

INTRODUCCIÓN

Estudiar el tema de los Ausentes y la Presunción de Muerte, se antoja cuando menos ocioso o meramente académico, sin fin práctico. Sin embargo, goza de absoluta actualidad. En una sociedad inmersa en la incertidumbre por la expansión del crimen organizado, la escasez de oportunidades de trabajo que obliga a las personas a desplazarse de su lugar de origen, y una terrible inseguridad en nuestras personas y en nuestros bienes, se hace patente y necesario el análisis de la institución de la Ausencia, cuyo propósito fundamental consiste en garantizar seguridad jurídica.

Día a día, basta leer los titulares del periódico para enterarnos de situaciones reguladas por esta institución. Cuántas veces hemos sido consultados respecto de los bienes de personas que emigraron hace muchos años y de los cuales no se ha tenido noticia alguna. Personas que se fueron a vivir al extranjero con la ilusión de encontrar un futuro mejor y que abandonaron no solo sus bienes, sino hasta sus familias, dejándolos en precaria situación económica e imposibilitados para disponer de esos bienes, mientras no se resuelva la situación jurídica del ausente.

Al despertar, leemos terribles noticias en los titulares de los periódicos, referentes a personas secuestradas y no reintegradas a sus familias por los secuestradores a pesar de haber pagado los rescates, cuyo paradero y suerte desde luego se ignora. Los famosos “levantones”, con la finalidad de asesinar a los individuos que son víctimas de dichas acciones, cuyo destino igualmente se desconoce, y así podemos seguir relatando tantos y tantos hechos productores de situaciones propias de la ausencia.

No por ello dejamos de señalar la desidia del legislador,

más interesado en los temas populistas, retributivos de votos que satisfacen sus ambiciones políticas, que por realizar una reforma integral del capítulo correspondiente del Código Civil, con la finalidad de actualizar el procedimiento, acortando plazos y reduciendo publicaciones para hacerlo más accesible y útil a los fines que persigue.

Ya Venustiano Carranza, en la exposición de motivos de la Ley de Relaciones Familiares, hace 90 años, aludía a la necesidad de acortar los plazos establecidos por el legislador en el Código Civil de 1870, entonces con 47 años de vigencia, y sin embargo nuestro código se mantiene intocado en este sentido después de casi el doble del tiempo.

Por lo anterior, consideramos necesario el estudio de esta institución, con la proposición de mejorar el procedimiento en los aspectos anunciados.

TÍTULO PRIMERO LA PERSONA

No es la intención de este estudio ahondar en el concepto filosófico de la persona a través de las diferentes definiciones que nos ofrece la doctrina, sino precisar el concepto jurídico para los efectos que interesan a la institución que trataremos. Desde luego, nos referiremos a la persona física, toda vez que los supuestos en estudio no aplican a las personas colectivas, denominadas personas morales.

Distingue el derecho el concepto de persona del lenguaje común, pues en tanto para este último la persona se asimila al ser humano, el primero solo la considera en sus relaciones jurídicas actuales o en potencia, es decir, en cuanto es o puede ser sujeto de derechos y obligaciones.

El CC en su artículo 22, reconoce personalidad jurídica a todos los seres humanos, al concederles capacidad de goce y de ejercicio. El CCF es de idéntica redacción y de ambas leyes sustantivas concluimos la identidad existente entre el orden natural de las cosas y el ordenamiento jurídico. El nacimiento es el hecho de la naturaleza por el cual una persona adquiere sustancia, identidad, existencia. Este hecho ha sido integrado al orden jurídico como un supuesto de la personalidad del sujeto, quien al ser reconocido como persona por el derecho resulta apto para ser titular de derechos y obligaciones.

En este orden de ideas, el nacimiento de la persona produce sin más requisito, el reconocimiento de su existencia por el ordenamiento jurídico; este reconocimiento se conoce en el ámbito legal con el apelativo “personalidad jurídica”. A su vez, la personalidad jurídica le concede capacidad, es decir, la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones.

Reza el artículo 22:

La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero 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.

Nuestros códigos reconocen igualdad absoluta en la capacidad del hombre y de la mujer (art. 2 de ambos códigos civiles). No obstante la diversa redacción de la disposición, el supuesto normativo en ambos códigos es la igualdad de las personas en cuanto a su capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones, la cual no se ve disminuida ni alterada por razón alguna, con excepción de la capacidad de ejercicio, que puede restringirse o extinguirse por razón de edad o por la condición física o intelectual que impiden al sujeto obligarse, gobernarse o manifestar su voluntad por sí mismo o por algún medio que supla su deficiencia (art. 450 CC). No obstante, estas incapacidades son restricciones a la capacidad de ejercicio, las cuales no extinguen los derechos del incapaz, tan solo le impiden ejercitarlos personalmente, debiendo hacerlo por conducto de su representante legal.

El artículo 23 de ambos códigos civiles establece este principio, no obstante no ser de idéntica redacción, pues en tanto el CC hace referencia a la capacidad de ejercicio, el CCF se refiere a la personalidad jurídica. En mi concepto, la redacción del cc es correcta, en atención a la distinción precisada entre los conceptos de personalidad y capacidad jurídica.

Pero nuestros ordenamientos resultan incompletos cuando confieren personalidad al ser humano, pues si bien reconocen su existencia desde el momento de su concepción (personalidad jurídica), le conceden capacidad limitada. De la lectura del numeral 22 de ambos códigos civiles, nos percatamos que el individuo es reconocido por el derecho aún y cuando no ha nacido, es decir, en estado de gestación en el vientre de su madre. Así lo establece el legislador al conceder protección legal al no nacido. Sin embargo, le concede capacidad de goce limitada, pues solo le permite ser sujeto de determinados derechos (donatario, heredero, legatario, fideicomisario).¹

¹ PACHECO ESCOBEDO (*La Persona en el Derecho Civil Mexicano*, p. 28) sostiene: "La afirmación, muy común entre los civilistas de que la persona humana

Esta capacidad también se encuentra condicionada de acuerdo con la disposición contenida en el artículo 337 de ambos códigos, ya que solo se le tiene por nacido y por lo tanto sujeto de derechos, cuando desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil.

La consecuencia para la persona, así reconocida por el derecho, de no nacer vivo y viable como lo establece la norma citada en el párrafo precedente, será la incapacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, es decir, de ser parte en una relación jurídica, sin embargo, el simple reconocimiento del derecho como persona, le confiere los derechos de la personalidad, entre ellos el más importante de todos, el derecho a la vida.²

comienza con el nacimiento, o que sólo se tiene personalidad para ser titular de derechos y obligaciones cuando el concebido ha nacido vivo y viable (Art. 1314 del Cód. Civ.) puede llevar a equívocos si no se consideran las cosas correctamente. En efecto, para el Derecho Civil en concreto, “sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil” (Art. 337 del Cód. Civ.). Esto no quiere decir de ninguna manera que antes de reunirse esas condiciones el concebido o el ya nacido no sea persona. A lo que el Derecho Civil se está refiriendo con estas normas, es al principio formal de la persona humana no al principio natural de la persona humana. El Derecho Civil no pre-juzga sobre el inicio de la vida porque no es de su competencia el establecerlo, sólo está señalando unos requisitos para que ese ser humano, que ya existe, puesto que el Derecho no puede dar personalidad a un sujeto que no existe, pueda adquirir en definitiva los derechos y obligaciones que ya antes el propio Derecho le había atribuido pero que por meras conveniencias de seguridad jurídica y orden público, estaban sujetos al imponderable de la condición suspensiva de su nacimiento vivo y viable. ”

² PACHECO ESCOBEDO, *opus cit*, p. 32, dice “El no nacido es capaz de heredar, no así el no concebido, pues aún no existe (art 1314 del Cód Civ); el no nacido abre un compás de espera en el discernimiento de la sucesión (Art. 1638), modifica las obligaciones alimentarias de la sucesión (art, 1643); suspende la partición de la herencia (art. 1648); puede recibir donaciones (art. 2357) y en consecuencia tener un patrimonio, con todas sus consecuencias: tener un representante, contratar, obligarse, etc. Con esto, se ve que el no nacido pero ya concebido, ha irrumpido ya en el campo del Derecho, han nacido para él derechos y obligaciones, y ha modificado con su sola presencia oculta la situación jurídica de otros. No le falta nada para ser persona y si el Derecho deja en suspenso esas relaciones jurídicas existentes ya en ese sujeto, esperando la condición suspensiva de su nacimiento vivo y viable, es sólo por razones de seguridad y claridad en el mundo jurídico y por la nula utilidad práctica de mantener como existentes esos derechos y obligaciones si muere antes de nacer, no porque desconozca el carácter de persona al no nacido”

TÍTULO SEGUNDO ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD

¿Qué es un atributo? En el sentido filosófico de la palabra, es aquello inherente a la substancia que permanece inmutable y la caracteriza. Sin embargo, en el campo del derecho, debemos entender por atributo a las cualidades de la persona, todas aquellas que la distinguen de los demás seres de su especie.

La doctrina estudia los atributos de la persona y enumera el nombre, la capacidad, el estado civil, el patrimonio, el domicilio y la nacionalidad. Para la institución cuyo estudio nos ocupa, tienen especial relevancia la capacidad, el estado, el patrimonio y el domicilio. Para facilitar su estudio, brevemente hago referencia a cada una, remitiéndome al capítulo anterior por lo que se refiere a la capacidad.

1. EL ESTADO DE LAS PERSONAS

El estado de la persona es la situación en la que se encuentra en sus relaciones con las demás personas en su medio social. PLANIOL Y RIPERT (*Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, p. 9), lo definen: “Se llama estado de una persona, ciertas condiciones que la ley toma en consideración para atribuirle efectos jurídicos. El lenguaje jurídico no considera como elementos del estado civil sino las cualidades inherentes a la persona...”. Considero equívoco el término “condiciones”, pues en nuestro lenguaje jurídico se refiere a un acontecimiento futuro de realización contingente del que dependen los efectos de un acto jurídico, por esta razón, prefiero precisar que se trata de una situación, es decir de una posición en la cual se encuentra el sujeto, productora de efectos jurídicos *per se*.

La doctrina sostiene de manera general, que las consecuencias de derecho se producen cuando se actualiza la hipótesis normativa, a través de un hecho natural o del hombre o bien un acto jurídico, caracterizando los dos primeros por la ausencia de la voluntad del sujeto, de obtener los efectos de derecho contemplados en la norma, en tanto el último se distingue precisamente por esa voluntad. Sin embargo, en el caso de la Ausencia, no podemos clasificarla en esta división tripartita, pues no encuadra en ninguna de las definiciones anotadas.

Los efectos jurídicos producidos por la Ausencia, no tienen por presupuesto un hecho natural ni humano, sino una situación de carácter continuado en la que se coloca el sujeto con efectos permanentes (aunque no irreversibles) en todas sus relaciones jurídicas.³

2. EL PATRIMONIO

Tradicionalmente por patrimonio entendemos el conjunto de bienes, derechos y obligaciones apreciables en dinero.

³ ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo I, pp. 169 y ss., hace una distinción entre los hechos, actos y estados jurídicos como únicas formas de realización de los supuestos jurídicos: “La doctrina distingue sólo entre hechos y actos jurídicos como formas de realización de los supuestos de derecho, sin comprender los estados jurídicos. Tomando en cuenta que múltiples consecuencias de derecho dependen de situaciones jurídicas permanentes a las cuales no podríamos darles el nombre de hechos o de actos, hemos sostenido ya la necesidad de introducir una tercera categoría tan importante como las dos antes mencionadas. Sería impropio decir que las consecuencias jurídicas que resultan del estado de capacidad o de incapacidad, de la mayoría o de la minoría de edad, de la ausencia, del concurso, de la quiebra, de la existencia de minerales en el subsuelo, del desnivel de los predios, del parentesco legítimo o natural, etc., etc, Dependen de hechos o actos jurídicos. En cada uno de los casos mencionados y otros muchos que podrían presentarse (nacionalidad, ciudadanía, condición del extranjero, etc), las facultades y deberes que se desprenden de esas situaciones jurídicas no dependen de un acontecimiento como hecho natural o del hombre, ni tampoco de un acto jurídico como manifestación de voluntad con la intención de producir determinadas consecuencias de derecho, sino de un verdadero estado que viene a constituir una especial condición jurídica del sujeto titular de los derechos o responsable de las obligaciones . El estado jurídico es una situación permanente de la naturaleza o del hombre, prevista en la norma de derecho como supuesto para producir múltiples y constantes consecuencias de derecho”

Sin embargo, la ausencia tiene repercusiones no solo en los citados conceptos, sino en la totalidad de las relaciones jurídicas.

El concepto ampliado del patrimonio, resulta trascendente al tratar el tema que nos ocupa, atendiendo a su estructura legal, la cual está dividida en dos apartados, el primero a su vez comprende dos etapas, la ausencia aún no declarada, caracterizada por medidas provisionales de carácter jurisdiccional y el segundo una vez declarada la ausencia, el cual se distingue por la entrega de los bienes del ausente a los poseedores provisionales, ambas etapas con idéntica finalidad: la conservación y administración de los bienes.

El segundo apartado, a partir de la declaración de presunción de muerte del ausente, con efectos de posesión definitiva de los bienes del presunto muerto a favor de los herederos testamentarios o legítimos, con finalidad diversa a la de la etapa anterior, pues en esta, la liquidación del patrimonio es la característica fundamental.

En el transcurso de estas etapas, se producen diversos efectos jurídicos tanto sobre los bienes como en las relaciones jurídicas, patrimoniales y personales (sociedad conyugal, patria potestad, tutela, albaceazgo etcétera).⁴

⁴ ROJINA VILLEGAS (*opus cit*, Tomo I, p. 127), al hablar de la división del derecho civil, indica que tiene por objeto regular tres materias fundamentales: a) personas; b) familia y c) patrimonio, denominando a cada una de ellas derecho de las personas; derecho de familia y derecho civil patrimonial. A su vez, respecto del derecho patrimonial lo divide en régimen jurídico de los derechos reales, régimen de las obligaciones o derechos personales y sistemas de liquidación patrimonial en la herencia, el concurso y la ausencia. Respecto de este último dice: "Por último, el sistema de la ausencia implica tanto la preservación patrimonial, como la liquidación ante la presunción de muerte del ausente. En el primer período, o sea el de preservación patrimonial, se adoptan todas las medidas necesarias para proteger los bienes del ausente, dando, en su caso, primero la posesión al representante que se designe y, después, a los presuntos herederos. En el segundo período, una vez que se ha llegado ya a la declaratoria de presunción de muerte, se procede a la liquidación del patrimonio del ausente, siguiendo el régimen del derecho hereditario. Los poseedores provisionales en su calidad de presuntos herederos entran a disfrutar de la posesión definitiva de los bienes ya a título de herencia, con la obligación de restituirlos si el ausente apareciere".

3. EL DOMICILIO

El CC al definir el domicilio nos ofrece tres opciones con orden prevalente. En primer lugar, nos dice que el domicilio de las personas físicas es el lugar de su residencia habitual; en segundo lugar y a falta del primero, el domicilio será el lugar en el cual establezca el centro principal de sus negocios y, en última instancia y solo a falta de los dos anteriores, el lugar en el que se encuentre.

El domicilio es una cualidad o atributo de la persona, determinado por sus diversas relaciones jurídicas, o como lo hemos definido, por su estatus personal y determina la competencia jurisdiccional en el cumplimiento de sus relaciones jurídicas. Así, el domicilio conyugal solo aplica en el sujeto casado, es decir, está determinado y estrictamente relacionado con su estatus civil; el domicilio del menor sujeto a patria potestad, es el de sus padres, está determinado y relacionado con su estatus civil.

La determinación del domicilio no requiere una manifestación expresa del sujeto, se deduce de un hecho material, el establecimiento de la residencia, es decir, la permanencia del sujeto por más de seis meses en un mismo lugar. Así lo reconoce nuestro CC al establecer en el artículo 29:

El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente... Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses.

La definición debe analizarse, por tener directa influencia en el tema cuyo estudio nos ocupa, pues el supuesto de la ausencia consiste precisamente en el alejamiento del ausente del lugar de su residencia. Y ¿qué debemos entender entonces por "residencia"? De acuerdo con el *Diccionario Jurídico Mexicano*, hay una distinción entre el término utilizado en materia de conflicto de leyes y los términos específicos de los códigos o leyes diversas. En el primer caso, a diferencia del domicilio, en la residencia no existe el *animus* o propósito de establecerse definitivamente en un lugar, en tanto que el domicilio es precisamente el lugar en el cual vive la persona, o establece el cen-

tro principal de sus negocios, es decir, son conceptos diversos, por lo que no es posible definir el domicilio como el lugar de residencia.

