez Ascencio, "La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Conyugales", Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A, México, 1990.
- 11.- Julio J. López del Carril, "Derecho de la Familia", Aleoledo Perrot, Quinta Edición Buenos Aires, Argentina 1984.
- 12.- Julian Hüitrón Fuente Villa, "Qué es el Derecho Familiar", Tercera Edición, Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, México 1987.
- 13.- Clemente Soto Alvarez, "Prontuario de Introducción del Estudio del Derecho y Nociones del Derecho Civil", Tercera Edición, Editorial Limusa, México, 1982.
- 14.- Eduardo A. Zannoni, "Derecho de Familia", Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina 1981.
- 15.- Ignacio Galindo Garfias, "Derecho Civil" Primer Curso, Parte General, Personas Familia, Décima Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1990.
- 16.- "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Editorial Porrúa, México, 1997.
- 17.- García Gollena Florencio, "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español", Madrid, 1934.