

El procedimiento de ausencia

María Candelaria Domínguez Guillén*

Sumario

Introducción

1. Generalidades

2. La no presencia. 2.1. Noción. 2.2. Antecedentes. 2.3. Efectos.

3. La ausencia. 3.1. Noción. 3.2. Antecedentes. 3.3. Naturaleza Jurídica. 3.3.1. De la institución. 3.3.2. Del procedimiento. 3.4. Interés. 3.5. Otras legislaciones.

4. Régimen ordinario de la ausencia (fases). 4.1. Ausencia Presunta (Presunción de Ausencia). 4.1.1. Supuestos. 4.1.2. Efectos. 4.1.3. Cesación. 4.2. Ausencia Declarada (Declaración de Ausencia). 4.2.1. Supuestos. 4.2.2. Legitimación activa. 4.2.3. Procedimiento. 4.2.3.1. Publicidad. 4.2.3.2. Designación de defensor y continuación por el juicio ordinario. 4.2.3.3. Pruebas. 4.2.3.4. Sentencia. 4.2.4. Efectos. 4.2.5. Cesación. 4.3. Muerte Presunta (Presunción de Muerte). 4.3.1. Supuestos. 4.3.2. Efectos. 4.3.3. Cesación.

5. Presunción de muerte por accidente. 5.1. Supuestos. 5.2. Legitimación activa. 5.3. Procedimiento. 5.4. Efectos. 5.5. Cesación.

6. Otros problemas jurídicos derivados de la ausencia. 6.1. Presunción de conmorienencia. 6.2. Patrimonio del ausente. 6.3. Derechos eventuales del ausente.

7. Incidencia práctica. Consulta a los jueces

Conclusiones

* **Universidad Central de Venezuela.** Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Doctora en Ciencias, Mención “Derecho”.

Introducción

La incertidumbre sobre la existencia humana genera una situación jurídica particular, que si bien no es tan común como la muerte, es perfectamente posible. Es más, podríamos decir que tales supuestos, al menos derivados de siniestros, son más frecuentes de lo que tradicionalmente se piensa. Esto porque, aun cuando modernamente han aumentado progresiva y sustancialmente las formas de comunicación, la existencia de éstas no constituye elemento suficiente para sostener que quien desaparece y no se comunica con sus allegados ha fallecido. La muerte como hecho jurídico que despliega importantes consecuencias, precisa de prueba cierta. La imposibilidad de probar la muerte cuando ella se asocia a la incertidumbre sobre la existencia humana, nos coloca en el ámbito del tema que presentamos. De allí la necesidad de atender al *status* legal del ser humano que desaparece de su sede jurídica y del cual no se tienen noticias.

El ordenamiento jurídico debe, entonces, proveer a solucionar o mitigar tal situación, y surge así la figura de la “ausencia”, a saber, la situación de la persona natural que desaparece de su sede jurídica y de la cual no se tienen noticias. Se trata de aquel individuo respecto del cual reina incertidumbre sobre su existencia; se tiene la creencia o presunción de que ha muerto pero, al no existir la prueba efectiva, ha de seguirse un procedimiento especial a objeto de llegar a un estado que, si bien no se asimila en nuestro Derecho a la muerte, comparte algunos de sus efectos.

Por medio de la presente investigación, pretendemos adentrarnos en el estudio de la institución de la ausencia, particularmente en lo atinente al “procedimiento judicial” que ha de seguirse al efecto. Creemos que si bien algunos

Profesora Titular. Jefe del Departamento de Derecho Privado. Jefe de la Cátedra de Derecho Civil I Personas. Investigadora-Docente Instituto de Derecho Privado. Ha sido profesora de Derecho Civil I Personas, Derecho Civil III Obligaciones y Derecho Civil IV Familia y Sucesiones, así como en la Especialización de Derecho Procesal. El presente corresponde al trabajo de ascenso presentado para optar dentro del escalafón docente universitario a la categoría de **TITULAR** defendido el 24 de octubre de 2012, donde el jurado (Fernando Martínez, Mariolga Quintero y Jesús Caballero) por unanimidad acordó otorgar mención honorífica y recomendar su publicación.

autores nacionales han tratado el punto, sería provechoso escudriñar los detalles procesales que rodean la figura. Toda vez que tal procedimiento se precisa respecto de los terceros que alegan tener derechos sobre los bienes del ausente a fin de entrar en posesión de los mismos¹, para finalmente acceder a la disposición de tales.

Para lo anterior hemos dividido nuestro estudio en varios puntos o *items*: 1. Generalidades; 2. La no presencia; 3. La ausencia (noción, antecedentes, naturaleza jurídica, interés y otras legislaciones); 4. Régimen ordinario de la ausencia (fases); 4.1. Ausencia Presunta (Presunción de Ausencia); 4.2. Ausencia Declarada (Declaración de Ausencia); 4.3. Muerte Presunta (Presunción de Muerte); 5. Presunción de Muerte por Accidente (régimen especial en caso de siniestros); 6. Otros problemas jurídicos derivados de la ausencia; 7. Incidencia práctica; 8. Consideraciones finales.

El esquema que hemos presentado será nutrido a los fines de nuestro estudio con la búsqueda, sistematización y análisis de la legislación, la doctrina —tanto nacional como extranjera—, y la jurisprudencia. Respecto de esta última, combinamos la búsqueda electrónica, con los repertorios tradicionales y algunas revisiones directas de los expedientes². Quisimos finalmente indagar, entre otros aspectos, sobre la incidencia práctica del procedimiento de ausencia (referida en el *item* 7), y a tal efecto, buscamos la opinión de algunos jueces de instancia y de Municipio, fundamentalmente del Área Metropolitana de Caracas, que amablemente respondieron nuestras interrogantes, permitiendo con ello contar con una suerte de investigación de campo a los fines de completar nuestro estudio. En la búsqueda de información por parte de los Juzgadores sobre la frecuencia del procedimiento y algunas de sus incidencias, éstos nos ofrecieron valiosas opiniones sobre ciertos aspectos del proceso en estudio. Tales consideraciones nos permitieron combinar la abundante información teórica con la experiencia práctica de quienes han visto de cerca —aunque en forma escasa— el tópico que nos ocupa. Algunos

¹ Bien sea “provisional” o “definitiva”, según la etapa procedimental de que se trate.

² En aquellos supuestos en que tales decisiones por su antigua data no se registraban en internet.

Juzgadores manifestaban inmediatamente la escasez de la figura en su experiencia profesional, alguno graciosamente nos comentó que pareciera una situación más bien de “novela”, aunque las sentencias citadas en las siguientes líneas dejan constancia de que las situaciones noveleras son más comunes de lo que parecen.

Consideramos que el tema de la ausencia es digno de estudio por tratarse de un estado o situación que afecta los intereses y relaciones de la persona natural, pero que, a su vez, diverge sustancialmente de las demás figuras estudiadas en el curso de la materia de “Derecho Civil I” (Personas). Ello se evidencia, inclusive, en la ubicación sistemática de tal institución en los diversos programas de la asignatura, esto es, prácticamente al final de los mismos, porque realmente no es asimilable ni parecida a alguno de los temas previos³. Resulta así útil, o al menos interesante, profundizar en la naturaleza y procedimiento de un tema que, inclusive, por su ubicación⁴, en ocasiones lamentablemente se suele pasar por alto, dada la premura o escasez de tiempo en el cumplimiento del programa académico.

Sin embargo, la ausencia es fundamentalmente un instituto procesal porque repercute en el plano práctico y efectivo del Derecho una vez que es declarada, y ello ciertamente requiere del respectivo “procedimiento”. De allí que la regulación de la ausencia se traduzca, amén de sus presupuestos y efectos, en normas adjetivas consagradas en el Código Sustantivo. Nuestra dedicación al área de Derecho Civil I (Personas) combinada con la formal Especialización en Derecho Procesal⁵, nos permitió acceder con detalle al *iter* procedimental del régimen de la ausencia, combinando así lo sustantivo con lo adjetivo, como hemos hecho en otrora oportunidad⁶. Es indudable que mal se puede

³ Tales como la muerte o los regímenes de incapaces.

⁴ Al final del Programa o los textos de la asignatura.

⁵ Nuestra área de dedicación por la que concursamos por oposición es “Derecho Civil I Personas” aunque también hemos incursionado en la investigación de Familia y Sucesiones. No obstante, obtuvimos el título de Especialista en Derecho Procesal en 2001.

⁶ A saber, con nuestra tesis de Especialista en Derecho Procesal, en el que estudiamos “el procedimiento de incapacitación”, combinando las normas sustantivas sobre la

acceder al Derecho Procesal sin manejar el Derecho sustantivo, pero cuando éste se revierte en normas adjetivas se hace imperativo adentrarse a institutos característicos del proceso. Es por ello que titulamos el presente trabajo “El procedimiento de ausencia” y no simplemente “la ausencia”. Así pues, la ausencia sin lugar a dudas, presenta un contenido más adjetivo que sustantivo.

Vale observar que nuestro estudio se limita al procedimiento previsto para el régimen ordinario de la ausencia y el régimen especial o abreviado de presunción de muerte por accidente previsto en el Código Civil, y no a las variaciones que implica el fuero especial derivado de la minoridad por aplicación de la normativa especial de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que, según veremos, prevé un procedimiento ordinario contencioso y un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Aunque, ciertamente, el régimen del Código sustantivo en materia de ausencia presenta indudable aplicación en dicha jurisdicción especial, pues por expresa disposición de la referida ley especial (artículo 452) a propósito de los procedimientos, el Código Civil tiene carácter supletorio en lo que no se oponga a lo previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Por otra parte, la figura de la ausencia en general, no ha sido objeto de un minucioso estudio particular por parte de la doctrina nacional, que se ha limitado a tratarla a través de los respectivos Manuales de Derecho Civil I (Personas)⁷, salvo la monografía de Hanna Binstock dedicada específicamente a la presunción de muerte por accidente, es decir, al régimen especial o abreviado de la ausencia. Vale también referir el breve ensayo de “La ausencia” de Orlando Gravina. De allí que pensamos que sería útil considerar procesalmente el régimen general y especial de la ausencia a los fines de un estudio

capacidad con las disposiciones adjetivas contenidas tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimiento Civil.

⁷ Reseñados a lo largo de estas líneas, amén del Manual de Derecho Civil I (Personas), de quien suscribe, vale citar: José Luis Aguilar Gorrondona, Francisco Hung Vaillant, Gustavo Contreras Briceño, Antonio Marín Echeverría, Alberto La Roche, Mary Sol Graterol, Oscar Ochoa Gómez, Luis Alberto Rodríguez y Emilio Calvo Baca. Cabe igualmente reseñar autores clásicos pero más antiguos, tales como Aníbal Dominici, Luis Sanojo, Víctor Granadillo y Florencio Ramírez.

detallado, lo cual queda constatado ante ciertas impropiedades o confusiones que se derivan de algunas decisiones judiciales encontradas. En la doctrina extranjera, Corral Talciani, en su trabajo sobre el tema, adjudica la escasez doctrinaria de la ausencia en Chile, a la aversión que rodea la temática de la muerte, lo que repercute en el retraso de un estudio detallado sobre la ausencia⁸. Sin embargo, en la doctrina venezolana asociada al Derecho Civil extrapatrimonial son muchos los institutos que reclaman un desarrollo detallado, al margen de la aversión o pasión por los distintos temas que conforma dicha área jurídica. La ausencia es uno de esos tantos tópicos que precisa de un análisis doctrinario.