Sin embargo, nuestro CC entiende por residencia, de conformidad con el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, estar de asiento en un lugar y, a su vez por asiento, permanencia. Por lo tanto resulta concluyente, la residencia es el lugar en el cual tiene su habitación la persona, pero la presunción de su desaparición y abandono de sus bienes, puede robustecerse constatando dichos supuestos respecto del domicilio convencional señalado para el cumplimiento de la obligación cuyo acreedor solicita las medidas provisionales de la ausencia, o incluso de un domicilio legal.⁵

El domicilio debe ser el lugar específico en el cual una persona puede ser requerida para el cumplimiento tanto de las obligaciones como de sus derechos, en beneficio tanto de sus acreedores como de sus deudores, pues de lo contrario, los deudores que deban cumplir obligaciones en el domicilio del acreedor, se encontrarán imposibilitados para ejecutarlas, por lo tanto, consideramos correcto asumir como primer domicilio de la persona, el lugar en el que tiene establecida su vivienda, es decir, el domicilio específico y determinado en el que vive, la casa o departamento identificado por la calle, número oficial, ciudad, municipio, entidad federativa, etcétera, no sólo una

⁵ MESSINEO, *Derecho Civil y Comercial*, Tomo I, p. 133. En este sentido Francesco Messineo nos dice: “Es domicilio de la persona el lugar donde tiene ella establecida la sede principal de los propios negocios e intereses (art. 43, primer apartado). El domicilio es elegido libremente por el sujeto, y es el resultado de su determinación y voluntad (salvo las excepciones previstas por las leyes penales y de seguridad pública). Pero, para la elección, no es indispensable una declaración de voluntad. El establecer la sede principal de los propios negocios e intereses es algo que, de ordinario, resulta de hechos materiales (art. 43) [nosotros diríamos art. 29 del CC] y no necesariamente de declaraciones; y hasta debe decirse que, si el “establecer la sede” no es efectivo, no hay constitución de domicilio. Igualmente, el eventual traslado de domicilio deberá resultar de un hecho nuevo que permita deducir dicho traslado. El hecho nuevo puede ser, además —a los ojos de los acostumbrado terceros de buena fe—, el traslado de la residencia, si ésta, antes del traslado, se la tenía en el lugar mismo del domicilio y el traslado de la residencia no va acompañado de declaración contraria, en el acto en que se denuncia el traslado de la misma”.

demarcación territorial como podría ser el Distrito Federal, sin dejar de reconocer la relevancia de esta última en la determinación de la competencia del tribunal, en el caso de controversias en las que el sujeto sea parte.⁶

Si bien he dicho que la presunción de la ausencia puede robustecerse constatando el abandono del domicilio legal y del convencional, éstos no son tomados en cuenta por sí solos, para determinar la ausencia del sujeto, pues puede encontrarse incluso fuera de su residencia habitual, para el cumplimiento de obligaciones específicas. Una obligación que lo mantenga alejado o ausente de su domicilio sería el desempeño de actividades militares.

4. NACIONALIDAD

Atributo de la persona relacionado con su estado, determinante en sus relaciones con la Nación a la que pertenece, de conformidad con el derecho nacional. Esta situación o estado se denomina Estado Político y regula todas las relaciones jurídicas de la persona con la Nación a la que pertenece en virtud de colocarse en los supuestos de hecho y de derecho establecidos en las disposiciones de derecho público que producen su relación con dicha Nación.

⁶ PLANIOL y RIPERT, *opus cit.*, pp. 137 y ss, sostienen en sentido contrario, que el domicilio de una persona es el lugar en que tiene su principal asiento, pero que esto no acusa suficientemente la circunstancia de que el domicilio sea un lugar. Sin embargo, dicen. "Como el domicilio sirve para situar a las personas, deber ser fijo, obligatorio y único... El principal establecimiento de una persona no cambia por el hecho de que esta persona vaya a habitar a otro lugar; ese lugar donde habita momentáneamente se llama residencia. Existe independencia recíproca entre el domicilio y la residencia; primero, porque una persona puede pasar una temporada, incluso prolongada, en una ciudad, sin tener la intención de fijar en ella el centro de sus negocios; y, después, porque, para las personas que tienen un domicilio fijado por la ley, el lugar de la residencia no suele tomarse en consideración para la determinación legal del domicilio... Existen, sin embargo, diversos intereses ligados a la residencia. 1º Reemplaza al domicilio cuando éste es desconocido,... 3º Representa un papel ...en la fijación de la competencia.. El domicilio de una persona determinada se fija a la vez en interés de esta persona y en interés de los terceros que entran en relaciones con ella. Es preciso, pues, considerarlo desde ambos puntos de vista..."

Así, en el caso de la Nación Mexicana, la Constitución Política establece quienes son mexicanos en sus artículos 30 y 31, reconociendo la nacionalidad por razón de territorio, a todas aquellas personas que nazcan en el territorio nacional o a bordo de naves nacionales mercantes o de guerra y a los hijos de padre o madre mexicana, con independencia del lugar de su nacimiento, así como a los extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad mexicana por haber cumplido con los requisitos exigidos por las leyes de la materia.

La determinación de la nacionalidad es relevante en cuanto al estado y capacidad del individuo, por virtud de la aplicación de la ley personal. En el derecho internacional se sostienen dos criterios, el que establece que la persona queda sujeta al derecho de su nacionalidad y la contrapuesta, por la cual la persona queda sometida a la aplicación del derecho del lugar en el que se encuentre.

En nuestro derecho existen disposiciones encontradas. Por una parte el CCF establece en el artículo 13, la determinación del derecho aplicable en México y, respecto al estado y capacidad de las personas físicas, impone la aplicación del derecho del lugar de su domicilio debiendo entenderse la nacionalidad de la persona, pues como hemos visto, el domicilio es cambiante y por lo tanto no puede variar el derecho aplicable al estatus personal conforme varíe su habitación. Por el contrario, la misma disposición pero del cc, establece la aplicación de las leyes del Distrito Federal.

Por lo tanto, el estatus del Ausente, con independencia de su nacionalidad, se regulará conforme al CC.⁷

⁷ ROJINA VILLEGAS (*opus cit.*, Tomo I, p 451) dice. “Generalmente se considera en la doctrina que el estado (civil o político) de una persona consiste en la situación jurídica concreta que guarda en relación con la familia y con el Estado o la Nación. En el primer caso, el estado de la persona lleva el nombre de estado civil o de familia y se descompone en las distintas calidades de hijo, padre, esposo y pariente por consanguinidad, por afinidad o por adopción. En el segundo caso, el estado se denomina político y determina la situación del individuo o de la persona moral respecto a la Nación o al Estado a que pertenezca, para determinar las calidades de nacional o extranjero...”.

TÍTULO TERCERO AUSENCIA

De manera ordinaria, entendemos que una persona se encuentra ausente cuando no está presente en un lugar al que debería asistir, aquél al que se le llama. Así, decimos que está ausente el alumno que no atiende la clase a la cual se encuentra inscrito. Está ausente, el diputado que no asiste a las sesiones de la Cámara. Está ausente, el accionista convocado a una asamblea y que no se encuentra presente al momento de su celebración. Desde luego, todos estos casos de ausencia tienen consecuencias en el sujeto que no asiste, sin embargo, aún en su significado jurídico, dista del concepto de la institución materia de nuestro estudio. En el caso a estudio, son presupuestos esenciales la ignorancia del domicilio o la supervivencia del sujeto ausente.

La ausencia como institución, requiere la actualización de hechos de naturaleza especial, productores de consecuencias específicas. Si no se producen, estaremos en supuestos diversos, como puede ser ignorar su domicilio para el emplazamiento a un juicio determinado (art. 122 CPC), o bien, para realizar algún requerimiento, protesto, interpelación o cualesquiera otro tipo de diligencias jurídicas, debiendo en todos estos casos estar a las disposiciones aplicables al caso concreto, pero no se actualizará la ausencia como institución con todos sus efectos jurídicos.

Decimos, con la salvedad que más adelante se precisa, que la Ausencia es una institución jurídica de orden público, que tiene como finalidad (en su primera etapa), la conservación del patrimonio de una persona cuyo paradero se ignora y que por la falta de noticias sobre su existencia, hace presumir su desaparición o muerte.

Es una institución de orden público, porque tiene por objeto la protección del patrimonio de la persona que, debido a las circunstancias de hecho de su desaparición y consecuente abandono de sus bienes, derechos y obligaciones, se encuentra imposibilitado para atenderlos adecuadamente, colocándose en una situación de desamparo con posibles consecuencias negativas en perjuicio personal o de sus herederos, testamentarios o legítimos.⁸

La institución de la ausencia tiene diferentes supuestos, basados en las siguientes circunstancias:

- a. La no presencia.
- b. Ignorancia del paradero
- c. Desaparición.
- d. Ausencia

Estas circunstancias de carácter material, deben ser acompañadas de otras de carácter psicológico que nuestra legislación contempla:

- a. El abandono de su residencia
- b. La falta de noticias

⁸ En la exposición de motivos del Código Civil de 1870, el legislador expresa las razones que consideramos señalan el interés público de la institución ahora en estudio: "Nada hay en nuestra actual legislación sobre esta importante materia; pues una ley de Partida que habla del que se cree muerto, solo dispone, que se le nombre curador cuando sea demandado. Si para los europeos ha sido este punto de derecho objeto de muy preferente atención, mayor debe ser la que corresponde consagrarle a los que no contamos con representantes en todas las naciones del mundo. Además: como los mexicanos casi nunca vamos a país extranjero con intención de establecernos en él, las relaciones que allí nos ligan, son mucho menores en número y mucho más débiles que las que en México unen a los extranjeros con nosotros. No debe olvidarse que casi no hay ciudad donde un europeo no encuentre compatriotas; al paso que nosotros apenas encontramos algunos en las principales poblaciones de Francia, España e Italia; menos aún en Inglaterra y Alemania y ninguno en las demás naciones del antiguo mundo. Por lo mismo la protección legal a los ausentes debe ser entre nosotros tanto mas eficaz, cuanto mas desgraciada es la situación del mexicano que por cualquier motivo vive ignorado en país extranjero. La legislación moderna compara al ausente con el incapacitado; porque lo está realmente para defender su familia y su hacienda. En esta virtud la comisión organizó el título de ausencia, procurando prever los principales acontecimientos y asegurando, hasta donde fue posible, las personas y los bienes".

- c.* La inexistencia de representante o apoderado con facultades suficientes
- d.* El abandono de sus bienes, derechos y obligaciones
- e.* El desamparo de sus relaciones jurídicas patrimoniales

Estas circunstancias se convierten en supuestos de derecho, productores de consecuencias legales, las cuales constituyen la institución de la Ausencia. Como he adelantado, la Ausencia tiene diferentes grados y por lo tanto consecuencias y finalidades diversas de acuerdo a su grado, mismas que procederemos a analizar en los siguientes títulos.

TÍTULO CUARTO BREVE DISTINCIÓN ENTRE EL NO PRESENTE Y EL IGNORADO

El CC en su título undécimo, regula la institución de los ausentes e ignorados en siete capítulos:

- I. De las medidas provisionales en caso de ausencia.
- II. De la declaración de ausencia.
- III. De los efectos de la declaración de ausencia.
- IV. De la administración de los bienes del ausente casado.
- V. De la presunción de muerte del ausente.
- VI. De los efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales del ausente.
- VII. Disposiciones generales.

Como podemos observar, las etapas o grados en la Ausencia son tres:

- a. Ignorados.
- b. Declaración de Ausencia.
- c. Presunción de muerte del Ausente.

Cuando nos referimos a la persona que no se encuentra presente y cuyo domicilio se ignora, estamos en presencia de los ignorados, porque su paradero, domicilio o residencia se ignora, sin embargo debemos distinguir entre la no presencia y los ignorados.

Nuestra legislación confiere un trato diverso a dichos supuestos, en el primer caso, el de las personas no presentes y cuyo domicilio se ignora, en caso de juicio, establece un llamamiento breve en comparación con los ignorados, pues en el artículo 122 del CPC regula el emplazamiento a juicio por medio de edictos, es decir, mediante un decreto judicial publicado por tres veces, de tres en tres días, en el boletín judicial y en el pe-

riódico local que indique el juez, debiendo mediar entre cada publicación dos días hábiles, haciéndose saber que debe de presentarse el citado, dentro de un término que no será inferior a quince días ni excederá de sesenta días.

Como lo veremos más adelante, el llamamiento al ignorado para presentarse ante el juez que conoce del procedimiento de ausencia, es mucho más elaborado, el plazo para hacerlo es significativamente mayor y parte de diversos supuestos.

Pero más importante resultan las consecuencias de la negativa del llamado a presentarse ante el juez, pues en este caso, a diferencia del supuesto de los ignorados, el demandado será declarado rebelde, es decir, no se designa representante alguno que defienda sus intereses, se produce un estado de indefensión por la contumacia del demandado, derivado de la presunción de abandono de sus intereses en litigio, no se volverá a practicar diligencia alguna en su busca (art 637 CPC y adicionalmente, si la parte contraria lo pidiere, se decretará la retención de sus bienes muebles y el embargo de los inmuebles en cuanto se estime necesario para asegurar lo que sea objeto del juicio (art 640 CPC): el depositario de los bienes, será la persona que tenga bajo su custodia o a su disposición los bienes muebles y en su poder los inmuebles, pudiendo ser el propio demandado (arts. 641 a 643 CPC).

No pasa inadvertida la posibilidad de personas mal intencionadas que ante las circunstancias constitutivas de los supuestos legales de los ignorados, simulen ignorancia y pretendan deducir sus acciones en juicio en contra de una persona con carácter de ignorado por este medio, allanando el camino a la solución de su conflicto por una vía más expedita por su inmediatez, a diferencia del procedimiento de la Ausencia.

Sin embargo, los supuestos son diferentes, pues en tanto el acreedor podrá utilizar artificioosamente este procedimiento en el caso específico en el que desee ejercitar un derecho personal, resultará improcedente cuando la fuente de su derecho dependa de la presencia o supervivencia del Ausente, pues en este caso, forzoso será para el actor acreditar el supuesto, resultando indispensable acudir a la institución de los Ausentes o Ignorados, dependiendo de los supuestos de su derecho.

Así, si una persona celebró un contrato privado de compra-venta de un inmueble hace muchos años, por ejemplo cincuenta años, recibió la posesión pero nunca se formalizó el contrato, al no tener noticias de su vendedor, quien además no tiene domicilio conocido en el lugar en el cual tenía establecida su residencia, ni se tienen noticias de él desde hace mucho tiempo, resultando además probable su defunción por haber transcurrido cincuenta años y tratarse de una persona madura cuando se celebró el contrato, podría encontrarse en los supuestos normativos de los ignorados o incluso de los ausentes, sin embargo resultará más sencillo acogerse a este procedimiento pidiendo al juez el emplazamiento del demandado por edictos, en lugar de promover de manera previa el procedimiento de Ausencia.

Pero no sucede lo mismo si el derecho del interesado depende de la supervivencia del Ausente, por ejemplo, el derecho de consolidar la nuda propiedad por la extinción del usufructo vitalicio del que goza este último. En este caso, debe probarse la defunción del usufructuario y por lo tanto constituye un elemento esencial del derecho adjetivo, sin el cual no podrán satisfacerse las pretensiones del actor. En este supuesto será indispensable acudir primero al juicio de Ausencia para obtener la presunción de muerte del ausente.

Como lo hemos apuntado, las diferencias son esenciales, pues en tanto en el primer caso el demandado se constituye en rebeldía y queda en estado de indefensión, en el segundo el juez deberá nombrar un depositario o incluso un representante que defienda los intereses del Ignorado o del Ausente.

Precisada la diferencia entre el no presente y los ignorados y ausentes, procedemos a analizar los diferentes grados y consecuencias de la Ausencia.

TÍTULO QUINTO AUSENCIA CON REPRESENTACIÓN

En el primer capítulo, artículo 648, el cc contempla el caso del Ausente que ha instituido apoderado con facultades suficientes para representarlo en sus negocios. No se refiere al supuesto de la persona que por razones de placer, estudio, trabajo o cualquier otro motivo, se ha alejado de su domicilio o residencia por un período indefinido, pero de cuya existencia no hay duda. En el caso planteado se deben presentar las circunstancias mencionadas en títulos anteriores, constitutivas de los supuestos jurídicos de la ausencia, tales como el abandono de su domicilio, la ignorancia de su paradero, ausencia de noticias, incertidumbre sobre su existencia, pero caracterizado por un elemento que impide la consecución de los efectos jurídicos de la institución y produce la intrascendencia de dichos supuestos: la existencia de un apoderado con facultades suficientes para atender sus negocios, sus bienes, derechos y obligaciones.

En este supuesto, no existe el elemento fundamental de la institución, constituido por el abandono o desamparo del patrimonio del ausente, pues el apoderado podrá proveer lo necesario a la conservación y explotación del patrimonio y podrá representar al ausente en todas las relaciones jurídicas cuya presencia requieran. Por lo tanto, no se produce ninguna de las consecuencias jurídicas de la Institución.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta la naturaleza de los actos jurídicos a realizar por el apoderado o representante y la extensión de la representación o del poder. En tanto las facultades del apoderado o representante resulten insuficientes para la atención de los asuntos del ausente, se producirán gradualmente los efectos de la Ausencia.

La citada disposición señala:

ART. 648.—El que se hubiere ausentado del lugar de su residencia ordinaria y tuviere apoderado constituido antes o después de su partida, se tendrá como presente para todos los efectos civiles, y sus negocios se podrán tratar con el apoderado hasta donde alcance el poder.

En materia de poderes, nuestra legislación reglamenta los generales y los especiales, comprendiendo entre los primeros, a los poderes para pleitos y cobranzas, los poderes para actos de administración y los poderes para actos de dominio. Si los poderes se dan con esta amplitud, el apoderado podrá realizar todos los actos jurídicos necesarios tanto para defender los bienes y derechos del poderdante, como para administrarlos e incluso ejercer toda clase de actos de disposición sobre los bienes, tales como enajenarlos o gravarlos. Sin embargo, la propia ley prevé la facultad del poderdante de limitar estas facultades, ya sea respecto de los actos a realizar por el apoderado o bien, sobre los bienes en que deberán repercutir los efectos jurídicos de los mismos.

Pero nuestra legislación también prevé la posibilidad de otorgar poderes especiales en cuanto al objeto o en cuanto a las facultades, por lo cual será relevante determinar si el poder resulta suficiente para atender los negocios de la persona ausente. En caso afirmativo, no se actualizan las consecuencias de la Ausencia, en el supuesto contrario, cobra actualidad la institución a estudio.

Lo mismo sucede en el caso de caducidad del poder. La causa más común de caducidad del poder es el vencimiento del plazo de vigencia legal o convencional. En algunas Entidades de la República Mexicana, los poderes tienen plazo de vigencia, por lo que ante el silencio del poderdante, transcurrido el plazo legal, caduca el poder. En el Distrito Federal, no existe plazo, pero el poderdante válidamente podrá fijarlo al otorgarlo y por lo tanto, concluido el mismo, el poder caducará, quedando ineficaz.

La existencia del poder general para administrar los bienes del ignorado, produce además el efecto de prolongar el plazo para la presentación del Ausente, pues en este caso no podrá pedirse la declaración de ausencia sino pasados tres años desde

su desaparición, si en este período no se tuvieren ningunas noticias suyas, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas (art. 670 CC).

El apoderado estará obligado a garantizar su manejo si pasados dos años de los sucesos precisados en el párrafo precedente, lo solicitan los presuntos herederos legítimos del ausente, los herederos instituidos en testamento abierto, los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente, y/o el Ministerio Público (arts. 672 y 673 CPC).

TÍTULO SEXTO AUSENTES EN ETAPA DE IGNORADOS EN FASE DE DEPOSITARÍA

Quando se reúnen las circunstancias constitutivas de los supuestos jurídicos de la Ausencia, con excepción del tiempo necesario para presumirla, nos encontramos con la figura de los Ignorados, es decir, sujetos que se han alejado de su domicilio o residencia ordinaria sin dejar apoderado instituido para la atención de sus negocios, y de quienes se ignora su paradero y no se tienen noticias ni indicios del lugar en el que puedan encontrarse.

No es el caso ordinario de una persona que emprende un viaje y por lo tanto se aleja de su domicilio. En el caso del ignorado, no existe razón aparente para su súbita desaparición, no se conoce su paradero pero además, no dejó instituido un apoderado o representante para la atención de sus negocios, éstos se encuentran abandonados y no se tienen noticias de él por un período. Estos supuestos o circunstancias, deben acreditarse por quien se encuentre legitimado para ello; es decir, quien tenga y demuestre un interés jurídico en la intervención del juzgador a efecto de que éste designe depositario de los bienes del ignorado, con la finalidad de evitar su sustracción, dilapidación, pérdida o deterioro. Sin embargo, por disposición legal, los jueces de lo familiar están legitimados para actuar de oficio en el caso de tener conocimiento de esta situación (art. 649 CC).

La depositaría es una medida provisional cuya finalidad ha quedado anotada, sin embargo, su procedencia debe estar precedida de las pruebas del abandono de los bienes y de los supuestos relacionados en el párrafo inicial de este apartado. Así, la persona interesada en la conservación del patrimonio del ignorado, informada de su desaparición, es decir, del alejamiento

de su domicilio o residencia, ausencia de noticias y de representante o apoderado y estado de desamparo de sus bienes, podrá acudir ante un juez de lo familiar y solicitar como medida previa o preliminar a la demanda de declaración de ausencia, la depositaría de los bienes del ignorado.

El artículo 1º del cpc establece: “Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario”. A su vez, el artículo 656 del CC legitima a las personas que podrán solicitar la designación de depositario: “Tienen acción para pedir el nombramiento de depositario o de representante, el Ministerio Público, o cualquiera a quien interese tratar o litigar con el ausente o defender los intereses de éste”. Por lo tanto, al acudir ante el juzgador, el accionante deberá acreditar los supuestos normativos para legitimar su actuación procesal. Adicionalmente, deberá acreditar los supuestos de hecho que producen el desamparo de los bienes.

No obstante la referencia legal a los depositarios judiciales,⁹ no es posible conceder la aplicación de las normas que la regulan al caso en estudio, atendiendo la diferente naturaleza de los supuestos de la depositaría en los diversos procedimientos. En efecto, el depositario judicial se designa por lo general, para la guarda y custodia de personas o bienes secuestrados o de dudoso propietario o poseedor, en tanto que en el caso del ignorado, no hay la menor duda de su legítima propiedad, no es esto el motivo de la depositaría, sino la urgente necesidad de asegurarlos para evitar su ocultamiento o dilapidación.

Por esta razón, considero aplicables al caso, las disposiciones de los interventores y tutores y las medidas señaladas en dichos capítulos, en lo que no se opongan a las disposiciones específicas de los ignorados, pues se asemejan más al procedimiento de ausencia el cual tiene por objeto la protección de los bienes y derechos del Ausente y en su caso, la declaración de presunción de su muerte y por ello la liquidación del patrimo-

⁹ “ART. 652.—Las obligaciones y facultades del depositario serán las que la ley asigna a los depositarios judiciales.”

nio. Así, el juez al designar el depositario, deberá también decretar las providencias necesarias para asegurar los bienes, las cuales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 770 del CPC, son:

- I. Reunir los papeles del ignorado que, cerrados y sellados, se depositarán en el secreto del juzgado;
- II. Ordenar a la administración de correos que le remita la correspondencia que venga para el ignorado, con la cual hará lo mismo que con los demás papeles;
- III. Mandar depositar el dinero y alhajas en el establecimiento autorizado por la ley.

Sin embargo, estas medidas no son las únicas al alcance del juzgador, atenta la finalidad perseguida, es decir, evitar el ocultamiento y dilapidación de los bienes así como el apoderamiento de los mismos por un extraño, la facultad del juzgador es amplísima, acotada tan solo por la misma finalidad y los derechos de terceros sobre dichos bienes.¹⁰

En la designación de depositario el juez deberá escoger entre los mencionados en las tres primeras fracciones del artículo 653 del CPC, a saber, al cónyuge del ignorado; a uno de los hijos mayores de edad que resida en el lugar y si hubiere varios, el juez elegirá al más apto; al ascendiente más próximo en grado al ausente. La enumeración sucesiva no implica para el juzga-

¹⁰ Podemos considerar en principio dos casos en los que terceros pueden tener derecho sobre los bienes del ignorado y por lo tanto debe mantenerse en posesión de los mismos. Se trata primero del cónyuge que está casado en sociedad conyugal. El artículo 205 del CC establece el derecho del cónyuge supérstite a mantener la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión, mientras no se verifique la partición. En la etapa de los Ignorados en un procedimiento de Ausencia, aún no existe pronunciamiento sobre el fallecimiento presunto del ausente, razón de más para aplicar esta disposición, pues si el depositario recibe los bienes para su resguardo, el cónyuge será desposeído de los bienes comunes, pues la sociedad conyugal no se interrumpe en este momento. El otro supuesto, se refiere a los casos en los cuales los terceros tienen derecho de retener los bienes, ya sea por mantenerlos a título de poseedores derivados o, por ser depositarios en algún procedimiento judicial. Entre los primeros podemos mencionar a los arrendatarios, comodatarios, depositarios convencionales etcétera. Entre los segundos pueden estar los depositarios de un bien secuestrado

dor la imperiosa necesidad de someterse a ese orden, puede elegir a quien considere más apto para el desempeño del cargo. Puede ser que la relación del ignorado con su cónyuge no sea la ideal, por el contrario perjudicial y por lo tanto será conveniente de conformidad con las pruebas aportadas, designar a cualquiera otro de los contemplados por la norma, la cual confiere al juzgador una última opción, ésta sólo a falta de todas las demás personas o cuando sea inconveniente que éstos, por su notoria mala conducta o por su ineptitud, sean nombrados depositarios, en cuyo caso el juez nombrará al heredero presuntivo, y si hubiere varios con igual derecho, ellos mismos elegirán el que debe representarlo. Si no se ponen de acuerdo en la elección, la hará el juez, prefiriendo al que tenga más interés en la conservación de los bienes del ausente (art. 659).

Al establecer la norma la alternativa de varios herederos con igual derecho, abre la posibilidad de un heredero con mayor derecho, es decir aquél designado en una proporción mayor a los demás. En este caso, es este heredero el que deberá designar al depositario, pues así parece concluir el legislador al disponer incluso su designación judicial en caso de desacuerdo de los herederos con igual derecho.¹¹

¹¹ La disposición resulta aplicable a la sucesión legítima o por testamento. En este último caso es posible la institución de herederos con mejor derecho, es decir con mayor porción hereditaria o bien la existencia de herederos a título particular, denominados legatarios, por voluntad del testador. En la sucesión legítima, podrá actualizarse la misma situación, pero por disposición de la ley, pues de conformidad con el artículo 1605 “Los parientes que se hallaren en el mismo grado, heredarán por partes iguales”, a su vez, dispone el artículo 1604 “Los parientes más próximos excluyen a los más remotos, salvo lo dispuesto en los artículos 1609 y 1632”. Estos artículos a su vez, se refieren a lo que la doctrina ha llamado el derecho de representación y establecen: 1609 “Si quedaren hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes. Lo mismo se observará tratándose de descendientes de hijos premuertos, incapaces de heredar o que hubieren renunciado la herencia” 1632 “Si concurren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos o de medios hermanos premuertos, que sean incapaces de heredar o que hayan renunciado la herencia, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo anterior” 1631 “Si concurren hermanos con medios hermanos, aquéllos heredarán doble porción que éstos” Por lo tanto, no todos los herederos que concurren a la herencia en la sucesión legítima son considerados con igual derecho.

Esta facultad del juez está acotada también cuando el ignorado fuere casado en segundas o ulteriores nupcias y hubiere hijos del matrimonio o matrimonios anteriores. En este supuesto, el juez dispondrá que el cónyuge presente y los hijos del matrimonio o matrimonios anteriores, o sus legítimos representantes en su caso, nombren de común acuerdo al depositario o representante. Si no lo hicieren, el juez tiene plena jurisdicción para designarlo de entre las personas designadas en el artículo 653.

El depositario debe recibir los bienes de todas aquellas personas que los tengan en su poder y no cuenten con título para poseerlos o retenerlos. Por lo tanto, quien haya promovido las medidas provisionales aplicables en la Ausencia, en su fase de Ignorados, debe precisar los bienes del ignorado y quienes los tienen en su poder, a efecto de que el depositario esté en posibilidad de requerir su entrega, sea de manera directa o por conducto del juzgador en caso de negativa de quien los detenta.

Pero la ley no indica ninguna formalidad para la recepción de los bienes, es decir, no indica si el depositario deberá formar un inventario o si simplemente irá recibiendo los bienes acusando recibo de los mismos a las personas que se los entreguen. Por lo cual y considerando que la Institución de la Ausencia es de orden público e interés social, encaminada a proteger los intereses de quien no se encuentra en posibilidad de hacerlo personalmente ni por conducto de representante o apoderado alguno, deben aplicarse las disposiciones legales establecidas para estos fines, sin desvirtuar la función del depositario, el cual solo tiene las obligaciones y facultades que la ley asigna a los depositarios judiciales.

El CPC establece diferentes obligaciones y facultades a los depositarios de acuerdo a la naturaleza del objeto depositado o secuestrado. Por lo tanto, si se trata del depósito de personas, no tendrá las mismas facultades que en el caso del embargo de un bien mueble, o de un bien raíz urbano o rústico, de uso personal del deudor o de productos, o de una negociación mercantil.

Aplicado al caso del ignorado, el depositario solo recibe los bienes, nunca personas bajo su patria potestad o tutela. Respecto de aquellos, solo tiene la obligación de mantenerlos

bajo su resguardo y custodia, siendo responsable de su seguridad y conservación, sin embargo, no realiza ningún acto de administración sobre los mismos. En el caso de bienes cuya posesión deba retener un tercero por derechos adquiridos con anterioridad al estado del ignorado, se concretará a vigilar su conservación.

Por lo tanto, no serán aplicables las obligaciones de practicar inventario, valuar los bienes ni garantizar su función.

Otra medida provisional, que no se refiere a los bienes sino a los deberes del ignorado, es la relativa a la patria potestad. El artículo 650 CC establece la designación de tutor dativo a los menores bajo la patria potestad del ignorado, cuando no haya otro ascendiente que deba ejercerla conforme a la ley, tutor testamentario, ni legítimo.¹²

Las medidas de aseguramiento de los bienes, estarán acompañadas del llamamiento al ignorado para que se presente en un término que no bajará de tres meses ni pasará de seis. Esta citación tiene como finalidad que el ignorado atienda sus intereses en conflicto o sus bienes en estado de desamparo, evitando así su dilapidación, desaparición o apoderamiento por tercero sin derecho alguno, pero también, que atienda el asunto o controversia de quien ha solicitado estas medidas en los términos de lo dispuesto por el artículo 656 CC.

Si el ignorado se presenta por sí o por apoderado con facultades suficientes y expensado para atender el asunto o por medio de tutor o de pariente que pueda representarlo, deberán levantarse las medidas provisionales, pues se extinguen los supuestos jurídicos que las autorizaron. Si no se presenta o bien

¹² Los artículos 496 y 497 se refieren a la designación del tutor dativo, es decir el que designa el juez a falta de los tutores testamentarios o legítimos y concede derecho al menor si ha cumplido dieciséis años para designarlo, en cuyo caso el juez familiar se constringe a confirmarlo si no tiene justa causa para reprobársela. Para reprobársela las ulteriores designaciones que haga el menor, el Juez oír el parecer del Consejo Local de Tutelas. Si no se aprueba el nombramiento hecho por el menor, el Juez nombrará tutor de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor

ha caducado el poder dentro del plazo anotado de seis meses, deberá continuarse con el procedimiento de la Ausencia, y en ese caso, el juez que conozca del procedimiento, designará al representante del ignorado (arts. 655 y 656 CC).

Cabe una última observación en esta etapa. Dice el artículo 649 cc que el juez ordenará la citación del ausente por edictos publicados en los principales periódicos de su último domicilio. ¿Cuántos edictos deberán publicarse? ¿En cuántos diarios? ¿Para qué envía copia de la publicación de los edictos a los cónsules mexicanos de aquellos lugares del extranjero en que se puede presumir que se encuentra el ausente o que se tengan noticias de él?

El artículo 122 del cpc establece en su fracción primera un supuesto semejante al objeto de nuestro estudio, se refiere a la notificación de personas cuyo domicilio se ignora y por ello podemos aplicar por analogía las disposiciones relativas al número de publicaciones de los edictos cuya finalidad es su citación. La disposición establece tres publicaciones, de tres en tres días.

Surge entonces la siguiente pregunta ¿en cuántos diarios? ¿qué criterio se sigue para determinar cuáles son los principales periódicos? La norma no indica el número de periódicos, pero la expresión plural del legislador nos obliga a pensar en por lo menos dos periódicos, sin embargo no vemos razón para acotar la facultad jurisdiccional conferida por la norma y por lo tanto será el juzgador de acuerdo con su criterio y el caso concreto a resolver, quien determinará el número de periódicos en los cuales deberán realizarse las publicaciones.

Finalmente, el juzgador deberá utilizar una vez más su criterio para determinar cuáles son los principales periódicos contemplados por la norma. En primer término y no obstante la disposición se refiere a periódicos del último domicilio del ignorado, deberá considerar aquellos periódicos con circulación nacional, pues el supuesto del ausente en esta fase de ignorado en etapa de depositaría es precisamente, su desaparición del lugar de su residencia y por lo tanto, publicar los edictos de su citación en periódicos de circulación local en dicha residencia, resultaría cuando menos, de dudosa eficacia si no infructuoso.

Entre los periódicos de circulación nacional, el juzgador deberá considerar aquellos que correspondan con el nivel socio económico del ignorado, pues si la finalidad es llamarlo ante el juez encargado de dictar las medidas provisionales, deberá contemplar las posibilidades de que el ignorado lea dichos periódicos y por lo tanto se entere de su llamamiento. De nada servirá hacer una publicación en un periódico de mayor circulación, si por el nivel de preparación profesional, posición social y económica, el ignorado no lo consulta. Por esto es importante allegarse de la información necesaria de manera previa a la determinación que nos ocupa, pudiendo solicitarla al promovente o a cualquier otra persona en aptitud de proporcionarla.

TÍTULO SÉPTIMO AUSENTES EN ETAPA DE IGNORADOS EN FASE DE REPRESENTACIÓN

Esta etapa se abre después de la última publicación de los edictos por los cuales se ha citado al ignorado a comparecer ante el juez de lo familiar. Como hemos visto, el llamamiento puede hacerse concediendo tres o seis meses, a criterio del juzgador, por lo cual, puede abrirse tres o seis meses después de la última publicación si se actualizan además los siguientes supuestos:

- a. Que el citado no comparezca, por sí mismo, por apoderado, ni por medio de tutor o pariente que pueda representarlo.
- b. El poder conferido por el ignorado haya caducado o, resulte insuficiente para el caso planteado al juzgador por el promovente.

Es en esta etapa en la cual se enfatiza la naturaleza social de la institución, su carácter de orden público y de interés social se encuentra remarcado por la constante remisión a las normas de la Tutela, descrita por el legislador como un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima (art. 452), pues tiene por objeto el cuidado de personas incapaces para ejercitar sus derechos por si mismos dadas sus especiales características psicológicas o físicas. Este es el mismo supuesto de los Ausentes, no están en posibilidad de ejercitar sus derechos de manera personal ni por conducto de quien los represente convencionalmente, en virtud de su especial estatus producido por su desaparición y ausencia de noticias, razón por la cual el legislador le confiere un tratamiento similar a los incapaces.

Esta etapa se caracteriza por la designación del represen-

tante, la cual al igual que en el caso del depositario, puede solicitarla el Ministerio Público, o cualquiera a quien interese tratar o litigar con el ausente o defender los intereses de éste. Por lo tanto, resultan aplicables los comentarios realizados en su momento a este respecto.

De igual forma cobra actualidad la misma disposición de los depositarios y por lo tanto los comentarios respecto de las personas elegibles para el desempeño del cargo de representantes, por lo cual remitimos al lector a dicho apartado para evitar repeticiones inútiles.