El estudio del “Derecho de la Persona o Derecho Civil I” nos ha permitido en otras oportunidades pasearnos por aspectos fundamentales relacionados con el ser humano, tales como el inicio y fin de la personalidad jurídica, a saber, la muerte como única circunstancia extintiva de la subjetividad humana. En tal oportunidad⁹, hicimos una breve referencia a la distinción entre la “muerte” y la “presunción de muerte”, pero el desarrollo de esta última y su procedimiento, ciertamente, constituye un aspecto que precisa mayor análisis.

En efecto, la minuciosidad que precisa un trabajo para optar al máximo escalafón decidimos volcarla en una institución que, a nuestro parecer, reclama un estudio pormenorizado en el ordenamiento jurídico venezolano. Así pues, la necesidad de escoger un tópico a los fines de nuestro ascenso a la categoría de profesora “Titular”, constituye, sin lugar a dudas, una excelente oportunidad para obligarnos con inspiración al estudio de un tema que contrasta lo enigmático con lo jurídico. Adicionalmente, la oportunidad me permite, inclusive,

⁸ Véase: Corral Talciani, Hernán: **Desaparición de personas y presunción de muerte en el Derecho Civil chileno**. Editorial Jurídica de Chile. S/l, 2000, pp. 9-10, señala que la muerte es un hecho indudablemente vinculado a la existencia humana, pero en sus largos periodos de investigación, a propósito del trabajo, se topó con expresiones de repugnancia aunque algunas disimuladas a propósito del tema en estudio. Esa aversión colectiva sobre el fin de la vida humana ha influido, a decir del autor, en la actitud de los estudiosos concretamente en el tema de la ausencia que ha visto seriamente postergado los esfuerzos doctrinales modernos.

⁹ A saber, nuestra tesis de Doctorado en Ciencias Mención “Derecho” versaba sobre el “Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano”.

completar un capítulo en mi desarrollo académico, pues tardé muchos años en decidirme a escribir sobre la “ausencia”, sin imaginar, en un comienzo, que ella constituiría el tema de cierre de un delicioso ciclo asociado a la temática de la Persona. De seguidas, presentamos entonces el camino o *iter* procedimental que debe recorrer quien tiene interés sobre la incertidumbre de un ser humano. Agradezco a quienes me permitieron presentar este recorrido¹⁰ de una institución extraña por su naturaleza, tímida en su incidencia y lejana por su ubicación en el programa de la asignatura, pero, a su vez, eventualmente inevitable en el quehacer humano.

1. Generalidades

La existencia o subjetividad jurídica de la persona natural o corporal está limitada por dos hechos jurídicos: el nacimiento con vida y la muerte¹¹. Es decir, la personalidad humana no es eterna para el Derecho, sino que su

¹⁰ A mi familia, porque su apoyo me permitió dedicarme por completo a la actividad académica. Entre ellos a quienes ya partieron, mi padre y mi hermano Gerónimo, quienes no pudieron verme alcanzar el máximo escalafón, pero cuyo inmenso orgullo estuvo presente en cada logro compartido. A mi esposo, Miguel Ángel Torrealba Sánchez, a quien he admirado desde que estudiamos juntos quinto año de Derecho; fuente permanente de estímulo y constante lector de mis trabajos incluyendo éste. A mis hijos, María Soledad y Miguel Andrés, ella lejana y él alegre pero ambos en su propio mundo. A todos los Jueces que amablemente contribuyeron con sus ideas y comentarios a que el presente estudio contara con la visión de aquellos que tienen a su cargo la Jurisdicción, pudiendo con ello contrastar la teoría con quienes palpan el sentido práctico de la “ausencia”. A quienes me facilitaron la búsqueda de buena parte del extenso material utilizado, a saber, el siempre grato personal de la Biblioteca de nuestra Facultad. A Javier De Belaunde y Donato Carpio Vélez por enviarme desde Perú sus monografías sobre la materia. Al experto en pruebas, Salvador Yannuzzi, quien respondió detalladamente mis inquietudes probatorias relativas a la ausencia.

¹¹ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: **Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil**. 3ª, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2010, p. 644: “El inicio y fin de la persona natural, es decir, su vida jurídica, está marcada por dos momentos culminantes, a saber, el nacimiento y la muerte. El ser humano adquiere personalidad jurídica desde el momento del nacimiento con vida y la pierde con la muerte”. Sobre la muerte, véase: Bravo Casas, Víctor Lisandro: **Fin de la existencia de la Persona Natural**. Pontificia Universidad Javeriana. s/l, 1982.

existencia legal tiene límites temporales: el hombre es persona entre el nacimiento con vida y la muerte¹².

La muerte constituye el fin de la persona natural, entendida aquella en sentido biológico¹³, esto es, la cesación irreversible de la actividad cerebral o de las funciones vitales¹⁴. En el Derecho venezolano, la muerte en su noción médica o biológica es la única causa extintiva de la personalidad natural.

Sin embargo, existen circunstancias en que no se tiene la certeza absoluta sobre la muerte del ser humano y el ordenamiento debe proveer respecto al destino de las relaciones jurídicas asociadas al sujeto de que se trate. La Ley prevé entonces un régimen a los fines de atender la suerte de las situaciones de derecho de aquellas personas de cuya existencia se duda:

El reconocimiento de la personalidad jurídica a todos los individuos de la especie humana impone admitir únicamente la muerte, en sentido biológico, como causa de su terminación; pero de esta manera no se eliminan todas las posibles dificultades, porque existen situaciones similares a la muerte, en las cuales pueden plantearse problemas¹⁵.

La situación particular del individuo de cuya existencia jurídica es incierta así como del sujeto que no se encuentra en el país en un momento determinado, debe ser especialmente considerada por el Derecho, para ciertos efectos jurídicos. De allí surgen las figuras de la “ausencia” y de la “no presencia”, respectivamente. La primera de ellas, en su *iter* procedimental es la que sustancialmente desarrollaremos en las siguientes páginas, aunque, de seguidas, nos referiremos superficialmente a la no presencia, a los fines de precisar la distinción entre ambas figuras.

¹² Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: **Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2007, pp. 40-44.

¹³ *Ibid.*, pp. 152-159.

¹⁴ Véase sobre la distinción entre muerte clínica y muerte cerebral: *ibid.*, pp. 169-206.

¹⁵ Parra Aranguren, Gonzalo: “La existencia y desaparición de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 69. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1988, p. 33.

La no presencia y la ausencia son dos instituciones exclusivas de la persona natural o individual, que pretenden atender las relaciones e intereses del sujeto cuando éste no se encuentra en su sede jurídica, bien sea, por ubicarse en el exterior (no presencia) o porque se duda de su existencia (ausencia). Se trata de figuras características de la persona humana o corporal, porque sólo ésta, a diferencia de la persona incorporeal o jurídica en sentido estricto, ocupa un lugar en el espacio, y puede predicarse respecto de ella un desplazamiento o desaparición de su sede jurídica¹⁶. No debe en modo alguno confundirse las vicisitudes o estados exclusivos de la persona humana¹⁷ con la de ente moral y pretender así que el *status* del representante del mismo afecte al sujeto ideal¹⁸. Nuestro ordenamiento jurídico, especialmente mediante el Código Civil, prevé la regulación de las citadas figuras.

Comenta en este sentido Aguilar Gorrondona: “La no presencia y ausencia son dos instituciones distintas que coinciden en proveer a la protección de determinadas personas que se encuentran impedidas de obrar por sí mismas, debido al hecho de no hallarse en un determinado lugar, unido a otras circunstancias, que varían según se trate de no presentes o de ausentes. De lo expuesto se desprende que las nombradas instituciones se asemejan a los regímenes de incapaces en cuanto proveen a la protección de personas que no pueden hacerlo por sí mismas, mientras que se diferencian en cuanto que protegen a las personas que no pueden obrar por sí mismos por razones ajenas a las que determinan incapacidades negociales”¹⁹.

¹⁶ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: “La sede jurídica”. En: **Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley**. Tribunal Supremo de Justicia. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, 2004, p. 454, “... Obsérvese que la posibilidad de encontrarse en un sitio o espacio determinado es consustancial al ser humano y no es posible respecto del ente incorporeal porque este no tiene una existencia material o física sino una existencia ideal jurídica”.

¹⁷ Como la no presencia, la ausencia o la incapacidad de obrar.

¹⁸ Contrariamente, el *status* jurídico del representante en su condición de sujeto humano, no es trasladable al sujeto ideal porque éste es una creación del derecho con independencia de los entes naturales que la representan o componen.

¹⁹ Aguilar Gorrondona, José Luis: **Derecho Civil Personas**. 14ª, UCAB. Caracas, 2000, p. 425. Véase sobre el tema de la no presencia y la ausencia en la doctrina nacional: Domínguez Guillén, María Candelaria: **Manual de Derecho Civil I Personas**. Paredes

La ausencia se distingue de la no presencia; en la práctica ausente es el que no está en un lugar determinado, pero jurídicamente éste es el no presente. La noción jurídica de ausencia es más grave²⁰. El no presente no está en el país, pero no se duda de su existencia, a diferencia del “ausente”²¹.

Es de acotar, y a la vez resaltar —aunque pequemos de anticipadas— el que en Derecho venezolano vigente, la ausencia “no” constituye una forma de extinción de la personalidad²², ni siquiera en su última fase, a saber, la presunción de muerte, toda vez que aún en ésta sigue estando latente la posibilidad de

Editores. Caracas, 2011, pp. 463-492; La Roche, Alberto: **Derecho Civil I**. 2ª, Edit. Metas C.A. Maracaibo, 1984, pp. 297-314; Marín Echeverría, Antonio Ramón: **Derecho Civil I. Personas**. McGraw-Hill Interamericana. S/l, 1998, pp. 212-235; Graterón Garrido, Mary Sol: **Derecho Civil I. Personas**. Fondo Editorial USM. Caracas, 2000, pp. 361-378; Hung Vaillant, Francisco: **Derecho Civil I**. 2ª, Vadell Hermanos Editores. Caracas-Valencia, 2001, pp. 435-462; Ochoa G., Oscar E.: **Personas Derecho Civil I**. UCAB. Caracas, 2006, pp. 191-210; Rodríguez, Luis Alberto: **Manual de Derecho Civil Personas**. Editorial Librosca C.A. s/l, 2009, pp. 281-325; Calvo Baca, Emilio: **Manual de Derecho Civil Venezolano**. Librería Destino. Caracas, 1984, pp. 105-108; Flores, Lony: **No presencia y ausencia**. Universidad de Carabobo. 08-05-2011, <http://civilpersonas.blogspot.com/2011/05/universidad-de-carabobo.html>.

²⁰ Borrero Vanegas, María Fernanda y de Brigard Pérez, Ana María: **Declaración de Ausencia y de Muerte por desaparecimiento**. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1987, p. 15.

²¹ Véase sobre la diferencia entre no presencia y ausencia: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 27-03-2006, <http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2006/marzo/962-27-8366-.html>, “Resulta necesario, a los fines del presente caso distinguir los conceptos del “no presente”, y del “ausente”. En ese orden de ideas se debe considerar como no presente, a aquella persona que, realmente no se encuentra dentro del territorio nacional, pero que a su vez no existe ninguna circunstancia que permita dudar sobre la existencia del mismo, mientras que la ley presume ausente a aquellas personas donde pudieran coexistir las siguientes circunstancias; en primer lugar, que la persona haya desaparecido de su último domicilio o residencia y en segundo lugar, que no se tenga noticias de la persona bajo ninguna forma”.