1. NATURALEZA JURÍDICA DEL REPRESENTANTE

Es un cargo de orden público e interés social, que corresponde desempeñar a quienes la ley impone este deber, no pueden rehusarse sin justa causa pues de hacerlo, el obligado será responsable de los daños y perjuicios que su negativa ocasione al ignorado o a sus causahabientes.

La representación tiene efectos solo sobre el patrimonio, las relaciones no patrimoniales del ignorado exceden las facultades del representante. Así lo establecen los artículos 660 y 665, fracción IV del CC, al calificarlo de “legítimo administrador de los bienes de éste” e incluir como causal de terminación del cargo la posesión provisional de los mismos.¹³

Esto nos permite una vez más, concluir que el procedimiento de la ausencia, al menos en la etapa de ignorados, tiene

¹³ PLANIOL y RIPERT, *opus cit.*, p. 56, “existen “derechos subordinados a la condición del fallecimiento del ausente” que no pueden ser ejercitados ni aun después de la declaración de ausencia. La ley entiende que solamente se trata de derechos patrimoniales, según lo prueban las disposiciones que exigen la prestación de una fianza y un inventario, a fin de que sea posible, si el ausente vuelve, la reconstrucción de su patrimonio. Por lo tanto ningún derecho extra patrimonial subordinado a la prueba de su fallecimiento, podrá ser abierto, ni siquiera provisionalmente, por la declaración de ausencia: el esposo de la ausente no queda libre (1); la mujer del ausente no se convierte en capaz (art 222); los herederos del marido ausente no pueden ejercitar aún la acción en extinción de patria potestad (2). .”.

efectos de manera exclusiva sobre el patrimonio del Ausente, y de manera limitada sobre sus relaciones no patrimoniales, como lo hemos indicado respecto de la tutela de los hijos sujetos a la patria potestad del ignorado.

Como administrador de los bienes, el representante estará facultado para realizar todos los actos necesarios tanto para la conservación del patrimonio, como para la producción de los frutos, naturales, industriales y civiles. Sin embargo, su función se encuentra limitada en sus obligaciones, facultades y restricciones, de la misma manera que el tutor, por remisión expresa de la ley a esta institución (art. 660 CC).¹⁴

2. REQUISITOS PREVIOS AL EJERCICIO DEL CARGO DEL ADMINISTRADOR

a) *Inventario y avalúo*

Como cualquier administrador de bienes ajenos, el representante está obligado de manera previa al desempeño de sus funciones, a formar inventario y avalúo de los bienes que conforman el patrimonio cuya conservación y limitada explotación serán objeto de su función. La finalidad del inventario será evitar la sustracción, desaparición u ocultamiento de los bienes, y la del avalúo, hacer constar el estado de los mismos y su valor, a efecto de responsabilizar al representante del deterioro que sufran por su negligencia y facilitar la reintegración de su patrimonio al ausente en el caso de presentarse.

Ahora bien, la ley no establece la forma en la cual deberá

¹⁴ PLANIOL y RIPERT, *opus cit.*, p. 43, dicen: "Período de presunción de ausencia... El período de presunción de ausencia comienza desde que la falta de noticias se ha prolongado el tiempo bastante para que la existencia del ausente parezca, de hecho, incierta... Desde ese momento, dejan de poderse ejercitar todos los derechos que suponen la prueba de la existencia del ausente. No obstante, los derechos subordinados a la prueba de la muerte del ausente no se abren aún: la ley prevé únicamente medidas provisionales que conciernen a la tutela de sus hijos y a la administración de sus bienes. El período de presunción de ausencia se prolonga hasta que los interesados hayan obtenido un fallo sobre declaración de ausencia"

formarse el inventario, pero por la análoga naturaleza de la institución de la Ausencia con la Tutela, consideramos aplicable al caso las disposiciones de ésta última, por lo cual, el inventario deberá ser solemne, es decir, practicado por el actuario del juzgado o por un notario (arts. 538-III CC y 817 CPC). Consideramos que en este caso el notario podrá ser designado por el propio representante, pues es en interés del ignorado a quien representa, precisamente en lo relativo a su patrimonio. El avalúo deberá ser practicado por un perito valuador, autorizado por el propio Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, pues se trata de un procedimiento judicial.

El inventario deberá practicarse dentro del término concedido por el juez, sin embargo éste no podrá exceder de 6 meses (art. 538-III CC). En su formación, el actuario o el notario, deberán seguir el orden establecido en el artículo 820 CPC, describiendo los bienes con toda precisión y claridad. Aunque la ley no lo indica, considero que por tratarse de una actuación relacionada con un procedimiento judicial, el juez deberá citar a todos los interesados para comparecer y presenciar la formación del inventario, pudiendo expresar cualquier inconformidad la cual se hará constar en el acta de la diligencia, la que deberá ser firmada por todos los que concurran, designando los bienes sobre cuya inclusión o exclusión recae (art 821 CPC).

Una vez practicados el inventario y el avalúo, serán agregados a los autos y se pondrán de manifiesto en la secretaría del juzgado, por cinco días, para que los interesados puedan examinarlos, citándoseles al efecto por cédula o correo. Si se deduce oposición, deberá agotarse el procedimiento regulado en los artículos 825 a 828 del CPC, el cual establece la vía incidental con una audiencia a la cual deberán comparecer los interesados y los peritos, y el incidente concluirá con la consecuente resolución.

Si al formar el inventario se hubiere omitido listar algunos bienes, cualquier interesado puede ocurrir al juez, pidiendo que los bienes omitidos se listen, y el juez, oído el parecer del representante, determinará en justicia (art. 553 CC).

Si bien el representante no forma el inventario (éste lo forman el actuario del juzgado o un notario), sí está obligado a

promover su facción, pero no encontramos disposición legal que así lo indique de manera expresa. Sin embargo, por ser requisito indispensable para entrar en posesión de su cargo, su omisión debe considerarse grave y causa de responsabilidad, pues como lo hemos precisado, es un cargo de orden público y de interés social, por tratarse de personas imposibilitadas para atender su patrimonio

b) *Caucionar su manejo*

Si bien el CC exige al representante, como a cualquier otro administrador de un patrimonio ajeno, garantizar su manejo, no restringe su derecho de manera alguna, estableciendo una especie determinada de garantía. En cierto modo podríamos encontrar equivocada esta afirmación, en tanto la ley exige al representante “caucionar” su manejo, término definido por el *Diccionario Jurídico Mexicano* simplemente como “fianza”, sin embargo no es esta la interpretación correcta. En el artículo 519 del CC, relativo a “la garantía que deben prestar los tutores para asegurar su manejo”, encontramos claramente un sentido diferente del término, al establecer que la “caución” consistirá:

- I. En hipoteca o prenda;
- II. En fianza.
- III. En cualquier otro medio suficiente autorizado por la ley.

Resulta pues concluyente, la “caución” no se limita a la fianza, sino a cualquier tipo de garantía a efecto de dejar garantizado el buen desempeño en la administración de los bienes del ausente.

Surge entonces otra cuestión ¿serán aplicables a la caución, las disposiciones relativas a la tutela?

La Ausencia hace constante remisión a la Tutela en su regulación; así, el representante tiene las mismas obligaciones, facultades, restricciones, retribución, causas de inhabilitación, remoción y excusas que el tutor, por lo tanto, también resultan aplicables las disposiciones relativas a la caución.

El representante goza de libertad para elegir el tipo de garantía que deberá constituir, sin embargo deberá tomar en cuenta una limitación, no podrá ofrecer fiador sino cuando no sea

posible constituir hipoteca o prenda, por así decretarlo el artículo 526 del CC.

Están exceptuados de la obligación de dar garantía, el cónyuge del ausente, el hijo y el ascendiente que desempeñen el cargo de representante, por aplicación analógica del artículo 523 del CC.

El plazo para el otorgamiento de la garantía será de un mes, contado a partir de su designación, siendo causa de remoción si no lo hace, pero ¿cuál es la base y cómo se determina el monto de la garantía? Nuevamente y por omisión de disposición en el capítulo de la Ausencia, deberemos remitirnos a la Tutela, con la salvedad de que en el caso del representante, éste entra en funciones, pero no administra los bienes sino hasta que caucione su manejo, por lo tanto, ya podrá formar el inventario y avalúo de los bienes determinando así la base para cuantificar la caución, pues de conformidad con lo dispuesto por el artículo 528 CC:

La hipoteca o prenda y, en su caso la fianza, se darán:

I. Por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años, y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo;

II. Por el valor de los bienes muebles;

III. Por el de los productos de las fincas rústicas en dos años, calculados por peritos, o por el término medio en un quinquenio, a elección del juez;

IV. En las negociaciones mercantiles e industriales, por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculado por los libros si están llevados en debida forma o a juicio de peritos.

Si el valor de los bienes aumenta o disminuye durante la representación, podrá aumentar o disminuir proporcionalmente la garantía a pedimento del representante (art. 528 CC).

Solo una reflexión final respecto de la caución, si ésta consiste en fiador, deberemos tomar en cuenta las disposiciones especiales aplicables al caso, pues se trata de una fianza que se otorga por prevención legal. Por lo tanto:

I. Salvo que se trate de una Institución de Crédito, el fiador debe tener bienes raíces inscritos en el Registro de la Propie-

dad y de un valor suficiente para garantizar las obligaciones que contraiga.

II. Deberá presentar un certificado expedido por el encargado del Registro de la Propiedad, a fin de demostrar que el fiador tiene bienes raíces suficientes para responder del cumplimiento de la obligación que garantice.

III. El juez deberá ordenar dentro de los tres días siguientes al otorgamiento de la fianza, se libre oficio al Registro Público de la Propiedad correspondiente, para la anotación preventiva relativa al otorgamiento de la fianza.

IV. Si el fiador enajena o grava los bienes raíces cuyas inscripciones de propiedad están anotadas conforme a lo dispuesto en el artículo 2852 CC, y de la operación resulta la insolvencia del fiador, aquélla se presumirá fraudulenta.

V. El fiador no podrá pedir la excusión de los bienes del deudor principal, ni los que fian a ese fiador, pueden pedir la excusión de éstos, así como tampoco la del deudor (artículos 2850 al 2855 CC).

3. OBLIGACIONES DEL REPRESENTANTE

Por remisión expresa de la ley (art. 660 CC), las obligaciones del representante serán las mismas que las del tutor, sin embargo aún y cuando ambas instituciones participan de análoga naturaleza, tienen supuestos diferentes, por lo cual habrán de adecuarse en el caso del representante, cuya naturaleza jurídica hemos precisado y por lo tanto, consideramos innecesario formular una lista de sus obligaciones, facultades y restricciones, en primer lugar porque algunas las encontramos en la ley, pero además, porque cualquier enumeración resultará incompleta pues considero imposible agotar los supuestos de hecho que se pueden presentar ante el inagotable universo factible de relaciones jurídicas del ignorado, por ello, debemos considerar al representante como la propia ley lo indica, un administrador de un patrimonio abandonado, cuya finalidad es su conservación y limitada explotación, pero no su enajenación. Por ello, todos los actos que excedan esta finalidad no estarán permitidos al representante ni aún y cuando los pueda realizar el tutor.

Cualquier acto que se requiera fuera de este supuesto, deberá resolverlo el juez con intervención del Ministerio Público, cuya función es velar por los intereses del ignorado.

Cabe precisar la facultad del representante para actuar en juicio, en defensa del patrimonio del ignorado, pues precisamente se faculta a quien interese litigar con el ignorado o defender sus intereses, a pedir el nombramiento de representante. Sin embargo, la misma limitación aplica en este supuesto, el litigio deberá versar sobre cuestiones patrimoniales objeto de la administración y no de relaciones personales y extrapatrimoniales del ignorado.

Por igual remisión de la ley en sus artículos 661, 662, 663 y 664 del CC, son aplicables al representante las disposiciones relativas a la retribución, impedimentos, causas de excusa y remoción de los tutores.

La nota distintiva de la Ausencia con la Tutela, la encontramos en las causas de extinción del representante, diversas de las del tutor. En el primer caso, la representación legal se extingue por esfumarse el supuesto autorizador, es decir, la ignorada existencia del ausente, pues si éste regresa o se presenta un apoderado legítimo, no hay duda de la existencia legal del ausente ya porque físicamente se encuentre en el lugar del juicio, ya porque convencionalmente se encuentre representado, cesando el abandono de su patrimonio o bien, porque ha fallecido y por lo tanto se actualiza un supuesto legal diferente: la sucesión hereditaria, institución diversa de la Ausencia.

Sin embargo, existe un supuesto adicional por el cual se extingue la representación, la posesión provisional de los bienes. A reserva de analizar detenidamente el efecto de dicha posesión, solo adelantamos que se caracteriza por constituir a los presuntos herederos en administradores del patrimonio del ausente.

TÍTULO OCTAVO AUSENTES DECLARADOS

Hemos precisado al tratar las etapas iniciales en el procedimiento de la Ausencia, que para producirse la declaración judicial constitutiva de este nuevo estatus del sujeto, se requiere la actualización de diversos supuestos jurídicos, entre los cuales mencionamos la desaparición injustificada del sujeto de su residencia habitual, la carencia de noticias, el abandono de sus bienes y en general de sus relaciones jurídicas, la inexistencia de representante o apoderado con facultades suficientes para atenderlas y finalmente, el transcurso del tiempo en el cual se prolonguen estos supuestos.

Pues bien, finalmente llegamos a la etapa en la cual se actualiza este último supuesto, ha transcurrido el plazo exigido por la ley para que todos estos elementos materiales se sumen al elemento psicológico presuntivo de la ausencia del sujeto, el transcurso del tiempo, para producir las consecuencias de derecho contenidas en las normas reguladoras de esta institución.

Pero, debemos distinguir entre la producción de los efectos y, el nacimiento del derecho adjetivo para solicitar la declaración de este nuevo estatus jurídico del cual derivan. La ley establece que, una vez transcurrido el plazo de dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia (art. 669 CC).

Es decir, la acción para solicitar la declaración de ausencia nace cuando menos dos años y tres meses después de la desaparición del sujeto. Primero, el juez debe citarlo para que se presente en un plazo de entre tres a seis meses, contados a partir de la última publicación de los edictos. Transcurrido el plazo, suponiendo el menor, es decir, tres meses, si no se presenta, se designa representante, el cual durará en su encargo por un pe-

río de cuando menos dos años más, término al cual nace la acción para demandar la declaración de ausencia.

Mayor resultará el plazo si el ausente ha dejado apoderado general para la administración de sus bienes, pues en este caso no podrá pedirse la declaración de ausencia sino pasados tres años, que se contarán desde la desaparición del ausente, con independencia de que el poder tenga vigencia por mayor plazo, si en este período no se tuvieren ningunas noticias suyas, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas.

Pero en este último caso ¿cuándo se considera jurídicamente desaparecido al ausente? Aplicando de manera armónica las disposiciones de los artículos 649 y 654 del CC, encontramos la solución. Se considera desaparecido al ausente y por lo tanto en estado de ausencia, cuando habiéndose actualizado las circunstancias constitutivas de los supuestos jurídicos de la ausencia, se le ha citado en debida forma y transcurrido el plazo concedido para que se presente, no comparece ni por sí ni por apoderado legítimo, ni por medio de tutor o de pariente que pueda representarlo. Es decir, nuevamente han transcurrido cuando menos tres años y tres meses desde su desaparición.

Aunque en principio el apoderado, a diferencia del representante, no está obligado a garantizar su manejo, transcurridos dos años contados en los términos precisados en los párrafos precedentes, el Ministerio Público o los titulares de la acción de declaración de ausencia, podrán pedir que lo haga en los mismos términos que debe hacerlo el representante, y si no lo hiciere, se nombrará al representante.

Nace entonces la acción, la cual debe ejercitarse de manera separada a las diligencias anteriores, en un juicio independiente. Los titulares de esta acción, difieren de las personas legitimadas para solicitar las medidas provisionales en caso de ausencia y la designación de depositario o representante. En este caso, la ley confiere la acción a los herederos, legítimos o testamentarios del ausente, a los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente, y al Ministerio Público (art. 673 CC).

Los supuestos que constituyen los presupuestos legales para la determinación de las medidas provisionales referidas en

los capítulos anteriores, resultan a su vez, los supuestos necesarios para acreditar los elementos constitutivos de la acción de ausencia. Así se concluye de la lectura de los artículos 674 y 675 del CC, pues en el procedimiento correspondiente, el juez examina la demanda; es decir, los fundamentos de hecho y de derecho constitutivos de las pretensiones del actor y, de considerarla apegada a derecho, ordena su publicación. Nótese, el juez no ordena correr traslado con la misma al ausente en su carácter de demandado, ni le concede un plazo para contestar la demanda ni lo previene en forma alguna, sin embargo, si no hay noticias de él, no existe oposición fundada de algún interesado ni se presenta el ignorado, transcurrido el plazo, el juez declarará en forma la ausencia.

Luego entonces, el título justificativo de la acción, lo constituyen las actuaciones judiciales que contienen las medidas provisionales. El documento que las justifique deberá ser acompañado a la demanda al solicitarse la declaración judicial de ausencia o bien, solicitar su acumulación en los términos del artículo 199 CPC.

Podemos entonces concluir, que las medidas tomadas durante las etapas anteriores a esta fase de la ausencia, constituyen un verdadero procedimiento o medios preparatorios al juicio. Esta nueva fase del procedimiento, deberá iniciarse con una demanda aunque el trámite no es contradictorio, pues la pretensión se reclama del juzgador y consiste en la declaración de ausencia y aunque los intereses del Ausente están vigilados por el Ministerio Público, éste no representa al Ausente en su carácter de demandado.