²² Véase en sentido contrario respecto a la legislación argentina, Nieto Blanc y otros: **Curso de Derecho Civil**. Ediciones Macchi. S/l, 1989, parte primera, p. 103, que indica que el fin de la existencia humana tiene lugar de dos maneras: por muerte física y por muerte presunta.

que el ausente regrese²³. La extinción de la subjetividad jurídica de la persona natural o corporal en el ordenamiento venezolano vigente tiene lugar por la “muerte”, la cual constituye la única circunstancia que tiene el poder de suprimir la condición de sujeto de derecho del ser humano²⁴. Sin embargo, el Derecho debe resolver el destino de las relaciones jurídicas de quien se encuentra en una situación semejante — aunque no idéntica — a quien ha perdido la personalidad. También el orden legal ha de considerar la situación —especialmente desde el punto de vista procesal— de quien no se encuentra en el país en un momento determinado. Analizaremos estas dos importantes instituciones: la no presencia y la ausencia, especialmente esta última en sus dos modalidades (régimen ordinario y régimen especial en caso de siniestro).

2. La no presencia

2.1. *Noción*

En nuestro ordenamiento jurídico, el no presente es la persona humana o corporal²⁵ que no se encuentra en el país en un momento determinado, sin que exista en modo alguno incertidumbre sobre su existencia²⁶. “Es quien está

²³ De tal suerte que constituye una impropiedad afirmar que en nuestro Derecho son dos las formas de extinción de la personalidad o son dos las formas de probar la muerte. Véase haciendo una afirmación equivalente: Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Bancario del Municipio Puerto Cabello de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 30-01-2006, Exp. 15.690, <http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/enero/740-30-15.690-.html>, “... En efecto, en nuestro Derecho dos son las formas de demostrar la muerte de una persona; Una, a través de la declaratoria de presunción de muerte del ausente (muerte presunta), consagrada esta en los artículos 434 del Código Civil, incluyéndose en ella la presunta muerte por accidente establecida en el artículo 438 *ejusdem*, y la muerte normal que es aquella que es cerciorada por la primera autoridad civil, extendiéndose la correspondiente partida de Defunción establecida en los artículos 476 y 477...”.

²⁴ Domínguez Guillén: **Inicio y extinción...**, pp. 269 y 270.

²⁵ La definimos así, pues como indicamos *supra* N° 1, tal figura es exclusiva de la persona natural, porque —a diferencia de la persona jurídica en sentido estricto o incorporal— en razón de su corporeidad puede desplazarse en el espacio físico.

²⁶ Véase: Ramírez, Florencio: **Anotaciones de Derecho Civil**. T. I. Publicaciones de la Dirección de Cultura de la Universidad de los Andes. Mérida, 1953, p. 22, “se considera

fuera de la jurisdicción nacional”²⁷. La no presencia constituye la situación jurídica en que se encuentra una persona natural, que no hallándose en el país, su existencia no está en duda²⁸. Se trata simplemente del sujeto físico que no se encuentra en el territorio nacional en un momento determinado.

La noción de la “no presencia” o “no presente” —en forma semejante a la ausencia— se apoya así en una suerte de relación negativa espacial del sujeto²⁹ respecto de los límites internos. Pero, simplemente, será no presente quien no se encuentre en Venezuela, no obstante, no cuestionarse en modo alguno su existencia. La duda sobre la vida del sujeto, es decir, si el individuo está vivo o muerto —al margen de su posible ubicación dentro o fuera del territorio nacional— nos colocan en el ámbito de la “ausencia”. De allí la diferencia fundamental entre ambas figuras: la “incertidumbre” sobre la existencia jurídica es noción inherente y necesaria a la ausencia, en tanto que la no presencia se configura por la “ubicación extraterritorial” del individuo en un momento dado. Podría decirse que la semejanza de ambas instituciones es solo aparente.

El punto de unión o conexión entre ambos institutos (no presencia y ausencia) viene dado —pudiera decirse— por la relación negativa con el territorio nacional; en uno se encuentra fuera de éste aunque se sabe que vive (no presente); en el otro ha desaparecido de su sede jurídica (domicilio, residencia o paradero) ubicada en territorio nacional y se duda de su existencia (ausente), tal vez esté en el país o posiblemente no, pero ello, es simple consecuencia de la duda sobre su existencia, porque de saber su ubicación de seguro no se configuraría la ausencia. Ambas figuras comparten cierto parecido a nivel procesal (designa-

no presente a la persona que está fuera del país, pero que se sabe ciertamente que se halla en un lugar determinado, pues así no puede haber duda acerca de su existencia”; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 27-03-2006, citada *supra*.

²⁷ Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, p. 463.

²⁸ Graterón Garrido: ob. cit., p. 361, la autora agrega que supone que el no presente ha sido demandado o existe la necesidad de practicarle alguna diligencia judicial o extrajudicial para la cual se requiera su citación.

²⁹ Y en ello se asemeja a la ausencia, respecto de quienes ven su naturaleza jurídica como una relación negativa entre el sujeto y su sede jurídica, porque ha desaparecido de ésta y se ignora su existencia. Véase *infra* N° 3.3.1.

ción de defensor) y en lo atinente a la exclusión del ejercicio de la patria potestad. Pero, como veremos, las diferencias son sustanciales porque entre la duda sobre la muerte y la ubicación en el exterior existe una profunda diferencia.

Se aprecia de la definición dada —que, a su vez, se desprende del artículo 417 del Código Civil— que a los efectos del “no presente” no se distingue si el sujeto natural tiene su sede jurídica en Venezuela o en el exterior, pues lo esencial del concepto es que el individuo no se encuentre en el país y no se dude de su existencia. Sin embargo, según veremos, la noción de no presente encontrará fundamentalmente sentido en materia procesal, por lo que sería factible que el sujeto no presente tenga su sede jurídica en otro país, pero si en este caso resultasen competentes los Tribunales nacionales, procedería igualmente el concepto y la citada norma en lo atinente —según veremos— al nombramiento del defensor judicial³⁰.

Así lo indica Mélich Orsini: “... en lo que se contrae al defensor *ad litem* que se le designa al demandado que no esté en la República y que no tenga constituido en ella un apoderado, nuestro Código de Procedimiento Civil no distingue entre personas no presentes que estuvieron alguna vez domiciliadas o residenciadas en el país y que lo han abandonado sin haber dejado en ellas quien las represente y personas no presentes que, jamás han estado residenciadas en el país, todo en concordancia con la competencia que nuestro Código de Procedimiento Civil reconoce a los Tribunales nacionales en algunos casos para conocer de demandas introducidas contra personas no domiciliadas en Venezuela”³¹.

Cierto sector de la doctrina considera la “no presencia” como una especie de la ausencia³². Tal situación tenía lugar en los Códigos Civiles venezolanos

³⁰ Véase *infra* N° 2.3.

³¹ Mélich Orsini, José: “Naturaleza jurídica del defensor del no presente”. En: *Actas procesales de Derecho vivo*. N° 118-120. Editores Impresores Grafiúnica. Caracas, 1981, p. 373.

³² Véase: Castán Tobeñas, José: **Derecho Civil Español Común y Foral**. T. I. 6ª, Instituto Editorial Reus. Madrid, 1943, p. 175, se refiere a dos clases de ausencia, aquella en que se está fuera del domicilio pero no se duda de su existencia (no presencia) y otra donde se duda de la existencia (ausencia propiamente dicha).

que inicialmente consagraron la figura, según veremos a continuación³³. Actualmente la situación es otra y, por ello, no es técnicamente correcto afirmar cuando una persona se encuentre en el exterior que está ausente; lo propio es señalar que tal individuo se encuentra simplemente “no presente”. Así como tampoco es correcto referirse a “no presente” respecto de quien desaparece de su sede jurídica y se duda de su existencia³⁴.

2.2. *Antecedentes*

La institución de la “no presencia” fue objeto de una expresa reglamentación —a decir de Mélich Orsini— primero en el Código de Procedimiento Civil y desde 1873 también en el Código Civil³⁵.

En el Derecho venezolano la previsión del no presente, esto es, aquel de cuya existencia no se duda pero que no se encuentra en el país, era considerada inicialmente —al menos sistemáticamente en el texto sustantivo— como una suerte o especie de ausencia. En efecto, el Código Civil de 1873, bajo el Título II “De los ausentes”, en su artículo 29 consagraba el nombramiento de defensor cuando fuere demandada la persona “ausente” del país y cuya existencia no estuviere en duda³⁶. Dicha norma se repetía sustancialmente en el artículo 28 de los Códigos Civiles siguientes, a saber, de 1880, 1896 y 1904.

³³ Véase *infra* N° 2.2.

³⁴ Véase tal impropiedad en: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 02-07-2007, Exp. 17.700, <http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2007/julio/723-2-17.700-.html>, “... El Código Civil dispone, respecto de los NO PRESENTES, que la persona que haya desaparecido de su último domicilio o de su última residencia, y de quien no se tengan noticias, se presume ausente; luego de dos años de ausencia presunta o de tres, si el ausente ha dejado mandatario para la administración de sus bienes, el Tribunal a solicitud de parte, declarará la ausencia”.

³⁵ Mélich Orsini: ob. cit., p. 373, cita el autor el artículo 11 de la Ley del Título I del Código de Procedimiento Civil de 1836 y las modificaciones que sufrió éste hasta el Código de 1863 (ibíd., p. 386, nota 7).

³⁶ Disponía la norma: “Cuando sea demandada una persona ausente del país cuya existencia no está en duda, se le nombrará defensor, si no tuviere quien legalmente la represente. Lo mismo se hará cuando haya de practicarse alguna diligencia para la cual sea impretermitible la citación o notificación del ausente”.

A partir del Código Civil de 1916 se distingue expresamente a nivel sistemático³⁷ la “ausencia” de la “no presencia”, toda vez que, si bien se mantiene en esencia una similar redacción en el artículo 31³⁸, el Capítulo I que contiene dicha disposición es titulado “De los no presentes”, seguido por el Capítulo II “De los ausentes”, todo bajo el Título III “De los no presentes y de los ausentes”. Por otra parte, el citado artículo 31 del Código de 1916, siendo consecuente con tal distinción, cambió el término “ausente”, por “no presente”. Tal diferencia sistemática permanece en los textos de los Códigos Civiles siguientes³⁹; y así la disposición del no presente se mantuvo idéntica en el Código Civil de 1922⁴⁰. El Código Civil de 1942 le incorpora a la norma bajo análisis en su artículo 417 lo relativo a la imposibilidad del defensor de transigir, salvo que obtenga el dictamen de dos asesores nombrados por el Tribunal⁴¹. Finalmente, la Reforma Parcial del Código Civil de 1982 no alteró la norma en comentarios.

2.3. *Efectos*

La doctrina hace referencia a dos efectos esenciales⁴² que produce la no presencia, a saber:

³⁷ Nos referimos a la sistematización hecha por el texto del Código sustantivo (Título y capítulos), no obstante que la noción o institución del no presente, según indicamos, se contempló desde el Código Civil de 1873.

³⁸ Previó: “Cuando sea demandada una persona no presente del país, cuya existencia no esté en duda, se le nombrará defensor, si no tuviere quien legalmente la represente. Lo mismo se hará cuando haya de practicarse alguna diligencia para la cual sea impretermitible la citación o notificación del no presente”.

³⁹ De 1922, 1942 y 1982.

⁴⁰ Véase artículo 31. La ausencia la desarrolla dicho texto en los artículos 32 y ss.