La finalidad de esta etapa no es ya la protección de los intereses y bienes del ausente, sino el ejercicio de los derechos de terceros, sujetos a la supervivencia o presencia del ausente.¹⁵

¹⁵ PLANIOIL y RIPERT, *opus cit*, p 53, dicen: "La declaración de ausencia no tiene ya por objeto principal, como las medidas tomadas durante la presunción de ausencia, proteger los intereses del ausente, sino el permitir el ejercicio, a otras personas de los derechos subordinados a su fallecimiento. Son, pues, los titulares de esos derechos o sus acreedores los que deben ser considerados como los interesados a los cuales se abre el art 115 la acción para la declaración de ausencia.

La publicación de la demanda deberá hacerse durante tres meses, con intervalos de quince días entre cada publicación, los cuales deberemos considerar naturales (art. 1177 CC), en la *Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal* y en cuando menos dos periódicos principales del domicilio del ausente, resultando aplicable al caso el comentario formulado con anterioridad respecto de las publicaciones.

La demanda también será remitida a los cónsules de México en los lugares en que pueda presumirse que se encuentra el ausente, o que se tengan noticias de él. La finalidad será, enterarlos a efecto de que se lo comuniquen al ausente en el caso de presentarse ante ellos y a su vez informen al juez si tienen noticias de él.

Que la ley confiera acción a los presuntos herederos legítimos del ausente o bien a sus herederos testamentarios instituidos en un testamento abierto, no debe confundirnos con la apertura de la sucesión. Recordemos que la sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente (art. 1649 CC). Por lo tanto, la consulta del testamento público o la apertura del testamento cerrado o del ológrafo, tienen la única finalidad de determinar quienes son los titulares de la acción y en su caso, los depositarios de los bienes del ausente.

A su vez, la sentencia que declara la ausencia se publicará tres veces en los mismos medios, con intervalo de quince días, con remisión a los cónsules, repitiéndose ambas publicaciones cada dos años hasta que se declare la presunción de muerte. La presencia del ausente, de un apoderado o representante o las

Tales son 1º. Los herederos presuntos del ausente, a los que la declaración de ausencia permite tomar posesión provisional, con un derecho más o menos amplio, de los frutos y rentas de los bienes del ausente; 2º. Sus legatarios y donatarios de bienes futuros que se hallan en una situación análoga, 3º. Su cónyuge, al que la declaración de ausencia permite exigir la liquidación de la sociedad legal y ejercitar las ventajas que para el caso de muerte posterior puedan haber sido establecidas en el contrato de matrimonio. 4º. Los nudo-propietarios de los bienes de que el ausente era usufructuario, puesto que la declaración de ausencia suspende ese usufructo, 5º. Todos aquellos cuyos derechos estuviesen afectados por una condición suspensiva consistente en la muerte del ausente (principalmente los donatarios que se hubieran reservado el derecho de retracto convencional)".

noticias de su existencia o paradero, interrumpen el procedimiento (art. 676 CC).

Seguimos sumando tiempo, tres meses cuando menos, citando al ignorado; dos años para el nacimiento de la acción para demandar la declaración de ausencia en el caso más breve, siete meses más para declararla, es decir, dos años diez meses y luego permanecemos en esta etapa por 6 años antes de poder solicitar la declaración de presunción de muerte, para sumar un total de ocho años y diez meses. Pero como aún no terminamos el procedimiento de la ausencia, cuya conclusión será la presunción de muerte del ausente, primero veremos los efectos que causa esta declaración.

TÍTULO NOVENO

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA

La declaración judicial de ausencia, constituye un nuevo estatus jurídico del sujeto, un nuevo estado civil que repercute en sus relaciones jurídicas, producido por la ruptura del individuo con el medio social al cual pertenece. Hemos definido el estado como la situación que guarda una persona en sus relaciones jurídicas. La declaración de ausencia, repercute en todas las relaciones jurídicas del sujeto, con la familia a la cual pertenece, el Estado, la sociedad, etcétera.

Este nuevo estatus jurídico, coloca al Ausente en una situación de desamparo de su patrimonio, de sus relaciones jurídicas, de donde deviene la similitud de la institución con la de los incapaces, la Tutela. Requiere de la intervención del Estado para salvaguardar sus intereses patrimoniales y personales ante la imposibilidad de hacerlo personalmente.

En esta etapa, no se hace ningún pronunciamiento respecto de la personalidad del Ausente, ésta se mantiene intocada, solo se atiende la indefensión de su patrimonio al no encontrarse en posibilidad de atenderlo por sí ni por persona designada por él, sea su representante o su apoderado, con facultades suficientes para administrarlo, tomando las medidas necesarias para su conservación.¹⁶

Esta etapa se caracteriza por los siguientes efectos:

¹⁶ ROJINA VILLEGAS, *opus cit.*, Tomo I, p. 126, dice: "Por último, el sistema de la ausencia implica tanto la preservación patrimonial, como la liquidación ante la presunción de muerte del ausente. En el primer período, o sea el de preservación patrimonial, se adoptan todas las medidas necesarias para proteger los bienes del ausente, dando, en su caso, primero la posesión al representante que se designe y, después, a los presuntos herederos. En el segundo período, una vez

1. LA POSESIÓN PROVISIONAL DE LOS BIENES DEL AUSENTE A FAVOR DE SUS HEREDEROS TESTAMENTARIOS O LEGÍTIMOS

En el primer supuesto, la ley se refiere a dos tipos de testamento, al público y al ológrafo, es decir, a los ordinarios, por lo cual al mencionar los testamentos públicos deberemos comprender el abierto, el cerrado y el simplificado, sin embargo ¿cuál fue la razón para desestimar los demás testamentos; es decir, los especiales? Si bien el testamento público abierto y el simplificado son conocidos por cualquier persona sin necesidad de apertura y, eficaces sin necesidad de declaración previa de validez, no acontece lo mismo con el público cerrado ni el ológrafo, los cuales requieren de un procedimiento especial para conocer su contenido y deben ser declarados válidos por el juez de lo familiar ante el cual se realice el proceso correspondiente a su apertura. Por lo tanto, no encontramos fundamento para desestimar los testamentos especiales, lo cual puede afectar los derechos de herederos testamentarios, preferentes a los legítimos, provocando además, un posible conflicto entre ambas clases de herederos, pues mientras los legítimos administrarán provisionalmente y harán suyos ciertos frutos como lo veremos más adelante, los primeros (los testamentarios) podrán llegar a ser, de declararse la presunción de muerte del ausente, poseedores definitivos a título de herencia, titularidad que se retrotrae al momento del presunto fallecimiento del ausente.

¿Cómo determina el juez que el testamento presentado, es el último otorgado por el Ausente? La ley, en los casos de trámites sucesorios, prevé la obligación de los jueces de solicitar informes al encargado del Archivo General de Notarías, sobre la existencia en dicha oficina, de algún testamento ológrafo del

que se ha llegado ya a la declaratoria de presunción de muerte, se procede a la liquidación del patrimonio del ausente, siguiendo el régimen del derecho hereditario. Los poseedores provisionales en su calidad de presuntos herederos entran a disfrutar de la posesión definitiva de los bienes ya a título de herencia, con la obligación de restituirlos si el ausente apareciere”.

autor de la sucesión, para que en caso de que así sea, le sea remitido (art. 1559 CC). También en el caso de la sucesión notarial, existe la obligación del notario de solicitar informes a la misma dependencia y al Archivo Judicial, así como de la oficina respectiva del último domicilio del autor de la sucesión, en caso de que hubiere sido fuera del Distrito Federal, a fin de acreditar que el testamento presentado al Notario por todos los herederos, es el último otorgado por el testador (art. 168 LNDF). Finalmente el artículo 789 bis del CPC, impone la misma obligación a ambos.

Sin embargo, hemos precisado que la declaración de ausencia no produce la apertura de la sucesión del ausente, por lo tanto, no se actualizan los supuestos citados en el párrafo precedente, no obstante, en base al principio por el cual un testamento queda revocado por otro posterior perfecto (art. 1494 CC), el juez debe cerciorarse de la vigencia del testamento exhibido por los interesados, para lo cual tiene a su alcance la información de las citadas dependencias.

¿Cuál es la naturaleza de la posesión? Parece necesario descartar la posesión originaria. Los herederos no parecen recibir los bienes a título de causahabientes, sucesores del ausente, sino como meros depositarios con facultades de administración. Sustituyen al representante en estas funciones, por lo tanto, están obligados a garantizar su manejo y cumplir con las demás obligaciones impuestas por la ley. Tienen las mismas facultades, obligaciones y restricciones que los tutores, lo que nos permite concluir su carácter de administradores de un patrimonio ajeno, cuyo titular se encuentra en imposibilidad de actuar personalmente.

La administración podrá realizarse de manera directa por cada uno de los herederos, si los bienes admiten cómoda división, entregando uno o varios bienes a cada heredero, quien será el administrador de los mismos y deberá rendir cuenta de su administración. Si los bienes no admiten cómoda división, los propios herederos elegirán de entre ellos mismos a un administrador general y, si no se ponen de acuerdo, el juez lo nombrará, escogiéndolo de entre los mismos herederos. Con esto queda claro que no puede ser administrador quien no sea heredero.

Ahora bien, si en el testamento se ha instituido un legado ¿tiene derecho el legatario a solicitar la posesión provisional del bien objeto de su institución? En base a lo dispuesto por los artículos 1408 y 1409 del CC, consideramos legítima la solicitud del legatario a la posesión provisional del bien objeto del legado. Como veremos más adelante, la posesión provisional rinde frutos al poseedor y si el objeto legado por su propia naturaleza se identifica individualmente, se separa de la masa hereditaria de manera que no forma parte del patrimonio común respecto del cual, los herederos adquieren derechos desde el fallecimiento del difunto (art. 1288 CC). Así lo confirma el artículo 689 del CC, al conferir al legatario la posibilidad de ejercer sus derechos en esta etapa, debiendo en su caso otorgar la garantía correspondiente. El mismo derecho tendrán los donatarios designados para después de la muerte del ausente.

Pero, si los herederos reciben los bienes con la finalidad de sustituir al representante, en sus funciones como administradores individuales de determinados bienes ¿por qué la ley los considera poseedores provisionales? ¿en el caso de los que no administran los bienes, por no admitir cómoda división, por qué habría que considerarlos poseedores?

Es aquí en donde debemos reflexionar si en realidad se trata de una posesión derivada, en términos de lo dispuesto por el artículo 791 del CC, por la cual los herederos simplemente reciben la posesión de los bienes en su carácter de administradores, no de propietarios, cuyas facultades, obligaciones, y restricciones así parecen confirmarlo.

Resulta fácil comprender por qué: así como el representante tiene derecho a ser retribuido por su trabajo, también los poseedores provisionales en funciones de administradores, gozan de este ingreso, aunque con reglas diferentes. Sin embargo, el derecho a los frutos, que se analizará a continuación, se decreta a favor de todos los poseedores y no sólo a favor de los administradores, lo que nos arroja luz sobre el equívoco incurrido por el legislador.

En la exposición de motivos del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, respecto de los ausentes encontramos el siguiente texto:

...El III declara los efectos que debe producir la decisión judicial. Se abrirá el testamento cerrado que hubiere, y con todas las formalidades legales se pondrá en posesión provisional a los herederos testamentarios o legítimos que tengan ese derecho; se dividirán los bienes, si fuese posible, ó se nombrará un administrador general; los herederos que no administren, así como los demás que tengan derechos a los bienes, pueden nombrar un interventor, pero éstos y aquellos y el que administre, deben dar la garantía legal, con excepción del cónyuge y los ascendientes en ciertos casos. Si el ausente vuelve, recobra sus bienes y la mitad de los frutos, **porque es justo que los administradores reciban alguna parte en compensación de su trabajo...** (El subrayado es mío).

Nótese cómo el legislador confunde su intención con la legislación. En efecto, si la finalidad de conceder a los poseedores provisionales el derecho a apropiarse de los frutos industriales y la mitad de los naturales y civiles producidos por los bienes por ellos administrados fue precisamente por el desempeño de esta función, debió precisarlo, pues al conceder dicho derecho a todos los poseedores con independencia de que los administren, en realidad les confiere un derecho de goce sobre los mismos, con derecho a recibir los mencionados frutos por considerarlos provisionalmente como poseedores originarios, fundando su título en la sucesión del ausente, dada la naturaleza a la cual va encaminado el procedimiento.

El legislador, al conceder el derecho de goce a los herederos, no toma en cuenta la causa de la desaparición del ausente. No debería regular de manera igual la ausencia por iniciativa propia y la producida en contra de la voluntad del sujeto. En el primer caso considero injusta la determinación del legislador de conferir al administrador de los bienes del ausente tan solo la mitad de los frutos civiles y naturales, pues de no haber intervenido el poseedor en la administración de los bienes, tales frutos no se habrían producido.

Pero en el segundo caso, es frecuente, lamentablemente, en la época actual, la desaparición de mucha gente por causa de la inseguridad que se vive en el país y me atrevo a decir, en todo el mundo.

Todos los días vemos en los medios de comunicación, historias de desaparecidos por los “levantones” efectuados por el

crimen organizado, decapitados, cuerpos desaparecidos por haber sido disueltos en componentes químicos, enterrados en fosas clandestinas, llamadas popularmente “narcofosas”; gente secuestrada y asesinada, enterrada clandestinamente y de la cual no se vuelve a tener noticias. Gente secuestrada por años por las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia o cualquier otra organización clandestina llamada pomposamente “revolucionaria”. Mexicanos que trascienden las fronteras en busca de trabajo en otros lares y de los cuales no se vuelve a tener noticias. Algunos emprendieron sus viajes voluntariamente, sin embargo las causas de su desaparición posterior pueden ser variadas, voluntarias o involuntarias. Pero de otros, se sabe la causa de su ausencia y su oposición con la misma, habiéndose producido de manera forzada. Consideramos que la legislación debería ponderar estas situaciones pues dada su enorme diferencia, deberían legislarse de manera distinta, concediendo una justa retribución al administrador de los bienes, pero sin privar ni castigar de manera gravosa al ausente.

Sin embargo, debemos puntualizar, la ley no concede a los poseedores provisionales el simple carácter de depositarios administradores y por lo tanto, les concede una remuneración. En realidad, al considerarlos poseedores, les está reconociendo el carácter de causahabientes del ausente, de adquirentes a título de herencia, aunque de manera provisional; es decir, sujeta a la aparición o noticias de la existencia del ausente. Por lo tanto, como poseedor de buena fe, cuya posesión fue adquirida por título traslativo de dominio de manera provisional, hace suyos los frutos precisados. Adicionalmente, los considera representantes del ausente en todos los actos de administración respecto de los bienes cuya posesión les ha sido conferida.

Confirma nuestro criterio la disposición legal que confiere a los herederos del poseedor provisional el derecho de sucederlo en la parte que le haya correspondido a aquél, bajo las mismas condiciones y con iguales garantías (art. 646 CC).

Sin embargo, esta posesión es provisional, no solo por la incertidumbre del regreso del ausente o la existencia de noticias respecto de su existencia o la certidumbre de la fecha de su defunción, lo cual puede variar las personas con derecho a

la herencia, por ello y por estar investido de representación del ausente respecto de los actos de administración correspondientes a dichos bienes, el poseedor provisional debe otorgar garantía en los términos prevenidos para el tutor (art. 528 CC), pero si está imposibilitado para otorgarla por los montos exigidos en dicha norma, el juez, tomando en cuenta las circunstancias de las personas y de los bienes, podrá disminuir su importe, sin bajar de la tercia parte de los valores señalados en la citada norma. Mientras no se otorgue la garantía, no cesa la administración del representante.

No están obligados a dar garantía, el cónyuge, los descendientes y los ascendientes que como herederos entren en la posesión de los bienes del ausente, por la parte que en ellos les corresponda; el ascendiente que en ejercicio de la patria potestad administre bienes que como herederos del ausente correspondan a sus descendientes; si hubiere legatarios, el cónyuge, los descendientes y ascendientes darán la garantía legal por la parte de bienes que correspondan a los legatarios, si no hubiere división ni administrador general (art. 693 CC).

Si hecha la declaración de ausencia, no se presentan herederos, el Ministerio Público pedirá, o la continuación del representante, o la elección de otro que en nombre de la Hacienda Pública, entre en la posesión provisional.¹⁷

2. EJERCICIO DE LOS DERECHOS SOBRE LOS BIENES DEL AUSENTE QUE DEPENDEN DE SU MUERTE O PRESENCIA

Resultaría ambicioso pretender explicar todos los derechos cuya eficacia está sujeta a la muerte o presencia del sujeto, atenta la finalidad de un breviarío, sin embargo, no por esto debemos dejar en el tintero los principios generales. El CC se refiere en particular a dos, los legatarios y los donatarios, en

¹⁷ De acuerdo con las modificaciones del CC en la parte relativa a la sucesión legítima, debemos entender al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

este último caso debemos suponer las donaciones para después de la muerte o mortis causa.

Resulta que el legislador nuevamente, adelantándose al desenlace del procedimiento de la ausencia, cuya conclusión se prevé en la presunción de la muerte del ausente, autoriza provisionalmente algunos efectos propios de su fallecimiento. El legado es la disposición testamentaria, mediante la cual el testador, dispone de un bien o establece una prestación a título particular, a favor del legatario, por lo tanto, produce efecto a la muerte del testador. Pues bien, en este caso, atendiendo a la naturaleza de la institución, el legislador considera conveniente adelantar a la muerte del ausente, el ejercicio de derechos que dependen de ella, para evitar demérito de los bienes, pero de manera provisional, pues exige a los titulares de estos derechos, garantizar su restitución en caso de que el ausente se presente o se tengan noticias de él.

En cuanto a las donaciones, consideramos que el legislador se refiere a las mortis causa o hechas para después de la muerte, pues las donaciones ordinarias no dependen ni de la presencia ni del fallecimiento del donante. Por lo tanto, el donatario, una vez perfeccionado el contrato, dispone libremente de los bienes y en el caso de estar sujeto a condición suspensiva o término, ni la ausencia ni la muerte son causas de caducidad de la condición o del plazo.¹⁸

¹⁸ ROJINA VILLEGAS, *opus cit.*, Tomo 11, p. 327, dice: "...Pero, si las partes expresamente subordinan todos los efectos del contrato a la muerte del donante, la donación que es contrato se sujeta, no obstante, a las reglas de los legados. No se trata de un legado, es decir, de una transmisión a título particular operada por testamento. En virtud de que se celebra un contrato, hay acuerdo de voluntades, se cumplen todos los requisitos de este acto jurídico y sólo se subordinan sus efectos a la muerte del donante. El artículo 2339 estatuye: "Las donaciones que se hagan para después de la muerte del donante, se regirán por las disposiciones relativas del Libro Tercero; y las que se hagan entre consortes por lo dispuesto en el Capítulo VII, Título V del Libro Primero". Es decir se aplican las disposiciones relativas a sucesiones, pero dentro de ellas debemos determinar cuáles son las reglas que rigen este contrato de donación que surtirá sus efectos a la muerte del donante. Como en el régimen de la sucesión existen dos formas de trasmisión, tanto por lo que se refiere al patrimonio como a bienes determinados, es decir, trasmisión a título universal a favor de los herederos y a título particular, en relación con los legatarios, es indiscutible la vaguedad del art. 2339

El legislador abre la puerta a todos los demás derechos revestidos de esta naturaleza; es decir, cuyo ejercicio dependa de la muerte o presencia de éste. Su tratamiento excede la extensión de este trabajo, por lo cual solo mencionamos los siguientes:

a. El derecho de subrogación de los derechos del arrendatario, en el arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación, por muerte del arrendatario y a favor de las personas en el mismo precisadas (artículo 2448-H CC).

b. El derecho del aparcerero de levantar las mieses o cosechar los frutos en que deba tener parte, sin dar aviso al propietario o a quien haga sus veces, de conformidad con los artículos 2743 y 2744 CC.

c. Los convenios que se celebren sobre los derechos sucesorios del ausente, pues al presumirse su defunción, no podrán ser atacados por tratarse de una sucesión futura, pues para ello deberá el opositor, probar la existencia del ausente.

d. El derecho de usufructo, el cual supone la supervivencia del usufructuario, deberá suspenderse, al igual que cualquier otro derecho vitalicio que corresponda al ausente, como son el derecho real de uso y el de habitación, los cuales ya no podrán ejercitarse.

3. SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE DEBEN CESAR A LA MUERTE DEL AUSENTE

a. De conformidad con el artículo 2515 del CC, el contrato de comodato termina por la muerte del comodatario, por lo tanto, el estatus del ausente, le permite suspender sus obligaciones al comodante, es decir, suspender el uso gratuito del bien objeto del contrato.

debe entenderse sólo para aplicar las disposiciones de los legados en los que hay como en la donación, una transferencia a título particular...en la donación universal por causa de muerte hay también, por una disposición expresa, una transferencia a título universal, ya que el donatario debe considerarse como heredero, convirtiéndose en representante del difunto, causahabiente de su patrimonio y responsable en su activo, pero a beneficio de inventario”.

b. De conformidad con el artículo 2595 fracción III CC, el mandatario podrá suspender el ejercicio del mandato, salvo desde luego que se refiera al poder general del cual hemos hablado al tratar el tema de los ausentes con representación, así como las salvedades contempladas en el artículo 2600; es decir, deberá continuar el ejercicio del mandato hasta que se designe un representante que provea a la administración de los bienes objeto del mandato. De la misma forma, el mandante podrá suspender el cumplimiento de sus obligaciones para con el mandatario.

c. El artículo 2742 del cc, establece como causa de terminación del contrato de aparcería el fallecimiento del aparcerero, por lo tanto, el dueño del predio podrá suspender el cumplimiento de sus obligaciones desde la declaración de ausencia del aparcerero.

d. La obligación del pensionista de pagar la renta en el contrato de renta vitalicia, termina por la muerte de la persona de cuya supervivencia se haya hecho depender su vigencia, por lo tanto, al situarse el supuesto en la persona del ausente, el pensionista podrá suspender el pago de la renta.

4. INTERRUPCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Quizás debemos empezar por entender el concepto interrupción para comprender el alcance de los efectos producidos por la declaración de la ausencia.

La interrupción es la acción o efecto de interrumpir. A su vez, interrumpir es impedir la continuidad de algo. En el caso a estudio, la declaración de ausencia interrumpe la sociedad conyugal; es decir, impide que continúe, produciendo el efecto societario de disolución y obligada liquidación. Es la declaración de ausencia para la sociedad conyugal, lo que para la sociedad civil sería el vencimiento anticipado del plazo por mutuo consentimiento y, consecuente inmediata liquidación.

Por lo tanto, no solo se interrumpen los efectos de la sociedad para el futuro; es decir, se dejan de producir ganancias para ambos cónyuges, sino debe liquidarse, entregando al cón-

yuge presente sus bienes propios y los correspondientes a las gananciales generadas hasta el día en que la declaración de ausencia haya causado ejecutoria, según las capitulaciones matrimoniales, procediendo con respecto de los del ausente, a entregarlos a sus poseedores provisionales. A partir de este momento, el cónyuge presente puede disponer de los bienes propios y de los recibidos por gananciales libremente. Sin embargo y como lo precisaremos más adelante, la sociedad puede restablecerse y continuar en un futuro, por lo cual el legislador no ha considerado a la declaración de ausencia como causa de terminación de la sociedad, sino solo su interrupción con los precisados efectos.¹⁹

Pero puede suceder que en las capitulaciones matrimoniales se hubiera estipulado la continuidad de la sociedad conyugal, no obstante la ausencia de uno de los cónyuges, en cuyo caso, deberá estarse a las convenciones por ellos otorgadas y por lo tanto el cónyuge presente conserva su posesión y goce, y consecuentemente los poseedores provisionales no recibirán los bienes.

Si el cónyuge ausente regresa o se prueba su existencia, se restaura la sociedad conyugal, lo cual es posible al no haberse extinguido sino solo interrumpido, pero los bienes recibidos y dispuestos por el cónyuge presente no se restituyen, pues su disposición fue legítima, estando exento de responsabilidad frente al cónyuge ausente.

5. DERECHO A ALIMENTOS DEL CÓNYUGE PRESENTE

Si el cónyuge presente no fuera heredero, ni tuviere bienes propios, tendrá derecho a alimentos.

¹⁹ Consideramos más explícitas las disposiciones del Código Civil de 1874, el cual establecía en sus artículos 650 y 655 lo siguiente: “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” “Si después de haber sido hecha la declaración de ausencia, regresare el cónyuge ausente, quedará restaurada la sociedad conyugal, si ha sido interrumpida conforme al art. 648; mas los gananciales adquiridos serán propios del cónyuge que los adquirió”.

TÍTULO DÉCIMO PRESUNCIÓN DE MUERTE DEL AUSENTE

La presunción nunca producirá el mismo efecto que produce la certeza del fallecimiento del ausente. Este último es causa de extinción de la personalidad, porque de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 del CC, la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte. El procedimiento de la ausencia, no concluye con la declaración de muerte del ausente y por lo tanto con su capacidad jurídica, sólo establece la presunción de su fallecimiento, lo cual no extingue la personalidad jurídica del sujeto. Hemos sostenido y lo seguimos haciendo, la presunción de muerte del ausente, como la propia declaración de ausencia, establecen un nuevo estatus jurídico del sujeto, el cual no es compatible con la extinción de su personalidad.

Pero antes de continuar, aclaremos el concepto de presunción legal. Dicho concepto lo encontramos en el artículo 379 del CPC, el cual establece: “Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido, la primera se llama legal, y la segunda humana”. Nuestro caso encuentra fundamento en la primera, la presunción legal.

En efecto, cuando a todos los hechos constitutivos de los supuestos de derecho, fundamento de la declaración de ausencia del individuo, se suma el transcurso de seis años sin la presencia o noticias del ausente, la ley presume su muerte. Y la presume, porque no puede declarar su fallecimiento, pues la única forma auténtica para acreditarlo es mediante un certificado de defunción, en formato expedido por la Secretaría de Salud y suscrito por médico legalmente autorizado (art. 117 CC y 87 RRCDF), documento revestido por ley, de pleno

valor probatorio respecto del día, hora, lugar y causas del fallecimiento.

Retomando entonces el tema de la presunción de muerte, decimos que produce un nuevo estatus jurídico del individuo, respecto del cual se han actualizado todos los supuestos necesarios estudiados en los títulos anteriores. Este estatus interrumpe sus relaciones jurídicas (las cuales constituyen el contenido del estatus o estado, según lo definimos en el título segundo), dejándolas en suspenso, mientras no se produzca alguna prueba en contra de los supuestos que han servido de fundamento para declarar la presunción de muerte.

Esta resolución no constituye cosa juzgada respecto del estado civil del ausente (arts. 93, 94 CPC), en caso de que éste o el presuntamente muerto se presente o se tengan noticias de su existencia, tiene a su alcance la acción de restitución, la cual será tratada en título posterior, quedando demostrado con ello, que el ausente o presuntamente muerto, conserva su personalidad y capacidad jurídica. Nótese que la ley no da a la declaración, la naturaleza de una resolución sujeta a condición resolutoria, pues con absoluta claridad la trata con el carácter de presunción legal.

Por las razones anotadas, el legislador considera a los presuntos herederos como poseedores definitivos y no propietarios de los bienes. La transmisión de los mismos se funda en una presunción legal *juris tantum*; es decir, aquella que admite prueba en contrario la cual, una vez acreditada, destruye los efectos de la declaración. En el caso concreto, la prueba es la presencia del ausente o presunto muerto o la certeza de su existencia por noticias recibidas con posterioridad a la declaración judicial, pero desde luego, respetando los derechos adquiridos por terceros de buena fe y a título oneroso.

Pero, mientras no exista esta prueba en contra, la sentencia declarativa de este nuevo estatus jurídico, producirá todos los efectos del fallecimiento del ausente, como si efectivamente hubiera perdido su personalidad y capacidad jurídicas. Por lo tanto, deberá abrirse la sucesión, determinar ahora sí, con base en la fecha de la declaración de la muerte, quienes son los herederos, ya sea testamentarios o legítimos del ausente, éstos a

su vez, tendrán derecho de exigir cuentas a los poseedores provisionales, ya no estarán obligados a garantizar su eventual responsabilidad frente al ausente en caso de que se presente y podrán disponer libremente de los bienes. Estos efectos los trataremos en el título siguiente.

Pero antes de tratar los efectos específicos de la presunción de muerte del ausente, debemos hacer mención a otras situaciones jurídicas que producen plenos efectos extintivos de la personalidad, al certificar la defunción de un sujeto, basada en una simple presunción legal.

De manera contraria a lo sucedido con los ausentes, el primero de estos casos prevé, la existencia de un cadáver, pero no identificable por haberse producido la muerte a consecuencia de una inundación, naufragio, incendio, explosión, terremoto o cualesquiera otro siniestro. Existe entonces sí, un cadáver, es decir un cuerpo humano respecto del cual se ha certificado la pérdida de la vida, ésto será el contenido del certificado de defunción, pero se ignora su identidad, pues no hay forma de reconocerlo. Sin embargo, dice la ley (art 123 CC), se levantará el acta de defunción, la cual es prueba plena del fallecimiento de un sujeto (art. 39, 50). El acta debe contener el nombre, apellido, edad, ocupación y domicilio que tuvo el difunto; es decir, éste deberá estar identificado. ¿Cómo se establecerá su identidad si el cadáver está desfigurado, de manera irreconocible?

Pues bien, el acta se forma con los datos que ministren los que lo recogieron, los cuales pueden ser totalmente desconocidos del difunto y por lo tanto no podrán aportar sino los hechos por ellos presenciados, tales como el haber recuperado el cadáver del lugar del siniestro, las ropas que llevaba puestas y los artículos y objetos con él encontrados. De manera tal que la identidad del difunto deberá establecerse a base de presunciones (algunas señas que aún subsistan, sus vestidos y objetos con él encontrados, como puede ser una identificación oficial, aunque no sea posible confrontar los rasgos fisonómicos de la fotografía con el cadáver por estar desfigurado), produciendo sin embargo, la certeza de su muerte.

Pero el segundo caso es aún más serio, pues se trata de asentar un acta de defunción de un sujeto cuyo cadáver ni si-

quiera se tiene a la vista, es más, no se ha encontrado, por lo cual ni siquiera hay forma de establecer una presunción de identidad. En este caso la presunción legal tiene por fundamento un hecho conocido y plenamente probado, la certeza de que la persona de la cual se trata ha sucumbido en el lugar del desastre. Deberá probarse entonces, que la persona ingresó al lugar del siniestro, su permanencia hasta el momento del catastrófico evento y su desaparición posterior, elementos todos, fundamento de la presunción legal (art. 124 CC).

Estos supuestos desde luego, están fuera del tema que nos ocupa, pues no son considerados ausentes, sino simple y llanamente fallecidos.

TÍTULO UNDÉCIMO EFECTOS DE LA PRESUNCIÓN DE MUERTE

Ya adelantamos que la presunción de muerte no tiene efecto extintivo de la personalidad del ausente, se trata de un nuevo estatus jurídico, sus relaciones se colocan en un estado latente, permitiendo la producción provisional de efectos jurídicos que presuponen su fallecimiento, pero siempre sujetos a la acción de restitución concedida al ausente, cuyos alcances veremos en título posterior. Este estado jurídico es reconocido indirectamente por la propia ley, al extinguir los efectos de la posesión definitiva por el regreso del ausente o con las noticias ciertas de su existencia (art. 711 CC).

Al asimilar, aunque con ciertas reservas, la presunción de muerte y el fallecimiento del ausente, el legislador admite la producción de los efectos propios de la extinción de la personalidad del ausente, y como consecuencia, sus relaciones jurídicas, tanto patrimoniales como personales.

Por razón natural, los efectos se producen en las personas relacionadas con el presunto difunto, su cónyuge, sus hijos sujetos a patria potestad, sus pupilos, sus presuntos herederos, legatarios, donatarios, nudo propietarios de los bienes sobre los cuales tenía el usufructo, el uso, la habitación y cualesquiera otros derechos y obligaciones, pues todos se extinguen con la declaración.

Ahora sí procede la apertura de la sucesión,²⁰ debiéndose ejecutar el último testamento perfecto otorgado por el testador, sin importar si se trata de un testamento ordinario o especial.

²⁰ “ART. 1649 CC.—La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente”.

La ley, en la etapa de la declaración de la ausencia, impidió la aplicación de los últimos al limitarse a los testamentos ordinarios (art. 679), por lo cual el heredero instituido en cualquier testamento especial, pudo ser privado de la posesión a la cual tenía derecho desde la declaración de ausencia (art. 681), sin embargo, la ley le confiere una acción restringida para reclamar los frutos y los bienes de su propiedad, lo cual consideramos injusto, pues no hay razón aparente para desestimar los testamentos especiales.

Los herederos, legítimos o los instituidos en cualquier especie de testamento, entran en la posesión definitiva de los bienes, lo cual es consecuencia de la apertura de la sucesión, disposición conforme con sus efectos, pues desde el fallecimiento de su autor, los herederos adquieren derecho sobre la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras no se hace la división, por lo tanto, son considerados legítimos poseedores de los bienes, derechos y acciones del difunto (arts. 1288 CC y 812 CPC). Esta posesión ya no está limitada, los herederos del presunto muerto son considerados verdaderos propietarios, con la salvedad anotada de responder a éste por medio de la acción de restitución.

Por lo tanto, el poseedor definitivo ya no está obligado a otorgar fianza y la que hubiera otorgado, deberá cancelarse. Está legitimado para exigir cuentas al poseedor provisional y en su caso al administrador general.

Sin embargo, si se probare de manera cierta la fecha de la defunción del presunto muerto, la herencia se defiende a favor de quienes debieron heredar en dicha fecha (art. 706 CC). No obstante, estos herederos no recibirán los frutos completos correspondientes a la época de la posesión provisional, ya que los poseedores harán suyos todos los frutos industriales que hayan hecho producir a dichos bienes y la mitad de los frutos naturales y civiles y, por lo que hace a los generados durante la época de la posesión definitiva, pertenecen en su totalidad al poseedor.

Ahora sí, se extingue la sociedad conyugal, sin embargo las consecuencias de la extinción resultan en idénticos térmi-

nos con las de la suspensión, con la salvedad de la imposibilidad de restablecerse.

Resulta innecesario hacer una lista de consecuencias producidas por la presunción de muerte, como lo anticipamos, el legislador lo asimila a la extinción de la personalidad, aun y cuando reconoce derechos al ausente, en el caso de desvirtuar las presunciones legales fundamento de la declaración.

TÍTULO DUODÉCIMO ACCIÓN DE RESTITUCIÓN

Encontramos su antecedente en el derecho romano, el cual confería la acción “in integrum restitutio” entre otros, a aquellas personas privadas de ciertos derechos por no haberlos podido ejercitar, por encontrarse ausentes por causa necesaria. Vemos aquí una distinción no prevista por nuestra legislación, la acción de restitución, como lo veremos más adelante, no distingue entre la ausencia voluntaria y la forzada y además tiene efectos limitados.²¹

Nuestra legislación distingue los derechos adjetivos concedidos al ausente de los del presunto muerto. En el primer caso, la acción conferida al ausente tiene por objeto recobrar sus bienes del poseedor provisional, toda vez que ésta no permite al poseedor disponer de los bienes, por lo tanto, la reivindicación será siempre en contra del poseedor provisional.