⁴¹ “Cuando sea demandada una persona no presente en el país y cuya existencia no esté en duda, se le nombrará defensor, si no tuviere quien legalmente la represente. Lo mismo se hará cuando haya de practicarse alguna diligencia judicial o extrajudicial para la cual sea impretermitible la citación o representación del no presente. El defensor no podrá convenir en la demanda ni transigir si no obtuviere el dictamen favorable y conforme de dos asesores, de notoria competencia y probidad que, para estos casos, nombrará el Tribunal de Primera Instancia de la jurisdicción en donde curse el asunto, a petición del defensor”. La ausencia la desarrolla dicho Código en los artículos 418 y ss.

⁴² Véase: Aguilar Gorronzona: ob. cit., pp. 425-426; Hung Vaillant: ob. cit., pp. 433-441; Graterón Garrido: ob. cit., pp. 363-364; Ochoa G.: ob. cit., pp. 193-195; Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, p. 464.

i. La exclusión del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos⁴³: La no presencia y la ausencia constituyen causas de exclusión absoluta del ejercicio de la patria potestad. Esto es, circunstancias que —si bien permiten conservar la titularidad del régimen de protección— automáticamente y sin necesidad de declaratoria judicial alguna, suspenden o imposibilitan de hecho el ejercicio de las funciones o atributos inherentes a la patria potestad⁴⁴. Se produce, por ende, una suspensión automática en el ejercicio de ésta por una circunstancia sustancialmente distinta a la que propicia la privación (generalmente asociada al maltrato o abandono por parte del progenitor). Se trata de circunstancias que impiden ejercer las funciones inherentes a la patria potestad sin que medie maltrato o abandono, a diferencia de las circunstancias que constituyen causales de privación de la misma⁴⁵. “En nuestro derecho uno de los supuestos de hecho que permiten el ejercicio exclusivo del progenitor que ejerce la patria potestad sobre el infante es la no presencia de uno de los progenitores”⁴⁶. Una vez que cese dicha causa, esto es, se haga presente el progenitor, continuará automáticamente —sin necesidad de declaratoria judicial— el ejercicio de la patria potestad⁴⁷.

⁴³ Véase artículo 262 del Código Civil.

⁴⁴ Véase: Domínguez Guillén: **Ensayos...**, pp. 168-169.

⁴⁵ Véase: Domínguez Guillén: **Ensayos...**, p. 158; TSJ/SCC, Sent. 18-02-2011, Exp. 000065, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Febrero/EXE.000065-18211-2011-09-464.html>.

⁴⁶ Véase: TSJ/SCC, Exp. 000065, citada *supra*, agrega: “... la exclusión del no presente de la patria potestad sobre sus hijos (Código Civil artículo 262), norma que no está incorporada expresamente a la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; pero que esta ley no deroga...”.

⁴⁷ Se aprecia así que la causa de exclusión del ejercicio, no supone pérdida de la titularidad de la patria potestad (bien sea por extinción o por privación). Y no requiere, a diferencia de la privación, declaratoria judicial sobre rehabilitación, toda vez que se trata de una circunstancia de hecho que imposibilita o suspende automáticamente el ejercicio de las funciones inherentes al régimen y que cesará cuando desaparezca dicha causa de exclusión. El progenitor no presente que retorne al país, continuará con el ejercicio de la patria potestad de su hijo, porque su regreso ha marcado la desaparición o cese de la causa de exclusión absoluta del ejercicio que lo afectaba.

ii. El nombramiento de un defensor al no presente⁴⁸. Nuestro Código Civil en su artículo 417 contiene una norma relativa a los no presentes: “Cuando sea demandada una persona no presente en el país y cuya existencia no esté en duda, se le nombrará defensor, si no tuviere quien legalmente la represente. Lo mismo se hará cuando haya de practicarse alguna diligencia judicial o extrajudicial para la cual sea impretermitible la citación o representación del no presente. El defensor no podrá convenir en la demanda ni transigir si no obtuviere el dictamen favorable y conforme de dos asesores, de notoria competencia y probidad que, para estos casos, nombrará el Tribunal de Primera Instancia de la jurisdicción en donde curse el asunto, a petición del defensor”.

Se aprecia de la norma anterior que “no presente” es quien, sin dudarse de su existencia, no se encuentra en el país en un momento determinado. Como se evidencia de la disposición, la figura adquiere especial relevancia en el ámbito procesal, específicamente cuando el individuo “no presente” figura como parte demandada o accionada en un proceso judicial.

Es condición necesaria, a fin de que tenga lugar la no presencia, que la persona no se encuentre en el país⁴⁹, sin que en modo alguno importe una posible distinción entre no presentes voluntarios e involuntarios o de buena y mala fe⁵⁰. Los extremos del artículo 417 de Código Civil son —según reseña la

⁴⁸ Véase; Mélich Orsini: ob. cit., pp. 367-392; Rojas Astudillo, Juan José: “Defensores de ausentes”. En: *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*. N° 2. Fundación Rojas Astudillo. Caracas, 1952, pp. 17-40. El trabajo del autor se refiere al defensor del “no presente” no obstante titularlo “ausentes”, pero esto último obedece a que el estudio data (según se indica al final del mismo de 1911), fecha anterior al Código Civil de 1916 en que, según indicamos *supra* N° 2.2., expresamente se deslinda al “no presente” como una categoría de los ausentes.

⁴⁹ Véase sentencia de la Sala de Casación de fecha 12-12-1957, **Gaceta Forense**. N° 9, 1ª Etapa, p. 534: “Analizando estas denuncias de infracción se encuentra que la hecha del artículo 417 del Código Civil no tiene aplicación al caso de autos, porque se refiere al caso de que sea demandada una persona no presente en el país y cuya existencia no esté en duda. El doctor... estaba en Caracas cuando se intentó la demanda, pues había regresado de Nueva York. No se ha accionado contra un no presente...”.

⁵⁰ Rojas Astudillo: ob. cit., p. 23.

doctrina— que el solicitado no se encuentre en el país, que no se tenga duda de su existencia y que no tenga quien la represente⁵¹. Así refiere Marín Echeverría que se precisa: 1. Que la persona individual se encuentre fuera del país, lo que debe ser probado mediante las diligencias correspondientes; 2. Indicar en qué lugar fuera del país se encuentra porque así queda acreditada su existencia; 3. Que no exista en el país quien la represente porque de haberlo es como si estuviera presente⁵².

Sin embargo, en este último caso —en que se cuente con representación—, si bien la no presencia, a criterio de Marín Echeverría, no se configura, ello sólo es cierto en la esfera procesal, pues en el ámbito personal, por ejemplo, la no presencia daría lugar a la exclusión del ejercicio de la patria potestad⁵³. Por ello, habría que ratificar que al margen de la necesidades procesales, a todo evento se configuraría la no presencia *ope legis* a los efectos de la exclusión del ejercicio patria potestad, porque ésta supone un oficio personalísimo y no delegable. La no presencia, a los fines del régimen de protección de menores no emancipados por excelencia, tendría lugar con independencia de su manifestación procesal.

Así pues, según la doctrina, la no presencia precisa que la persona no se encuentre en el país, para lo cual es recomendable indicar dónde se encuentra porque ello ratifica la procedencia de la figura y la distingue claramente de la ausencia en la que se duda de la existencia del individuo. Desde el punto de vista procesal —y sólo desde tal perspectiva, según acabamos de indicar—,

⁵¹ Véase: *ibíd.*, p. 19, indica el autor que se precisa que dicha persona no se encuentre en ningún punto del territorio nacional, que su existencia no esté en duda, es decir, que conste su permanencia en otra parte, y por último que no tenga quien la represente; Hung Vaillant: *ob. cit.*, p. 269; Graterón Garrido: *ob. cit.*, p. 362, señala que conforme a dicha norma para que una persona sea considerada no presente se requiere: 1. Que no se encuentre en el país; 2. Que no existan dudas sobre su existencia porque de lo contrario se aplicaría la ausencia; 3. Que haya sido demandada o que deba practicarse alguna diligencia judicial o extrajudicial.

⁵² Marín Echeverría: *ob. cit.*, p. 214.

⁵³ Por lo que si bien se trata de una institución con repercusión fundamentalmente procesal, es de recordar que las funciones inherentes a la patria potestad no son delegables por un poder o mandato, esto es, por vía de representación.

se añade que se hace efectiva la institución cuando se requiere de alguna diligencia judicial o extrajudicial del no presente o éste es demandado y no tiene quien lo represente, pues, caso contrario, es decir, de contar con representante judicial, no tendrá repercusión procesal la figura bajo análisis.

El citado artículo 417 del Código Civil prevé no sólo el nombramiento del defensor de oficio cuando se demanda al no presente sino también cuando haya de practicarse alguna diligencia judicial o extrajudicial⁵⁴. Obsérvese, de conformidad con dicha norma, que las facultades del defensor judicial del no presente se encuentran limitadas; en principio, no puede éste transigir o convenir, salvo el supuesto de que tenga lugar el dictamen de dos asesores nombrados por el Tribunal⁵⁵. Ello es así, pues en materia procesal para la realización de determinadas actuaciones judiciales por parte del apoderado judicial se requiere facultad expresa, de conformidad con el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil⁵⁶.

Sin embargo, la intervención de la figura del defensor *ad litem* o defensor judicial para el caso de que no sea posible la citación del demandado está consagrada procesalmente a nivel general aun en casos distintos del no presente como manifestación del derecho a la defensa⁵⁷.

No obstante, consideramos que el defensor que tiene facultades para transigir o convenir con el dictamen de dos asesores nombrados por el Tribunal

⁵⁴ Mélich Orsini: ob. cit., p. 372.

⁵⁵ Véase: Ramírez: ob. cit., p. 338, como se observa, el último inciso de dicho artículo limita muy lógicamente las facultades del defensor, ya que su misión es defender, no plegarse sin examinar las pretensiones del demandante y, por eso, le impone para poder convenir en la demanda o para transigir, el dictamen favorable de dos asesores de notoria competencia y probidad nombrados por el Juez, lo cual implica una garantía de que los intereses del no presente no serán comprometidos sin una razón justificada. Véase en sentido semejante: Marín Echeverría: ob. cit., p. 214.

⁵⁶ Que prevé: “El poder faculta al apoderado para cumplir todos los actos del proceso que no estén reservados expresamente por la ley a la parte misma, pero para convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas de remate, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio se requiere facultad expresa”.

⁵⁷ Véase artículo 223 del Código de Procedimiento Civil.

es únicamente aplicable al defensor del no presente por disposición expresa del artículo 417 del Código Civil, por lo que dicha situación excepcional no debe extenderse por analogía al simple defensor *ad litem* o judicial⁵⁸.

Por otra parte, es de indicar que en el ámbito procesal, la citación del no presente debe realizarse de conformidad con el artículo 224 del Código de Procedimiento Civil⁵⁹ que establece: “Cuando se compruebe que el demandado no está en la República, se le citará en la persona de su apoderado, si lo tuviere. Si no lo tuviere, o si el que tenga se negare a representarlo, se convocará al demandado por Carteles, para que dentro de término que fijará el Juez, el cual no podrá ser menor de treinta (30) días ni mayor de cuarenta y cinco (45), según las circunstancias, comparezca personalmente o por medio de apoderado. Estos Carteles deberán contener las menciones indicadas en el artículo anterior y se publicarán en dos diarios de los de mayor circulación en la localidad, que indicará expresamente el Juez durante treinta (30) días continuos, una vez por semana. Si pasado dicho término no compareciere el no presente, ni ningún representante suyo, el Tribunal le nombrará defensor, con quien se entenderá la citación”.