Pero por lo que hace a los frutos, la ley solo confiere al ausente, acción para recuperar la mitad de los naturales y civiles, conservando el poseedor provisional los industriales y la otra mitad de los naturales y civiles. Esta acción caduca, en el momento en el que el ausente es declarado presuntamente muerto. No aplica en este caso el plazo máximo de la prescripción negativa de 10 años y, por lo tanto, el poseedor provisional no podrá adquirir los bienes por prescripción positiva. Desde

²¹ PETIT (*Derecho Romano*, p. 692) dice: “Cuando alguna persona era lesionada por la realización de un acto jurídico o la aplicación de un principio de Derecho civil y este resultado era contrario a la equidad, podía dirigirse al pretor, solicitando de él la in integrum restitutio. Se llamaba así la decisión en virtud de la cual el pretor, teniendo por no sucedida la causa del perjuicio, destruía los efectos poniendo las cosas en el estado en que estaban antes”.

luego, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 721 CC, no se suspenden los términos de la prescripción por causa de ausencia, pero en este caso, la ley establece una norma de prescripción de carácter especial, condicionándola con la caducidad de la acción de restitución del ausente, no siendo aplicable la citada norma general.

Pero la acción tiene un tratamiento distinto cuando se confiere al presunto muerto, pues en este caso, el poseedor definitivo es considerado dueño de los bienes y por lo tanto puede realizar todos los actos de dominio. De tal forma que si no hubiere enajenado los bienes, de él podrá recuperarlos; pero si los hubiera enajenado, dice la ley, sólo podrá recuperar su precio.

En este punto la ley no distingue, sin embargo consideramos aplicable al caso el principio contemplado por el mismo código en relación con el enriquecimiento ilegítimo. Finalmente, el regreso del presunto muerto o noticias ciertas de su existencia, producen la ineficacia de la sentencia constitutiva de este nuevo estatus jurídico, y la ilegitimidad del enriquecimiento de los presuntos herederos por haber recibido los bienes por un título inexistente, por lo tanto, deberemos distinguir lo siguiente:

Si la enajenación se hizo a título oneroso, es decir, si se pactó y recibió un precio a cambio de los bienes, el propietario podrá reivindicar el precio o los bienes recibidos a cambio (ya sea que se hubiere celebrado una compraventa o una permuta). Si el precio aún no ha sido pagado, consideramos dos opciones, subrogarse en el crédito (cobro del precio), o resolver el contrato en virtud de la falta de legitimación superviviente del vendedor ante el regreso del ausente, quien no podrá reivindicar el precio pues éste no ha sido pagado. Reconocemos sin embargo difícil la procedencia de ésta última opción, toda vez que no obstante no estar pagado el precio por haberse concedido plazo para dicho efecto (en caso contrario habría causal de rescisión del contrato por morosidad en el pago), el contrato se consumó con el acuerdo de las partes respecto de la cosa y el precio, cuando el vendedor gozaba de legitimación para enajenar los bienes y por lo tanto es un adquirente a título oneroso y de buena fe.

Pero si la enajenación se hizo a título gratuito, el propietario no podría recuperar ni sus bienes ni el precio recibido por ellos, por lo que consideramos equitativo aplicar la disposición correspondiente al enriquecimiento ilegítimo, concediéndole acción para reivindicar sus bienes del adquirente (art. 1886 CC).

Finalmente, la acción de restitución otorga al propietario de los bienes enajenados por el presunto heredero, la acción para reclamar la entrega de los bienes adquiridos con el precio recibido. La dificultad en este caso, será acreditar en juicio cuáles bienes adquirió el poseedor definitivo con el precio de los enajenados. Por la naturaleza fungible del dinero, podrá acreditarlo mediante presunciones, es decir, pruebas indirectas. Si con posterioridad a la enajenación de sus bienes, el poseedor adquirió otros del mismo o menor valor a los enajenados, podemos presumir que fueron adquiridos con el precio obtenido por la venta de aquellos.

En este caso, el propietario ya no tiene derecho para reclamar el pago de las rentas ni los frutos, éstos ceden a favor del poseedor definitivo o del adquirente de los bienes, en el último supuesto.

TÍTULO DÉCIMO TERCERO EFECTOS DE LA AUSENCIA RESPECTO DE LOS DERECHOS EVENTUALES DEL AUSENTE

La ley prevé dos supuestos, un derecho adquirido por el ausente o presunto muerto y derechos hereditarios a favor de un sujeto en cualquiera de estos supuestos.

Respecto del primero, establece la obligación de quien reclame un derecho del ausente o presunto muerto, de probar que éste vivía durante el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirir aquel derecho.

Este pudiera ser el caso de un heredero legítimo o testamentario o bien, legatario del presunto muerto, quien deberá probar que el ausente o presunto muerto adquirió los bienes que ahora reclama para sí. Pongamos el caso del legado de un bien, si el bien se encuentra en el haber hereditario, el legado será válido y por lo tanto, el legatario será considerado poseedor provisional o definitivo, dependiendo de la etapa del proceso de la ausencia, más si el bien no se encuentra en el haber hereditario, por no ser el caso del legado de bien ajeno, el legado no surtirá efecto alguno (art. 1427 CC).

Por lo tanto, el legatario al alegar su derecho al bien legado, deberá acreditar el título por el cual el ausente adquirió dicho bien y en su caso, su existencia cuando lo adquirió. Si el ausente a su vez adquirió el bien por herencia o legado, deberá acreditar su existencia en el momento del fallecimiento del de cujus, pues es requisito indispensable para tener derecho a la herencia (arts. 22 y 1313-I CC).

Respecto del segundo supuesto, la capacidad para heredar solo encuentra limitación en la propia ley, por lo tanto, salvo los casos expresamente determinados por la misma, todo sujeto goza de este derecho. Sin embargo, en el artículo 1313-I

del CC, establece la incapacidad para heredar a las personas carentes de personalidad jurídica. Como lo precisamos al inicio de este trabajo, la personalidad jurídica es el reconocimiento del legislador a un sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, a lo cual denomina capacidad jurídica, la cual inicia con el nacimiento y termina con la muerte (art. 22 CC).

Por lo tanto, resulta clara la disposición mediante la cual se priva al declarado presuntamente muerto para concurrir a una sucesión, pues el efecto de la declaración es la extinción de su personalidad, aunque con las salvedades precisadas en diverso título de este trabajo. Por lo tanto, mientras no se desvirtúen los supuestos de dicha declaración, el presunto muerto no puede adquirir nuevos derechos.

Sin embargo, esto no resulta tan claro cuando se trata del sujeto llamado a la herencia y respecto del cual se ha emitido una declaración de ausencia, puesto que en este caso no se produce ningún efecto extintivo de su personalidad, no obstante, el legislador se adelanta y lo priva del derecho a la herencia como si ya no tuviera personalidad jurídica.

Y esto se concluye de la ley (art. 716 CC), cuando ante la delación hereditaria del declarado ausente o presuntamente muerto, le impide entrar a la herencia, la cual establece, deberá deferirse a favor de los coherederos de aquél (derecho de acrecer) o de quienes deban suceder por su falta (herederos sustitutos).

Pero el legislador nos muestra una vez más, que su intención no es desconocer la personalidad del ausente ni del declarado presuntamente muerto, al obligar a los coherederos o herederos sustitutos, a practicar un inventario en forma de los bienes que reciban y considerarlos como poseedores provisionales o definitivos, de los bienes que por la herencia debían corresponder al ausente, según la época en que la herencia se defiera (art. 717cc). Esto en atención a las acciones restitutorias conferidas al ausente y presunto muerto y la acción de petición de herencia.

En el primer supuesto, cuando es excluido de la herencia por sus coherederos ante el derecho de acrecer, el ausente o presunto muerto conserva la acción de petición de herencia, la cual podrá ejercitar dentro de los diez años siguientes a la declara-

ción de herederos. Del mismo modo, sus acreedores, mediante la acción oblicua, acreditando previamente la existencia del ausente o presunto muerto en el momento en el cual se abrió la sucesión, podrán ejercitar la acción para recibir la herencia o legado instituidos a favor del hoy ausente o presunto muerto. Sin embargo, quienes hayan entrado a la herencia de buena fe, harán suyos los frutos percibidos, sean naturales, civiles o industriales.

TÍTULO DÉCIMO CUARTO PROCEDIMIENTO

Existe en nuestra legislación civil, una distinción entre las normas sustantivas, contenidas en el Código Civil, y las normas adjetivas, reguladas por el Código de Procedimientos Civiles. En el primero se regulan los derechos propios de las instituciones, regulatorios de las relaciones jurídicas y, en el segundo, los procedimientos establecidos conforme al artículo 14 Constitucional, por medio de los cuales se hacen valer los derechos sustantivos. Sin embargo, existen instituciones reguladas por el Código Civil, tanto en su estructura sustantiva como en el procedimiento aplicable para el ejercicio de los derechos conferidos.

Este es el caso de la institución de la Ausencia en todas sus etapas. No existe en el CPC, procedimiento especial para tramitarlas, tampoco aplica al caso concreto el juicio ordinario civil, pues el código civil establece el procedimiento especial aplicable al caso. Y bien podemos afirmar su naturaleza especial, pues nuestra legislación no prevé un juicio preparatorio aplicable a la fase de las medidas provisionales; tampoco prevé un procedimiento ordinario en el cual el ausente es demandado y representado por el Ministerio Público. No, en nuestro caso se trata de un procedimiento especial sumamente largo y costoso.

Viene a colación lo manifestado por Venustiano Carranza en los considerandos de la Ley Sobre Relaciones Familiares, de fecha 9 de abril de 1917, es decir, hace más de 90 años:

Que tratándose de ausencia, las disposiciones del Código Civil satisfacen en lo general el objeto para que fueron dictadas, pero expedidas en una época en que las comunicaciones eran muy difíciles, establecieron plazos muy largos para la declaración de la

ausencia y de la presunción de muerte, plazos que, en la actualidad, no sólo son inútiles, sino también perjudiciales, pues durante ellos los bienes del ausente se demeritan y no se explotan debidamente, lo cual redundaría en perjuicio de los herederos presuntos y de la misma sociedad, que tiene esencial interés en la debida explotación de la riqueza;

Hace 90 años se consideraban largos los plazos del procedimiento, imaginémosnos ahora, en donde las comunicaciones han evolucionado de tal forma que cada sujeto tiene consigo un aparato de comunicación, sea teléfono celular, radio comunicación o cualquier otro que le permite estar en contacto inmediato, con el mismo número en cualquier parte del planeta. Una época en la cual, la comunicación vía internet es tan inmediata y efectiva que incluso nos permite enviar al otro lado del planeta, vía electrónica, documentos completos en tan solo cuestión de segundos.

¿Qué diría ahora Venustiano Carranza? ¿Qué la institución ya no tiene razón de ser? ¿Qué en la época en la cual se previó había mayores casos de ausencia? Reflexionemos un momento. ¿Cuántos pueblos en Jalisco o Michoacán, resultan fantasmas en virtud de la cantidad de pobladores que han emigrado a otros países en busca de trabajo, cruzando de manera irregular las fronteras y residiendo ilegalmente en dichos lugares, permaneciendo incomunicados, en muchos casos por seguridad personal, pero en otros por voluntad propia, dejando a sus familias y sus bienes en total abandono? Y en el caso de las desapariciones forzadas, personas secuestradas y asesinadas cuyo paradero se ignora? En fechas recientes se han conocido varios casos de este tipo, en los cuales se ha descubierto después de un año, la ilegal sepultura de personas secuestradas y asesinadas por sus victimarios. Otras desaparecidas forzosamente y asesinadas, cuyos cuerpos fueron cremados ilegalmente.

Definitivamente y por desgracia, no es raro el caso de los desaparecidos en esta época, sin embargo, el procedimiento marca larguísimos plazos para su conclusión, resultando además muy costosas las publicaciones preceptuadas.

De manera enunciativa, precisamos los pasos del procedimiento.

1. MEDIDAS PROVISIONALES

a. Depositaria de los bienes del ignorado. Se decretan inmediatamente por el juez de lo familiar del último domicilio del presunto ausente,²² debiendo acreditar los supuestos de la ausencia como lo hemos precisado en el título correspondiente, y mientras transcurre el término para la declaración de ausencia.

b. Una vez asegurados los bienes, el ignorado será citado por edictos para que se presente en los términos ya estudiados, por un plazo que no será menor de tres meses ni excederá de seis.

c. Publicados los edictos, remitirá copia a los cónsules mexicanos de los lugares del extranjero en que se puede presumir que se encuentra el ausente o que se tengan noticias de él.

d. Resolverá lo relativo a los menores que se encuentren bajo su patria potestad.

e. Concluido el término del llamamiento sin que se presente el ignorado, designará un representante.

f. Establece la legitimación de quienes pueden ser depositarios, quienes pueden designar y ser representantes.

g. Cada año durante los dos que dura esta etapa, en el día que corresponda a aquel en que hubiere sido nombrado el representante, se publicarán nuevos edictos llamando al ausente, haciendo constar el nombre y domicilio del representante y el tiempo que falta para que se cumpla el plazo anunciado.

h. Los edictos se publicarán por dos meses, con intervalo de quince días, en los principales periódicos del último domicilio del ausente, y se remitirán a los cónsules como lo precisamos.

2. DECLARACIÓN DE AUSENCIA

a. Pasados los dos años, nace la acción para solicitar la declaración de ausencia, pero en caso de que el ausente haya

²² De conformidad con el artículo 52 fracción II de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, corresponde a los Jueces de lo Familiar, conocer de los asuntos relativos al estado civil y ausencia de las personas.

dejado o nombrado apoderado general para la administración de sus bienes, la acción se produce a los tres años, contados desde la desaparición del ausente, si en este período no se tuvieren ningunas noticias suyas, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas, con independencia de que el poder tenga vigencia por mayor plazo.

b. El juez deberá analizar la demanda y, de encontrarla fundada, dispondrá su publicación durante tres meses, con intervalos de quince días, en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, y en los principales periódicos del último domicilio del ausente, y la remitirá a los cónsules como lo hemos precisado. Reiteramos nuestros comentarios en relación con los periódicos en los que se deben publicar los edictos.

Estas publicaciones tienen como finalidad, llamar al ausente para que se presente, sin embargo, no debemos entender esto como una demanda y un plazo para su contestación. En este procedimiento no existe actor ni demandado, ni prestaciones reclamadas; tiene por objeto acreditar los supuestos jurídicos constitutivos de un nuevo estatus jurídico del ausente, provocado por situaciones de hecho, las cuales deberán haber sido acreditadas en una fase anterior a la demanda de declaración de ausencia y constituirán el fundamento de la acción. Sin embargo y como lo hemos precisado, estas situaciones de hecho, fundamento del estatus jurídico, deben prolongarse en el tiempo por el espacio suficiente, para producir los efectos jurídicos de la ausencia. Por esta razón, la acción nace dos años después de haber sido plenamente acreditados los supuestos jurídicos, por lo que con la demanda deberán acompañarse las constancias necesarias para acreditar el cumplimiento del plazo. Consecuentemente, el juzgador tan solo confiere al ausente una última oportunidad de presentarse o de recibir noticias ciertas de su paradero, antes de dictar la declaración de ausencia. No haciéndolo dentro del plazo de cuatro meses desde la fecha de la última publicación, si no hubiere oposición de algún interesado, el juez declarará en forma la ausencia.

c. La oposición deberá fundarse en el hecho de que el ausente tiene paradero conocido y por lo tanto, podrá llamársele para que se presente, desvirtuando con ello los supuestos jurí-

dicos en los cuales se funda el procedimiento. En el caso que tuve oportunidad de intervenir, una sobrina de la supuesta ausente, se apersonó al procedimiento y se opuso a la declaración de ausencia, avisando al juez del domicilio de mi cliente, procediendo el juzgador a llamarla, y una vez apersonada ante el juzgador, sobreseyó el procedimiento y levantó las medidas provisionales decretadas, restituyendo sus bienes con los frutos correspondientes.

Nuevamente, la declaración de ausencia debe publicarse tres veces en los periódicos mencionados, con intervalo de quince días, remitiéndose a los cónsules como está prevenido respecto de los edictos y dichas publicaciones se repetirán cada dos años, hasta que se declare la presunción de muerte.

3. DECLARACIÓN DE PRESUNCIÓN DE MUERTE

Transcurridos seis años desde la declaración de ausencia, el juez, a instancia de parte interesada, y continuando el estatus del ausente en los términos anunciados, declarará la presunción de muerte. La resolución declarando la presunción de muerte es apelable.

4. COMENTARIOS GENERALES

Como podemos observar, este procedimiento no lleva el curso de un juicio común, en el cual se fija la litis con la demanda, contestación de la demanda, reconvencción y contestación de la reconvencción, se ofrecen y desahogan pruebas y se dicta sentencia. En este procedimiento, no existe demandado, no obstante la obligación del Ministerio Público de velar por los intereses del ausente, pues aquél no lo representa en el procedimiento, solo lleva a cabo una función de curador del procedimiento, vigilando el cumplimiento de todos los requisitos procedimentales y la salvaguarda de sus derechos adjetivos. Por otro lado, ni el representante ni los poseedores provisionales y definitivos representan al ausente en este procedimien-

to, no obstante ser sus legítimos procuradores en juicio y fuera de él.