Así que no debe aplicarse al “no presente” la citación normal o general prevista en el artículo 223 del Código de Procedimiento Civil sino la referida norma especial del artículo 224 *eiusdem*, so pena de reposición de la causa

⁵⁸ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: “Comentarios sobre algunas decisiones judiciales relativas al defensor *ad litem*”. En: **Temas de Derecho Procesal**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005, pp. 449-450, “... Como es natural tampoco puede realizar el defensor *ad litem* actos de autocomposición procesal para los que se requiere facultad expresa de conformidad con el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil, aun cuando el artículo 417 del Código Civil en el caso del defensor del no presente prevé la posibilidad de convenir o transigir previo dictamen favorable de dos asesores, de notoria competencia y probidad, que nombrará el Tribunal de Primera Instancia donde curse la causa petición del defensor”.

⁵⁹ Véase: Henríquez La Roche, Ricardo: **Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil**. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Maracaibo, 1986, p. 201, señala respecto del artículo 224 que “este tipo de citación no es procedente en el procedimiento por intimación (640)”.

a los fines de preservar formas esenciales, asociadas al debido proceso y al derecho a la defensa⁶⁰. Esto es, la norma del artículo 224 del Código adjetivo aplica para quien se encuentre fuera de la República⁶¹.

⁶⁰ Véase: TSJ/SC, Sent. 1994 del 14-02-2001, Exp. 00-2542, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/199-150201-00-2542.htm>, “En este sentido, señaló el *a quo*, que la citación en el presente caso debió efectuarse de conformidad con la previsión del artículo 224 *eiusdem*, el cual regula la citación de los no presentes en el territorio de la República. Por lo anteriormente expuesto consideró el referido Tribunal que en el caso bajo análisis se violaron los derechos a la defensa y al debido proceso de la accionante, motivo por el cual declaró con lugar la presente acción de amparo”; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 28-06-2004, <http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2004/junio/957-28-01964-.html>; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-09-2006, Exp. 05-8414, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/septiembre/2117-18-05-8414-.html>, se “Ordena la citación de la codemandada... a través del procedimiento establecido en el artículo 224 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de que actualmente reside en la localidad de Chasso, Suiza, a fin de salvaguardar el derecho a la defensa y al debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 06-07-2006, Exp. 05-8363, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/2117-6-05-8363-.html>, se ordena la reposición de la causa por no haberse cumplido con las formalidades del artículo 224 del Código de Procedimiento Civil; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Agrario, Constitucional y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, Sent. 16-10-2006, <http://trujillo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/1609-16-20302-.html>; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 06-03-2006, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/marzo/1329-6-14791-09D.html>; TSJ/SPA, Sent. 22-04-2003, Exp. 14686, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00605-230403-1998-14686.htm>; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito del primer circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 15-11-2006, [http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/1973-15-FH01-V-2002-000037\(24.882\)-PJ0182006000362.html](http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/1973-15-FH01-V-2002-000037(24.882)-PJ0182006000362.html); Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 16-01-2012, Exp. AH13-V-2007-000112, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2012/enero/2118-16-AH13-V-2007-000112-.html>.

⁶¹ Véase: Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 24-02-

En efecto, la doctrina ha indicado acertadamente que las debidas garantías en la citación del no presente constituyen manifestación esencial del derecho a la defensa y del debido proceso⁶². Para cumplir con la constatación de la situación de “no presente” se suele oficiar a distintos entes públicos a objeto de requerir el movimiento migratorio de la parte demandada a los fines de acreditar que no se encuentra en el país⁶³.

Refiere Ramírez que el Legislador, previendo la gran dificultad en que se hallaría el acreedor para demandar al deudor cuando éste no tiene su domicilio en Venezuela, ha dispuesto antes en el artículo 35 del Código Civil que pueden ser demandados en el país los no domiciliados en éste por obligaciones contraídas o que deban ser ejecutadas en la República⁶⁴, pero tal disposición

2011, Exp. AP11-F-2009-000497, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/febrero/2119-24-AP11-F-2009-000497-.html>, “Luego de gestionadas las diligencias correspondientes para lograr la práctica de la citación personal de la parte demandada, sin que tuviera lugar la misma, y por encontrarse la demandada domiciliada fuera del Territorio Nacional, el Tribunal a solicitud de parte, ordenó la práctica de la citación por carteles, de conformidad con lo establecido en el artículo 224 del Código de Procedimiento Civil”.

⁶² Véase sobre el tema: Parra Aranguren, Gonzalo: “La citación de los no presentes en la República”. En: *Revista de Facultad de Derecho*. N° 15. UCAB. Caracas, 1973, pp. 9-147, tiene su fundamento en el antiguo artículo 68 de la antigua Constitución según el cual la defensa es inviolable.

⁶³ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 10-11-2006, Exp. BP02-F-2004-000097, <http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/1065-8-BP02-F-2004-000097-.html>; TSJ/SC, Sent. 1994 del 14-02-2001, Exp. 00-2542, citada *supra*, “Consideró el Tribunal *a quo*, que en el presente caso el abogado... intimó honorarios profesionales en contra de la ciudadana... quien estaba domiciliada en los Estados Unidos de Norteamérica, solicitando que la notificación se efectuara en la persona de la intimada o en la de su apoderado general... señalando que su domicilio se encontraba en la ciudad de Caracas. En este sentido, observó el tribunal de amparo, que de los autos del expediente no se desprendió prueba alguna que hiciera constar que la referida ciudadana se encontraba domiciliada fuera del territorio nacional, motivo por el cual, dicho Juzgado debió tomar la previsión de solicitar a la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería el movimiento migratorio y último domicilio de la parte demandada”.

⁶⁴ Prevé exactamente la norma: “Pueden ser demandados en Venezuela aun los no domiciliados en ella, por obligaciones contraídas en la República o que deban tener ejecución en Venezuela”. Vale indicar que la citada norma del artículo 35 del Código Civil

tiene su complemento en el presente artículo 417 del Código Civil al establecer que debe proveerse de defensor al demandado no presente en Venezuela, caso de que carezca de quien ejerza legalmente su representación. Y ello es lógico, porque si el demandado está obligado a contestar la demanda, no puede privársele de defensa. Especialmente considerando que sería sumamente difícil obtener citación del demandado fuera de la República, sobre todo si los funcionarios del lugar donde se encuentre no se avinieran a cumplir la rogatoria o si no hay tratado internacional que los obligue a ello⁶⁵.

Sin embargo, no ha faltado quien advierta que sin perjuicio de la previsión legal en materia de no presencia, antes del nombramiento del defensor del no presente, se debería —en aras de preservar el derecho a la defensa— agotar la posibilidad de que éste tenga conocimiento de la demanda intentada en su contra por vía de exhorto o rogatoria⁶⁶. Y así refiere Ávila Rodríguez: “De la

se relaciona con el artículo 36 *eiusdem* que prevé la necesidad de afianzar del demandante no domiciliado en Venezuela. La doctrina ha aclarado que este último artículo no resulta afectado por la entrada en vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado. Véase en tal sentido: Hernández-Bretón, Eugenio: “Domicilio a los fines de la *cautio iudicatum solvi*”. En: *Revista de Derecho*. N° 3. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2001, pp. 349-354, señala que la *cautio iudicatum solvi* no está regulada en la Ley de Derecho Internacional Privado y en consecuencia “debe afirmarse que mantiene vigencia el artículo 36 del Código Civil” (ibid., p. 351). Véase igualmente: Barrios, Haydée y de Maekelt, Tatiana B.: “Derogatoria del artículo 36 del Código Civil ante la vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado”. En: *Revista de Derecho*. N° 3 Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2001, pp. 355-364, las autoras concluyen que la Ley de Derecho Internacional Privado, por su carácter general no deroga el artículo 36 del Código Civil, no obstante afirman que en tal caso el concepto de domicilio deberá determinarse de conformidad con la Ley de Derecho Internacional Privado (ibid., p. 363). Véase: TSJ/SC, Sent. 819 de 06-06-2011, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/819-6611-2011-10-0030.html>, dicha caución no es exigible a los menores de edad.

⁶⁵ Ramírez: ob. cit., p. 22.

⁶⁶ Véase en tal sentido: Rojas Astudillo: ob. cit., p. 30, que indica: “¿No sería más justo que nuestro derecho procedimental ordenara que antes de nombrarle defensor al no presente se le cite por exhorto que se haría público de la manera más eficaz, acordándole a la vez tiempo bastante para que pudiera comparecer por sí o por apoderado?... ¿No exige él, acaso, para que los actos de las autoridades extranjeras puedan alcanzar fuerza ejecutoria

redacción del artículo 224 del Código de Procedimiento Civil, pareciera concluirse que el ordenamiento jurídico no impone la obligación de lograr la citación personal en caso de conocer el lugar del domicilio del demandado y se contenta con ordenar la publicación de carteles y el posterior nombramiento de defensor *ad litem*. Esta interpretación literal enerva en gran medida la iniciativa de lograr una citación o notificación en el extranjero, la cual casi siempre resultaría más onerosa para la parte actora en tiempo y dinero, que recurrir a la publicación de carteles en prensa nacional y proceder al nombramiento del defensor *ad litem*. En este caso, bastaría con presentar el movimiento migratorio expedido por el órgano de migración y extranjería nacional, donde se evidencie una última salida del país sin retorno, para proceder inmediatamente a esta forma de citación sin agotar intentos de citación personal en el país ni la expedición de una comisión rogatoria al exterior para lograrla en la jurisdicción extranjera”⁶⁷. El autor cita en tal sentido al ordenamiento panameño como un ejemplo de citación del no presente antes de acudir a la vía del defensor judicial⁶⁸. Con base en ello, Ávila Rodríguez propone una relectura del citado artículo 224 del Código de Procedimiento Civil según la cual se precise

en Venezuela, que las sentencias, por ejemplo, hayan sido pronunciadas habiéndose citado a las partes con tiempo bastante para poder ocurrir el demandado en su defensa? Luego el legislador reconoce la necesidad y la justicia de la citación personal del demandado con tiempo suficiente para que pueda concurrir a su defensa. De modo pues, que un país que en materia de ejecución de actos extranjeros emplease el sistema llamado de la reciprocidad no ejecutaría jamás las sentencias que en Venezuela se dictaren contra las personas ausentes”; Martineau, Eleazar: “Cooperación Internacional en Materia de Procedimiento Civil”. En: *Revista de Derecho Privado*. Año 3, N° 1. Caracas, 1986, pp. 148-149; Ávila Rodríguez, Vinicio: **Transmisión de comisiones rogatorias**. Trabajo de Grado presentado para optar al Título de *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela, octubre 2004, pp. 43 y ss. Véase: artículo 3 de la Ley aprobatoria del protocolo adicional de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, de 1975 ratificada en 1984 (Citado por: Juzgado Décimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 07-07-2008, Exp. AP31-V-2007-002723 <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2008/julio/2157-7-AP31-V-2007-002723-PJ0102008000095.html>).

⁶⁷ Ávila Rodríguez: ob. cit., pp. 45-46.

⁶⁸ *Ibíd.*, pp. 46-47.

agotar la citación del demandado por vía de rogatoria como parte de la Cooperación Jurisdiccional Internacional⁶⁹.

Ciertamente, tal opción constituiría una mejor oportunidad de defensa efectiva para el demandado que la simple publicidad interna, pues ésta se reduce a la posibilidad formal de que el no presente se entere de la situación por intermedio de terceros conocidos que acceden a la prensa local.

La no presencia se presenta como una figura que puede desplegar efectos para terceros y para el propio no presente, en especial en la esfera procesal a través del nombramiento del defensor a los fines de preservar el derecho a la defensa, aunque mayor posibilidad de defensa se vislumbra con la opción efectiva de rogatoria en el país donde se encuentre, toda vez que se le debe acreditar al Juzgador que el sujeto se encuentra en el exterior a los fines de la procedencia de la figura bajo análisis.

La no presencia no supone incertidumbre alguna sobre la existencia humana, se trata simplemente de proveer a la protección procesal de quien no se

⁶⁹ Ibid., pp. 48-49, “Esta nueva lectura comienza por precisar el hecho de que el demandado se encuentra fuera del territorio nacional y no haya dejado representante o éste se niegue a representarlo, supuesto exigido de forma expresa por la norma. Luego, el análisis debe discriminar dos supuestos distintos: 1. Por una parte, si no se tiene conocimiento del domicilio, residencia o paradero del demandado en el exterior, se procede conforme al artículo 224 *eiusdem*, en el sentido de publicar los carteles en el modo y tiempo determinados por ella. 2. En cambio, si el demandante conoce la sede jurídica del demandado, no será aplicable el artículo 224 y deberá procederse a una citación conforme a la Cooperación Jurisdiccional Internacional, es decir, a través de una comisión rogatoria dirigida a una autoridad extranjera. La *ratio* de la norma propende a tal conclusión, y para llegar a ella basta tener presente el celo que tiene nuestro legislador en el derecho interno con la citación del demandado, debido a que siempre debe agotarse la citación personal para acudir a los mecanismos subsidiarios de carteles o correo certificado. *Mutatis mutandi*, para lograr una garantía paritaria del derecho a la defensa y al debido proceso (como partes integrantes de la tutela judicial efectiva) en el supuesto con elemento de extranjería (citación del no presente), debe agotarse primero la citación personal del demandado, cuando se conoce su domicilio en el extranjero, y la única manera de lograrlo es empleando la comisión rogatoria como mecanismo de la Cooperación Jurisdiccional Internacional”.

encuentre en el país. Los efectos personales, como es natural, se mantienen en suspenso hasta el retorno del no presente lo que se traduce en una causa de exclusión del ejercicio de la patria potestad.

“La no presencia, valga la observación, queda fuera de la regulación pertinente a la ausencia, dado que es una figura jurídica totalmente diferente y con características marcadamente procesales”⁷⁰. No obstante, se aprecia cierta confusión terminológica entre ambas instituciones inclusive a nivel de decisiones judiciales en las que tratándose de “no presencia” se alude a términos correspondientes a alguna fase de la ausencia, como es la “presunción de ausencia”⁷¹. Sin embargo, ratificamos que la diferencia fundamental entre ambos institutos viene dada —según veremos a continuación— en la idea de “incertidumbre” que marca o caracteriza la “ausencia” y falta en la “no presencia”.

Finalmente, cabe indicar que con base en la Resolución del Tribunal Supremo de Justicia de 2009 que atribuye a los Juzgados de Municipio el conocimiento de asuntos de jurisdicción voluntaria⁷², algunas decisiones judiciales señalan

⁷⁰ La Roche: ob. cit., p. 300.

⁷¹ TSJ/SC, Sent. 1994 del 14-02-2001, Exp. 00-2542, citada *supra*, “... Ahora bien, tal procedimiento no lo llevó a cabo el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a pesar de la presunción de ausencia de la intimada; antes por el contrario realizó la citación de la parte intimada siguiendo el procedimiento contenido en el artículo 223 del Código de Procedimiento Civil, referido a la citación por carteles a las personas domiciliadas en el territorio de la República, omitiendo el procedimiento establecido en el artículo 224 *eiusdem*. De esta situación se derivó que la ciudadana... no tuviera conocimiento del procedimiento incoado en su contra, impidiéndosele su participación en el mismo...”. Véase también: Juzgado Séptimo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 12-01-2010, Exp. 1891, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2010/enero/497-12-1891-06-2010.html>, se alude a procedimiento de “declaración de ausencia” no obstante citarse artículo 417 del Código Civil relativo al “no presente”.

⁷² Véase: Tribunal Supremo de Justicia, Resolución mediante la cual se modifican a nivel nacional, las competencias de los Juzgados para conocer de los asuntos en materia Civil, Mercantil y Tránsito (Res. N° 2009-0006) publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.152 del 02 de abril de 2009.

que entre tales se encuentra precisamente el nombramiento del defensor del no presente consagrado en el artículo 417 del Código Civil⁷³. Ello aun cuando la designación del defensor tenga lugar en casos de jurisdicción voluntaria o en procedimientos de corte contencioso. Los últimos son expresamente referidos en el artículo 417 de Código Civil: “cuando sea demandada una persona no presente...” o cuando “... haya de practicarse alguna diligencia judicial...” y “el defensor no podrá convenir en la demanda...”. Se trata de actuaciones judiciales algunas de las cuales pueden ser contenciosas, como se evidencia de la posibilidad de una “demanda” con naturaleza contradictoria por esencia. Por lo que cabría concluir “cuando sea demandada una persona no presente...” o cuando “... haya de practicarse alguna diligencia judicial...” y “el defensor no podrá convenir en la demanda...”, se podrá tratar de actuaciones judiciales en general sean contenciosas o de jurisdicción voluntaria pero en las que se precise intervención del no presente.

3. La ausencia⁷⁴

3.1. Noción

“La palabra ausencia viene del latín *absentia*, que es una forma substantivada del participio del presente del verbo *absum*, *es*, *esse*. Este verbo, como su

⁷³ Véase entre otras: Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 29-01-2010, Exp. 09.10209, [http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2010/enero/2138-29-09.10209-10.007-INT\(COMP\)-CIV.html](http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2010/enero/2138-29-09.10209-10.007-INT(COMP)-CIV.html); Juzgado Sexto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 06-04-2011, Exp. AP31-S-2011-003002, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/abril/2153-6-AP31-S-2011-003002-.html>; Juzgado Vigésimo Cuarto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 10-08-2010, Exp. AP31-V-2010-003039, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2010/agosto/2172-10-AP31-V-2010-003039-PJ0152010000245.html>.

⁷⁴ Véase sobre el tema de la ausencia: Serrano y Serrano, Ignacio: **La Ausencia en el Derecho Español**. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1943; Ogáyar y Ayllón, Tomás: **La ausencia en el Derecho sustantivo y adjetivo**. Editorial Reus. Madrid, 1936; Morello, Augusto M.: **Declaración de ausencia y fallecimiento presunto**. (Ley 14.394). Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1962; Morello, Augusto M.: “El fin de

la existencia de las personas físicas y la muerte presunta”. En: **La Persona Humana**. Edit. La Ley. Argentina, 2001, pp. 81-104; Álvarez Gutiérrez, Fernando: **La presunción de muerte por desaparecimiento**. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas. Bogotá, 1967; Giorgianni, Michele: **La dichiarazione di morte presunta**. Dott. A. Giuffrè editore. Milano, 1943; Gravina, Orlando: “La Ausencia”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo*. N° 43-45. Tipografía Vargas. Caracas, 1972, pp. 107-110; Parra Aranguren: “La existencia y desaparición...”, pp. 7-57; Borrero Vanegas y Brigard Pérez: ob. cit.; Corral Talciani, Hernán: “Ausencia y muerte presunta. Un intento de explicación sistemática del régimen jurídico de la incertidumbre sobre la existencia de las personas naturales”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 25, N° 1. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho, 1998, pp. 9-26; Binstock, Hanna: **La presunción de muerte por accidente en la legislación venezolana**. Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado. Caracas, 1974; Moisset de Espanés, Luis: **Ausencia y Desaparición (Estudio de Derecho Argentino y Comparado)**, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), www.acader.unc.edu.ar/artausencia2.pdf; Moisset de Espanés, Luis: **La ausencia y la Ley 14.394**, www.acader.unc.edu.ar/artausencia4.pdf; Moisset de Espanés, Luis: **El peligro de muerte y la reducción de los plazos para la declaración de ausencia**, <http://www.acader.unc.edu.ar/artpeligrodemuerte.pdf>; Martínez Martínez, María: “La ausencia y efectos de la filiación (artículos 43 a 59)”. En: **Crónica de las “Jornadas sobre la nueva Ley de Derecho de la Persona” Colegio de Abogados de Aragón. Días 30 de marzo, 13 y 20 de abril de 2007**, <http://derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=399>; Coronas González, Santos Manuel: “La ausencia en el Derecho Histórico Español”. En: *Anuario de Historia del Derecho Español*. N° 53, 1983, pp. 290-333, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134444>; Montull Lavilla, Eduardo: “La ausencia en el Derecho Aragonés vigente”. En: *Anuario de Derecho Aragonés*. VI, 1952, pp. 189-196, http://www.derechoaragones.es/es/consulta/busqueda_referencia.cmd?campo=idtitulo_civ&idValor=7696; Carpio Vélez, Donato Hernán: “Jurisprudencia: Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta”. En: *THEMIS Revista de Derecho*. N° 3. Pontificia Universidad Católica del Perú. 1985, pp. 84-86; De Belaúnde L. De R., Javier: “Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después”. En: *THEMIS Revista de Derecho*. N° 10. Pontificia Universidad Católica del Perú. 1988, pp. 61-69; Chapilliquén Tasón, Stephanie Jenifer: **Presunción de ausencia**. <http://www.pandectasperu.org/revista/no200408/schapill.html>; Portillo, Mazerosky: **Ausencia, no presencia y muerte presunta en la legislación venezolana**. <http://www.monografias.com/trabajos12/ausenc/ausenc.shtml>; Guzman Alberto, Ernesto: **La teoría de la ausencia**. <http://www.monografias.com/trabajos66/teoria-ausencia-derecho-dominicano/teoria-ausencia-derecho-dominicano.shtml>.

contrario *adsum, ades, adesse*, son compuestos del verbo *sum* y significan el primero estar ausente y el segundo estar presente”⁷⁵. Deriva pues del latín *absentia* y expresa estar separado del lugar de domicilio o residencia⁷⁶. Idea que se refleja en el artículo 418 del Código Civil pues expresamente indica que se presume ausente a quien haya desaparecido de su último domicilio o de su última residencia (y de quien no se tengan noticias).

El término “ausencia” no se corresponde con el significado vulgar de la expresión que generalmente pretende denotar que alguien no se encuentra en un lugar⁷⁷, sino que se refiere a la persona de cuya existencia se duda porque no

⁷⁵ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 84. Agrega el autor que no se deduce nada de esta etimología en relación con el concepto técnico jurídico de ausencia que ahora nos ocupa. Sin embargo —añade—, no ocurre lo mismo con la etimología de la palabra alemana que designa la ausencia: *Verschollenheit*, porque en un antiguo diccionario se lee que *Verschollener*, ausente, derivado del sustantivo *schallen* (citación) se aplicó al que no comparecía después de citado tres veces.

⁷⁶ Ogáyar y Ayllón: ob. cit., p. 3.