La legal estructura del procedimiento, nos permite concluir la naturaleza preparatoria de las medidas provisionales en caso de ausencia. Desde luego, resultan aplicables las disposiciones del CC y no las del CPC, con excepción de la contenida en el artículo 199. En efecto, para la determinación de las medidas provisionales, deben acreditarse los hechos constitutivos de los supuestos jurídicos para la declaración de la ausencia, y dictarse las medidas procedimentales correspondientes para asegurar que dichos supuestos se prolongan en el tiempo, por el lapso suficiente para producir los efectos jurídicos contemplados por el CC.

La continuidad de los supuestos se acredita con la carencia de oposición en este procedimiento preparatorio al juicio de ausencia, sea por la presencia del ausente o por haber noticias de su paradero. De manera clara y precisa, el artículo 669 del CC, concede acción para pedir la declaración de ausencia, pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante. Lo cual indica, de manera contundente, que la fase en comento es, en efecto, un medio preparatorio a este juicio. Por lo tanto, quien ejercite la acción de declaración de ausencia, deberá solicitar al juez, mandar a agregar las diligencias practicadas para que surtan sus efectos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 199 del CPC.

No sucede lo mismo con la declaración de presunción de muerte, ésta será solicitada en el mismo juicio de la declaración de ausencia cuando haya transcurrido el plazo legal.

Como vemos, el procedimiento resulta excesivamente largo y costoso. Primero por la cantidad de tiempo determinado para las actuaciones judiciales, el llamamiento al ausente y el plazo conferido para su presentación. Segundo, por la cantidad de publicaciones y envíos, determinados por el legislador para localizar al ausente. ¿Podríamos siquiera imaginar el costo de tantas publicaciones? Y, después de tantos años, por lo menos 9, si sumamos los establecidos para la declaración de ausencia y la presunción de muerte, más los transcurridos por el curso normal de las actuaciones judiciales, ¿existirá aún interés en continuar

con el procedimiento? ¿no se habrá encontrado alguna otra solución práctica para disponer de los bienes o derechos del ausente, provocando con ello inseguridad jurídica?

Considerando la inmediatez de las comunicaciones actuales, y con igual inquietud que Don Venustiano Carranza en 1917, proponemos una reforma a efecto de agilizar el procedimiento, disminuir sustancialmente los plazos para la presentación del ausente, el número de publicaciones y en general, los plazos que debe observar el juzgador para dictar sus determinaciones.

TÍTULO DÉCIMO QUINTO APLICACIÓN RETROACTIVA DE LAS DISPOSICIONES CORRESPONDIENTES A LA INSTITUCIÓN

El artículo quinto del CC, en concordancia con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que ninguna ley o disposición gubernativa, deberá aplicarse retroactivamente en perjuicio de persona alguna. Nace así la interrogante, respecto de las disposiciones legales aplicables en el caso de la ausencia y presunción de muerte. ¿Deberán aplicarse las disposiciones vigentes en el momento de la desaparición del ausente, o por el contrario, las vigentes al iniciar el procedimiento correspondiente?

La solución dependerá de la naturaleza jurídica de las disposiciones aplicables en materia de ausentes e ignorados. Si las consideramos derechos subjetivos, no podrían aplicarse retroactivamente, pues afectarían negativamente la esfera jurídica del ausente o presunto muerto, pero si del análisis resultan disposiciones adjetivas, la solución será enteramente contraria.

El derecho subjetivo confiere una facultad a su titular, se divide en derechos reales y personales, según dicha facultad se ejerza sobre una cosa o se dirija a una o varias personas.²³

²³ GARCÍA MAYNES (*Introducción al Estudio del Derecho*, p. 36) dice: “El derecho en su sentido objetivo, es un conjunto de normas. Trátase de preceptos imperativo-atributivos, es decir, de reglas que, además de imponer deberes, conceden facultades... Frente al obligado por una norma jurídica descubrimos siempre a otra persona facultada para exigirle el cumplimiento de su deber. La autorización concedida al pretensor por el precepto es el derecho en sentido subjetivo.. El derecho subjetivo es una función del objetivo. Éste es la norma que permite o prohíbe; aquél, el permiso derivado de la norma. El derecho subjetivo no se concibe fuera del objetivo, pues siendo la posibilidad de hacer (o de omitir)

El derecho adjetivo, se refiere a disposiciones de carácter procesal.²⁴

Como lo hemos precisado, a pesar de estar contenidas en el código sustantivo, las disposiciones en materia de ausentes e ignorados, regulan el procedimiento necesario para poner en movimiento el aparato del Estado, con la finalidad de declarar este nuevo estatus del sujeto, por lo tanto, son de naturaleza adjetiva y no confieren derechos sustantivos. Su vigencia se determina por el inicio del procedimiento y, no pueden modificarse o alterarse por reformas legislativas posteriores, en perjuicio del ausente.

Se ha discutido por ejemplo, si resultan aplicables las disposiciones del cc, resultado de la modificación legislativa plasmada en el Decreto de fecha 28 de diciembre de 1985, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 10 de enero de 1986, en vigor desde esa fecha, relativas a la materia que nos ocupa y objeto de estudio en el título siguiente, que contemplan casos específicos de desaparición con procedimientos breves para la declaración de presunción de muerte.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ (*Derecho Civil*, p. 252), ha sostenido su inaplicación retroactiva, por resultar en perjuicio del ausente, pues la presunción de muerte es extintiva de la personalidad y por lo tanto afecta su esfera jurídica.²⁵

lícitamente algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud. El derecho subjetivo se poya en el objetivo.. ” A su vez, VILLORO TORANZO, p. 6, dice: “El derecho como facultad recibe el nombre de “derecho subjetivo”, por atender al “sujeto” que tiene la facultad o poder (el derecho), bajo la protección de la ley, de usar y disponer de algo libremente y con exclusión de los demás”.

²⁴ El *Diccionario Jurídico Mexicano* define al derecho adjetivo “Así, se dice que la clasificación derecho adjetivo contiene las normas que regulan la utilización de los aparatos del Estado que aplican el derecho Normalmente, se piensa en el derecho procesal, como el que contiene las normas adjetivas. La clasificación derecho sustantivo se refiere a las normas que conceden derechos e imponen obligaciones, excepto las relacionadas con el proceso”.

²⁵ Comentando el artículo 705 del CC “A propósito de lo contenido en la parte transcrita del precepto indicado, debemos tener en consideración que el texto del mismo fue modificado por reformas publicadas en el *Diario Oficial* de 10 de enero de 1986, con vigencia a partir del mismo día: la situación vivida en la ciudad de México a consecuencia de los sismos sufridos por ella en septiembre de 1985 fue el motivo de tales reformas. En efecto, hasta antes de estas modificaciones, todos los supuestos caían en un segundo párrafo del artículo señalado,

Por nuestra parte, hemos sostenido que si bien la declaración de muerte produce efectos propios de la extinción de la personalidad, es constitutiva de un nuevo estatus jurídico y por lo tanto, no resulta asimilable a la extinción de la capacidad jurídica. Pero con independencia de ello, confirmamos la naturaleza adjetiva de las disposiciones aplicables en el procedimiento y por lo tanto, su aplicación no resulta retroactiva, pues su vigencia se determina por el inicio del procedimiento.²⁶

el cual aludía a participación en una guerra, estar a bordo de un buque que naufragara o verificación de explosión, incendio, terremoto, inundación u otro siniestro semejante, con el señalamiento de una declaración de presunción de muerte directa a los dos años de acaecido el acontecimiento origen de la desaparición de alguien.

Como podrá observarse, los dos años se conservan en el texto actual del precepto únicamente para el caso de participación en guerra, naufragio, inundación y otros siniestros semejantes. En cambio, si la desaparición es a consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, será suficiente el transcurso de seis meses a partir del trágico acontecimiento para que el Juez competente declare la presunción de muerte.

En relación con lo anterior, parecen aconsejables dos comentarios. Por una parte, haber reducido a seis meses el plazo para la declaración de presunción de muerte se antoja una precipitación exagerada, pues hay que partir de la trascendencia de la declaración de la presunción de muerte, es precisamente el señalamiento de la terminación de una personalidad jurídica, aun cuando sea de manera meramente presuntiva. Es también de tener en consideración por la otra, que dicha reforma no podrá aplicarse respecto de personas desaparecidas a consecuencia de los sismos de 85, pues ello sería una aplicación retroactiva en su perjuicio; más bien, su aplicación deberá ser para cualquier situación que haya llegado o llegare a presentarse durante su vigencia con su tratamiento nuevo al respecto."

²⁶ En este sentido ROJINA VILLEGAS (*opus cit.*, p. 245) nos dice: "De acuerdo con la tesis que hemos sustentado, relativamente a la actualización de las consecuencias, y considerando además que la acción es un supuesto jurídico condicionante, de carácter autónomo, que engendra un derecho público subjetivo distinto del derecho privado subjetivo, que tuvo o pudo haber tenido el actor, es evidente que este derecho público de acción nace hasta el momento en que se entabla la demanda, y, por lo tanto, su fecha de presentación determinará la aplicación de la ley antigua o nueva, de tal manera que si conforme a la nueva ley se engendra un derecho de acción que no reconocía la anterior, para determinado contrato, como este derecho es autónomo e independiente del derecho subjetivo privado (real o personal de contratante), debe estarse a lo que la nueva ley disponga; pero evidentemente que si el cambio de legislación ocurre después de presentada la demanda, el actor no podrá pretender ejercitar una acción superveniente invocando la ley nueva". Por su parte, FERRARA, citado por Rojina, dice que "la capacidad jurídica y la capacidad de obrar constituyen un estado, una

MESSINEO (*opus cit.*, p. 138), hablando de los desaparecidos, nos relata la aplicación retroactiva de la ley de 3 de julio de 1949 a casos sucedidos en la primera guerra mundial:

Cuando se trate de militares desaparecidos durante la guerra de 1940-1945, si el recurso iniciado ha sido acompañado de la declaración de imposibilidad de encontrar al militar...el juez instructor tiene la facultad de no seguir el procedimiento instructorio de que trata el art. 728 del Cód. de Proc. Civ. (art. 2 de la ley de 3 de julio de 1949, n. 320); con lo cual queda acelerado el procedimiento para declarar la muerte presunta.

En el mismo sentido PLANIOL-RIPERT (*opus cit.*, p. 53) “Las formalidades precedentes las simplifican los cuatro primeros artículos de la ley de 25 de Junio de 1919, cuando la desaparición del ausente proviene de un hecho de guerra ocurrido entre el 2 de agosto de 1914 y el 23 de octubre de 1919”. Esto refiriéndose a acontecimientos de la primera guerra mundial, a los cuales les es aplicable una ley posterior.

Por lo tanto, concluimos aplicables las reformas de las disposiciones relativas a los ausentes e ignorados, a todos los casos cuyos procedimientos no han sido iniciados.

condición, no un simple hecho jurídico. A ellos pues se aplica siempre la ley nueva . El juicio es una serie de actos y de hechos, cada uno de los cuales, siendo en sí mismo completo y autónomo, está regulado por la ley del tiempo en que se realiza”. El mismo Rojina cita la siguiente tesis: “RETROACTIVIDAD, TEORIAS SOBRE LA.—Sobre la materia de irretroactividad, existen diversidad de teorías, siendo las más frecuentes, la de los derechos adquiridos y de las expectativas de derecho y la de las situaciones generales de derecho o situaciones abstractas y situaciones concretas, siendo las primeras, el mandamiento de la ley, sin aplicación concreta de la misma. El derecho adquirido es definible, cuando el acto realizado introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y el hecho efectuado no puede afectarse ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario, y la expectativa de derecho es una esperanza o una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, de acuerdo con la legislación vigente en un momento dado. En el primer caso, se realiza el derecho y entra al patrimonio; en el segundo, el derecho está en potencia, sin realizar una situación jurídica concreta, no formando parte integrante del patrimonio; estos conceptos han sido acogidos por la Suprema Corte, como puede verse en las páginas 226 y 227 del Apéndice al Tomo L del *Semanario Judicial de la Federación*, al establecer: “Que para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y esta última circunstancia es esencial”

TÍTULO DÉCIMO SEXTO DESAPARECIDOS

No obstante encontrarse regulados en el capítulo de Ausentes e Ignorados, los desaparecidos no son ni uno ni otro, ni requieren agotar dichas instancias para ser declarados presuntamente muertos.

Al tratar los elementos de la ausencia, precisamos el alejamiento del domicilio, la ausencia de noticias, ignorancia de su paradero y abandono de los bienes, prolongado por cierto plazo, para producir la presunción de ausencia, sin embargo, en el caso cuyo estudio nos ocupa, estos elementos no se producen, debido a la súbita desaparición del sujeto, producida por un siniestro en el lugar en el cual se encontraba o como consecuencia directa de éste.

Nuestra ley distingue dos supuestos en los cuales autoriza un tracto breve para declarar la presunción de muerte, sin necesidad de agotar el procedimiento de la ausencia (art. 705 segundo y tercer párrafos CC).

El primer supuesto se refiere a los sujetos desaparecidos al tomar parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante.

La primera reflexión se presenta por la parte final del supuesto, pues la ley se refiere a otro siniestro semejante, por lo cual debemos definir si se refiere a la inundación o a los tres precisados. Como podemos observar, la naturaleza de los supuestos es totalmente distinta. La guerra es un conflicto bélico en el cual existe eminente riesgo de perder la vida, pues se enfrentan dos bandos distintos, cuya finalidad es derrotar al contrario con el uso de la fuerza y la persuasión de su aniquilamiento. El naufragio de un buque es un siniestro producido por

la naturaleza o por la negligencia del hombre, pero no tiene naturaleza bélica, es muy posible salvar la vida, pues los buques cuentan con elementos destinados a asegurar a los pasajeros en situaciones de esta naturaleza, por lo tanto, no reúne las mismas probabilidades de perder la vida que en el primer supuesto; por último, la inundación puede ser un hecho de la naturaleza o del hombre, pues una inundación generalmente se produce por tormentas, las cuales producen una precipitación pluvial mayor a la que puede absorber el subsuelo o el sistema hidráulico del drenaje o bien por el desagüe de una presa provocado por el hombre o como sucede en las grandes ciudades, por el descuido en la limpieza del drenaje. Por lo tanto, si consideramos la posibilidad de cualquier otro siniestro semejante, tendríamos que incluir motín, revuelta, incendio, explosión, descarrilamiento de un tren, terremoto, tsunami, huracán, catástrofe aérea, etcétera, pues todos participan de la misma naturaleza, sin embargo el legislador les confiere un tratamiento distinto.

En efecto, en los casos contemplados en el primer supuesto, será necesario acreditar que el desaparecido fue visto por última vez en campaña, en el buque que naufragó o en el lugar de la inundación, y no aparezca su cadáver, para declararlo presuntamente muerto sin necesidad de agotar el procedimiento de la ausencia. Sin embargo y tomando en consideración el plazo legal para el nacimiento de la acción (dos años desde la desaparición), será prudente tomar las medidas provisionales para el aseguramiento de los bienes, debiendo designarse un representante.

El segundo supuesto, se refiere precisamente a otros siniestros que nos parece pudieran estar incluidos dentro de la generalidad del supuesto anterior, es decir, “siniestros semejantes”. Y es que el legislador se refiere en este caso a incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria. Yo le pregunto al lector ¿qué diferencia existe entre un naufragio y una catástrofe aérea o ferroviaria? Desde luego no me refiero al objeto material de los acontecimientos fácticos, pues es obvia la diferencia entre un buque, un avión y un ferrocarril, sino a los efectos que esos siniestros producen. En todos, el sujeto desaparece como consecuencia del desastre producido por el siniestro. El terremoto así como la inundación, es un hecho de la na-

turalidad, con consecuencias catastróficas, con evidente riesgo de la vida para quienes tienen la desgracia de encontrarse en el lugar del desastre, pero el legislador les da un tratamiento muy diferente.

En este segundo supuesto, solo exige fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, para declararlo presuntamente muerto.

Como podemos observar, en el primer supuesto debe acreditarse de manera fehaciente, que el desaparecido estaba en campaña, a bordo del buque o en el lugar de la inundación en el momento del siniestro, mientras que en el segundo una mera presunción será suficiente para que el sujeto sea declarado presuntamente muerto. Como consecuencia de estos supuestos, el plazo para la declaración es sumamente más corto, se requieren solo seis meses desde la actualización del siniestro o catástrofe. Pero además, el legislador reconoce la obsolescencia del procedimiento de la ausencia en cuanto a los largos plazos y costosas publicaciones de edictos llamando al ausente, al establecer en esta reforma de 28 de diciembre de 1985, en vigor a partir del 10 de enero de 1986, un plazo máximo al procedimiento de treinta días, tres publicaciones durante el procedimiento y sin costo alguno para el promovente.

La realidad es que no pudo hacerlo más breve, sin embargo nos preguntamos ¿si está desaparecido el sujeto, en un mes aparecerá? Y no es que pretenda que se alargue el procedimiento, sino establecer la conveniencia de las publicaciones, cuando la declaración se basa en hechos productores de una presunción fundada de muerte del desaparecido.

Consideramos que deberían asimilarse los dos supuestos, con el procedimiento establecido para el segundo, debido a que participan de la misma naturaleza y por lo tanto de la presunción fundada de la muerte del desaparecido.

BIBLIOGRAFÍA

- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil*, Editorial Porrúa, 1ª ed., 1990.
- Enciclopedia Jurídica Omeba*, Bibliográfica Omeba, Editores-Libreros, Buenos Aires, Argentina.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, 7ª ed., 1956.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1979.
- PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *La Persona en el Derecho Civil mexicano*, Panorama Editorial, 2ª ed., primera reimpresión, 1992.
- PETIT, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Editorial Porrúa, 21ª ed., 2005.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, obra facsimilar, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil mexicano*, Cárdenas Editor y Distribuidor, 4ª ed., 1969.
- VILLORO Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, 2ª ed., 1974.