⁷⁷ Véase: Serrano y Serrano: ob. cit., p. 83, la ausencia puede referirse a un sentido vulgar o a un sentido técnico. En sentido vulgar, ausente es aquel que no está en un lugar determinado en un instante en el que se le echa de menos. Para Magallón Ibarra, Jorge Mario: **Instituciones de Derecho Civil**. T. II. Edit. Porrúa. México, 1998, p. 75, el concepto de ausencia tiene dos diversas acepciones, una lata en sentido común que advierte que la persona no ha asistido a un determinado lugar (ejemplo, el alumno estuvo ausente del salón de clase o que no compareció ante la autoridad judicial), en tanto que la acepción estricta que le interesa al Derecho supone la incertidumbre, de quien se ignora si aún vive o ha muerto. *Cfr.* Planiol, Marcelo y Ripert, Georges: **Derecho Civil**. edit. Pedagógica Iberoamericana. Trad. Leonel Perezniño Castro. México, 1996, pp. 99-100. En el mismo sentido: Aguilar Benítez de Lugo, Mariano y otros: **Lecciones de Derecho Civil Internacional**. Edit. Tecnos. Madrid, 1996, p. 81; Naranjo Ochoa, Fabio: **Familia y Personas**. 7ª, Librería Jurídica Sánchez LTDA. Colombia, 1996, p. 222, comúnmente denota al que no está pero jurídicamente supone incertidumbre sobre la existencia; Borrel y Soler, Antonio M.: **Derecho Civil Español**. T. I. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1955, p. 127, vulgarmente es quien no está en su domicilio, jurídicamente es de quien se ignora su paradero y existe incertidumbre sobre su existencia; Borrero Vanegas y Brigard Pérez: ob. cit., p. 15; Bravo Casas: ob. cit., p. 20; Moisset de Espanés: **La ausencia y la Ley 14.394**, p. 2; Ramírez: ob. cit., p. 339, ausencia, en el lenguaje usual, sólo significa falta de presencia en el domicilio o en la residencia; Lete del Río, José: **Derecho de la Persona**. 3ª, Edit. Tecnos.

está en el lugar correspondiente a su último domicilio o residencia y no se han tenido noticias de ella⁷⁸.

Se trata de la situación jurídica⁷⁹ de la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuya existencia se duda⁸⁰. “No se sabe qué ha sido de la persona

Madrid, 1996, p. 167, ausencia en su sentido vulgar es la falta de presencia, pero en su sentido técnico “ausente” es la persona desaparecida de la que se desconoce su paradero y se duda sobre su existencia; Serrano Alonso, Eduardo: **Derecho de la Persona**. 2ª, La Ley Actualidad. Madrid, 1996, p. 143, el concepto jurídico de ausencia no se corresponde con el significado vulgar del término.

⁷⁸ Tramontana, Domenico: **Diritto Civile**. 4ª, Edizioni Cetim, Milano, 1947, p. 75. Véase también sobre la ausencia: Colin y Capitant, Ambrosio y H.: **Curso Elemental de Derecho Civil**. T. I. 2ª, Instituto Editorial Reus. Madrid, 1941, pp. 887-903; Albaladejo, Manuel: **Derecho Civil I**. Vol. I. 14ª, José María Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1996, p. 342, cuando habiendo desaparecido se carece de noticias; Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro, Rosalía: **Derecho Civil Introducción y Personas**. Edit. Harla. México, 1995, p. 197, está fuera del domicilio y se duda de su existencia; Lasarte, Carlos: **Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona**. T. I. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2004, p. 261; Bercovitz y Rodríguez-Cano, Rodrigo: **Derecho de la Persona**. Edit. Montecorvo S.A. Madrid, 1976, p. 109, persona desaparecida de quien no se tienen noticias; Mazeaud, Henri, León y Jean: **Lecciones de Derecho Civil**. Parte Primera, Vol. II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959, no se sabe si está muerto o vivo; Puig Peña, Federico: **Introducción al Derecho Civil Español Común y Foral**. 2ª, Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1942, p. 274, persona cuyo paradero es ignorado y se duda de sus existencia; Lehmann, Heinrich: **Tratado de Derecho Civil**. Vol. I. Edit. Revista de Derecho Privado. Trad. José María Navas. Madrid, 1956, p. 590, se desconoce su paradero, carece de noticias y no se sabe si vive o murió; Ripert, Georges y Boulanger, Jean: **Tratado de Derecho Civil (Según el Tratado Planiol)**. T. II. Vol. I. Ediciones La Ley. Trad. Delia García Dairreaux. Buenos Aires, 1963, p. 312, supone la imposibilidad de establecer si una persona está viva o muerta; De Belaúnde L. De R.: ob. cit., p. 61; LLambías, Jorge Joaquín: **Tratado de Derecho Civil Parte General**. T. I. 17ª, Edit. Perrot. Buenos Aires, 1997, pp. 495 y ss. y 590 y ss.; Rogel Vide, Carlos: **Derecho de la Persona**. J. M. Bosch Editor. Barcelona, 1998, p. 81, situación de la persona que ha desaparecido de su domicilio o residencia sin que se hayan tenido más noticias de ella, lo que plantea dudas sobre su existencia.

⁷⁹ Ubicamos la “ausencia” como una “situación jurídica”. Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: **Diccionario de Derecho Civil**. Panapo. Caracas, 2009, p. 23.

⁸⁰ Bonnecase, Julien: **Tratado Elemental de Derecho Civil**. Edit. Pedagógica Ibero-americana. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. México, 1995, p. 135. Véase también:

desaparecida; se ignora si vive o si ha muerto”⁸¹. De tal suerte que, técnicamente desde el punto de vista jurídico, la expresión “ausencia”, conlleva a la necesaria idea de “duda”⁸² o “incertidumbre”⁸³ sobre la existencia de una persona natural, a diferencia de la “no presencia”⁸⁴,

Martínez De Aguirre Aldaz, Carlos y otros: **Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado Derecho de la Persona**. Vol. I. 2ª, Edit. Colex. Madrid, 2001, p. 495, la ausencia es una institución jurídica que atiende a la situación del que no está presente y del que no se tienen noticias, existe incertidumbre sobre su vida. Véase también: Santoro Passarelli, F.: **Doctrinas Generales del Contrato**. Edit. Revista de Derecho Privado. Trad. A. Luna Serrano. Madrid, 1964. pp. 10-13.

⁸¹ Ramírez: ob. cit., p. 339.

⁸² Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 19-09-2011, Exp. AP11-V-2011-000979, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/septiembre/2116-19-AP11-V-2011-000979-.html>, “... se evidencia que la característica fundamental de la institución de ausencia, es la duda acerca de si la persona está viva o ha fallecido...”.

⁸³ Véase: Martínez Martínez: “La ausencia y efectos de la filiación (artículos 43 a 59)”, la ausencia es una “situación de incertidumbre”, como bien describiera el profesor Lacruz; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 27-03-2006, citada *supra*, “El Tribunal destaca la llamada ausencia de las personas naturales, prevista en la legislación venezolana, por tratarse de una existencia que resulta incierta por existir determinados hechos previstos en la ley, cuya característica general es la existencia de la duda si la persona está viva o muerta, en atención a hechos establecidos en tal ley”.

⁸⁴ Véase: Parra Aranguren: “La existencia y desaparición...”, p. 34, nota 49, que destaca sentencia del 20 de julio de 1944, Memoria de la Corte Federal y de Casación, año 1945, Tomo II, p. 139, “El sentido jurídico de la <ausencia> es distinto de su significado en el lenguaje corriente, que considera a una persona ausente cuando no se encuentra en el lugar donde su presencia es requerida; y de igual modo difiere de la <no presencia> regulada por el artículo 417 del Código Civil venezolano. A este respecto son de recordar los pronunciamientos de la extinguida Corte Federal y de Casación, el 20 de julio de 1944, siendo ponente el doctor Aníbal Sierralta Tellería, cuando declaró <En el lenguaje corriente es costumbre tomar una voz por la otra y así suele decirse: fulano está ausente en el sentido de no presente, pues se sabe que se encuentra en un lugar determinado, distinto de aquel donde se halla; y fulano está ausente en el sentido de ausencia, o mejor de presunción de ausencia, porque se ignora su paradero, o en otros términos, está ausente el que no está presente en un sitio determinado o aquel de cuyo paradero no se tiene noticia, de manera que a la no presencia se agrega la incertidumbre del lugar en que se halla. Pero jurídicamente es diferente, porque la ley ha tenido el cuidado de fijar categóricamente el sentido de los términos <no presente>

según indicamos⁸⁵. Supone —a decir de Martínez De Aguirre— la incertiorabilidad de la subsistencia⁸⁶. Jurídicamente, la ausencia supone la duda sobre la existencia de la persona y el destino o paradero del individuo.

La ausencia implica así la “incertidumbre” respecto a la existencia de una persona natural⁸⁷. Situación que deriva de varias circunstancias: la desaparición de

y <ausente>, llamando no presente a la persona que se haya fuera del país y cuya existencia no está en duda; en tanto que es ausente la persona que habiendo desaparecido del último domicilio o de su última residencia y de quien no se tienen noticias por dos años de ausencia presunta o por tres, si ha dejado mandatario, es declarado ausente por el Tribunal>”.

⁸⁵ Véase *supra* N° 2.

⁸⁶ Martínez De Aguirre Aldaz: ob. cit., p. 495.

⁸⁷ Véase: Gravina: ob. cit., p. 107, la institución jurídica de la ausencia se fundamenta en la incertidumbre de la existencia de la persona; Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 22-03-2006, Exp. 00-5927 (revisada en original); Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 31-05-2004, Exp. 26.000 (revisada en original); Juzgado de los Municipios Bolívar y Punceres de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 17-07-2008, Exp. 310-2006, <http://monagas.tsj.gov.ve/decisiones/2008/julio/1872-17-310-2006-43.html>, “El Código Civil, estipula que la persona que haya desaparecido de su último domicilio o de su última residencia, de quien no se tengan noticias, se le presumirá ausente, en el entendido que deberá este juzgador tomar la presunción como una consecuencia que la ley saca de un hecho conocido para establecer uno desconocido; también podemos suponer la ausencia como la incertidumbre sobre la existencia de una persona natural”; Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño y del Adolescente, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 01-03-2010, Exp. 2192, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2010/marzo/1323-1-2192-.html>, “La ausencia es la condición de la persona física cuya existencia es incierta debido a determinados hechos señalados por la ley”; Bianca, C. Massimo: *Diritto Civile. I, La norma giuridica i soggetti*. 2ª, Giuffrè Editore. Milano, 2002, p. 285, la ausencia supone la situación jurídica de incertidumbre sobre la existencia de la persona. Véase: Serrano y Serrano: ob. cit., p. 86, la verdadera esencia de la ausencia estriba en la incertidumbre acerca de la existencia de la persona ausente. Agrega el autor que esta incertidumbre aparece ya exigida en el Derecho Romano, aunque éste no conoció una reglamentación unitaria de la ausencia.

la sede jurídica configura aspecto esencial de la misma⁸⁸. Sin embargo, no es suficiente el simple hecho de la desaparición de la persona, sino que la desaparición debe presentar tales caracteres que la situación que se creó aparezca como estable, de tal suerte que se justifique una modificación de la posición jurídica⁸⁹. La ausencia se traduce —a decir de Marín Pérez— en la falta de presencia, cuando esta última haya de tener alguna significación jurídica⁹⁰. La misma se origina porque la desaparición va acompañada por el transcurso del tiempo⁹¹ y la falta de noticias⁹² o bien porque la desaparición de la persona va unida a una circunstancia de peligro⁹³. Así pues, tres elementos acompañan

⁸⁸ Véase *infra* N° 4.1.1. Véase: Cardini, Eugenio Osvaldo: **Lineamientos de la Parte General del Derecho Civil**. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1963, a veces el sujeto “desaparece” y estamos ante la ausencia.

⁸⁹ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 87.

⁹⁰ Marín Pérez, Pascual: **Derecho Civil**. Vol. I. Edit. Tecnos. Madrid, 1983, p. 95.

⁹¹ Véase: *ibíd.*, p. 87, además de la incertidumbre es necesario poner de relieve otro elemento fundamental, que es el transcurso del tiempo en esta incertidumbre, porque si bien la duda de la existencia proviene de la falta de noticias, para que tengamos perfectamente constituida la ausencia es necesario que esa duda perdure.

⁹² Moisset de Espanés: **La ausencia con presunción de fallecimiento**..., p. 4, si hay noticias no puede presumirse la muerte del sujeto, pero en muchos casos la falta de noticias no es elemento suficiente, se precisa que se lleve al ánimo del Juez que la ausencia es inexplicable y que la ausencia de noticias no se debe a la “pereza de escribir”. Cuando a principio de siglo, los inmigrantes llegaban a Argentina y pasaban largo tiempo sin escribir ni recibir noticias de sus familiares, no por ello presumían la muerte del inmigrante. Lo mismo sucede luego de un disgusto o reyerta familiar, cuando la gente se aleja de su familia y no se comunica con ella. Igual cabe decir del que se oculta de la justicia; Serrano y Serrano: ob. cit., p. 359, la desaparición tiene que ir acompañada de la falta de noticias, porque de otro modo no se podría declarar el fallecimiento, ni siquiera la ausencia. Larenz, Karl: **Derecho Civil Parte General**. Editorial Revista de Derecho Privado — Editoriales de Derecho Reunidas. Trad. y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. S/I, 1978, p. 116, la muerte de una persona puede ser incierta cuando no hubiere llegado durante largo tiempo ninguna noticia de ella y hubiere motivo para suponer que ya no vive.

⁹³ Lete del Río: ob. cit., p. 169. Véase igualmente: Serrano y Serrano: ob. cit., p. 91, “la incertidumbre, elemento básico de la ausencia, puede formarse por el transcurso paulatino del tiempo o puede surgir instantáneamente por ir unida la desaparición a ciertas circunstancias de peligro que hacen evidente la probabilidad de la muerte de la persona que se halló en aquel peligro”.

al instituto bajo estudio: la desaparición del individuo de la sede jurídica, la incomunicación derivada del transcurso del tiempo y la falta de noticias, lo cual deviene en la incertidumbre sobre la existencia del individuo⁹⁴.

El instituto de la ausencia viene marcado definitivamente por la característica de “incertidumbre”, esto es, la duda, la falta de seguridad sobre la existencia humana. El sujeto natural es considerado ausente porque no se conoce a ciencia cierta si ha muerto o si contrariamente está vivo; la certeza o plena prueba de la muerte —aun cuando no aparezca el cadáver— haría desaparecer o cesar la falta de seguridad que constituye el fundamento de la ausencia. Por contrapartida, la prueba de la vida o de la existencia del sujeto, igualmente hace perder sentido a un régimen que se apoya o soporta en la noción de duda sobre la subjetividad humana.

En efecto, la nota característica de la ausencia es la “incertidumbre”, pero ésta viene a hacerse latente o efectiva a través de dos circunstancias citadas en el artículo 418 del Código Civil: la desaparición de la sede jurídica⁹⁵ y carencia de noticias⁹⁶. El transcurso del tiempo⁹⁷, a su vez, juega un papel fundamental en el peso que pueda asumir tales acontecimientos en la declaración judicial respectiva. Veremos que, a los efectos de la primera fase del régimen ordinario de la ausencia, esto es, la presunción de ausencia, no precisa el Legislador lapso especial a los fines de la respectiva declaratoria⁹⁸.

⁹⁴ Lacruz Berdejo, José Luis y otros: **Elementos de Derecho Civil I. Parte General del Derecho Civil**. Vol. II. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1990, p. 189, la “incomunicación” y la “incertidumbre” constituyen elementos esenciales de la ausencia.

⁹⁵ Véase: De Buen, Demófilo: **Derecho Civil Español Común**. Edit. Reus. Madrid, 1930, p. 115, en la ausencia se da la falta del domicilio y la incertidumbre de la existencia.

⁹⁶ Véase: Borrero Vanegas y Brigard Pérez: ob. cit., pp. 24-25. Las autoras agregan entre los elementos: “Daño real a los intereses del ausente o terceros” y “falta de representación del ausente”. Sin embargo, estos no son estrictamente necesarios en el ordenamiento venezolano pues solo se precisarían en la primera fase de “presunción de ausencia”, y somos del criterio que dicha etapa es prescindible en el régimen ordinario de la ausencia y ni siquiera existe en el régimen especial de siniestro.

⁹⁷ Véase: Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, pp. 466-467.

⁹⁸ Véase *infra* N° 4.1.1.

La relevancia o trascendencia del transcurso del tiempo dependerá de las particularidades del caso concreto y de las condiciones de vida de cada individuo.

Por ello, indica la jurisprudencia que la ausencia “exige la concurrencia de varios supuestos; por una parte, que la persona haya desaparecido de su último domicilio o residencia; y, por otra parte, que no se tenga noticias de la persona, tal como lo consagra el artículo 418 del Código Civil”⁹⁹.

De allí que podamos definir la ausencia como la “situación”¹⁰⁰ de la persona natural de cuya existencia se duda, en razón de haber desaparecido de su sede

⁹⁹ Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la circunscripción judicial del Estado Mérida, Sent. 27-03-2006, citada *supra*; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. junio 2007, Exp. F06-3777, <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2007/junio/2117-12-F06-3777-.html>, “nuestro autor patrio, el maestro José Luis Aguilar Gorrondona, en su obra **Derecho Civil, Personas**, señala lo siguiente: ‘La ley presume ausente a la persona cuando concurren las dos circunstancias siguientes: A) Que la persona haya desaparecido de su último domicilio o residencia; y B) Que no se tenga noticias de la persona (...), ni emanadas de ella ni de otro’ [...] De la lectura de los dispositivos legales transcritos con anterioridad, se pueden apreciar los dos elementos constitutivos de la norma, a saber: a) Un supuesto de hecho: Que una persona se presuma ausente, es decir, que haya desaparecido sin que se tenga noticia alguna, por más de dos años; y, b) Una consecuencia jurídica: El Juez de Primera Instancia, a petición de parte interesada, declarará el estado de ausencia... Dicho supuesto de hecho consiste en que el individuo, al que se refiere la solicitud, haya desaparecido de su último domicilio o residencia y no se tengan noticias de su persona, es decir, se presuma ausente por más de dos años. Vistas las actas que conforman el presente expediente, y revisados los medios probatorios promovidos por las partes, este Tribunal concluye que el demandado no demostró en forma alguna los hechos alegados en su solicitud, específicamente, la presunción de ausencia del ciudadano”; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Sent. 03-08-2010, Exp. 23.692, <http://zulvia.tsj.gov.ve/decisiones/2010/agosto/282-3-23.692-.html>, “... los medios aportados llevan a la convicción de quién aquí decide que efectivamente desde el año 2001 los solicitantes dejaron de tener noticias del ciudadano... es decir hace nueve años que dejaron de tener noticias y en consecuencia de lo anterior esta acción debe prosperar”.

¹⁰⁰ Véase: Carrasco Perera, Ángel: **Derecho Civil**. Edit. Tecnos, S.A. Madrid, 1996, p. 140, “la ausencia es la situación en la que se encuentra una persona cuyo paradero es ignorado y de la que no se tienen noticias durante un tiempo superior al que puede

jurídica y de no tenerse noticias de ella¹⁰¹. Esto es, no se sabe si la persona está viva o muerta, y, a falta de certeza o ante tal incertidumbre, los interesados pueden instar el procedimiento judicial correspondiente. Se trata de un *status*¹⁰² jurídico particular que, al margen de las consideraciones sobre su naturaleza, permite a los terceros interesados acceder a los bienes y derechos del ausente, mediante el respectivo procedimiento de ley.

Por ende, ausente es aquella persona de cuya existencia se duda¹⁰³. En efecto, afirman Colin y Capitant que ausente es el individuo que ha cesado de estar en el lugar de su domicilio o de su residencia y cuya existencia no es conocida¹⁰⁴. Ausente es aquella persona cuyo paradero se ignora y sobre cuya existencia reina incertidumbre¹⁰⁵. “El ausente es la persona cuya existencia no es posible establecer por ningún hecho y cuya muerte no puede ser probada”¹⁰⁶.

considerarse razonablemente normal, de modo que pueda caber incertidumbre sobre su existencia”.

¹⁰¹ Véase: Domínguez Guillén: **Diccionario...**, p. 23, “Situación jurídica que tiene lugar respecto de aquella persona natural de la que se duda de su existencia, en razón de que ha desaparecido de su sede jurídica y no se tienen noticias de ella”; Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, p. 465, “ausente es aquella persona de la que se duda de su existencia...”.

¹⁰² Véase: Serrano y Serrano: ob. cit., p. 1, la ausencia para el autor es un “estado civil” de la persona “de quien se duda si vive, bien porque se desconoce su paradero durante cierto tiempo, bien porque desapareció en circunstancias de peligro o porque desapareció sin saberse más de ella”. En efecto, según veremos al estudiar su naturaleza, un importante sector de la doctrina considera la ausencia un “estado civil (Véase *infra* N° 3.3.1), aunque no pareciera ser el mejor instituto que explique su compleja naturaleza.

¹⁰³ Véase: Domínguez Guillén: **Diccionario...**, p. 24, “individuo de cuya existencia se duda, es decir, no se sabe si está vivo o muerto. Sujeto que se encuentra en la situación jurídica de <ausencia>”; Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, p. 465, “ausente es aquella persona de la que se duda de su existencia...”.

¹⁰⁴ Colin y Capitant: ob. cit., p. 886.

¹⁰⁵ Castán Tobeñas: ob. cit., p. 897.

¹⁰⁶ Véase: Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 24-09-2004, Exp. 5574-04, <http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/350-24-5574-04-83.html>.

La desaparición de una persona cuya muerte no puede ser acreditada, se rige por las disposiciones relativas a la ausencia y la presunción de muerte. Al efecto, indica Carpio Vélez que “la desaparición es un hecho que no requiere declaración alguna. Es aprehensible por la sola observación y no necesita del trascurso del tiempo, exactamente igual que el nacimiento. La desaparición solo requiere que simultáneamente no se encuentre la persona en el lugar de su domicilio y que se carezca de noticias sobre su paradero”¹⁰⁷. La desaparición de una persona genera, pues, incertidumbre, pero cuando aquella se prolonga en el tiempo es que adquiere relevancia jurídica, pues la falta de presencia se convierte en un obstáculo serio para el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas¹⁰⁸. En tal caso, ni la vida ni la muerte pueden ser suficientemente acreditadas y, sin embargo, esa falta de comprobación es consecuencia precisamente de la duda que deviene de la ausencia¹⁰⁹.

En efecto, la imposibilidad de probar la muerte o la vida nos coloca en un punto intermedio teñido por la incertidumbre; ante la carencia de partida de defunción, prueba por excelencia de la muerte, y la imposibilidad de acreditar la vida del sujeto (dada su desaparición y la carencia de noticias) surge un instituto especial que prolonga la duda de una posible subsistencia aunque las posibilidades de retorno se desvanecen a medida que avanzan los lapsos procesales del procedimiento.

“Cuando una persona desaparece, esto es, deja de estar presente en la esfera social donde habitualmente desenvuelve sus actividades: familia, lugar de trabajo, círculo de amistades, etc., sin que se tengan noticias sobre su nuevo paradero, se origina evidentemente una situación de incertidumbre. Al comienzo puede tratarse de una situación molesta, pero que por ser ocasional no alcanza importancia ni relieve jurídico. Mas, si la desaparición se prolonga por un tiempo, la falta de presencia del individuo comienza a transformarse

¹⁰⁷ Carpio Vélez: ob. cit., p. 85, agrega que Romagnoli precisa que la desaparición genera un estado de incertidumbre y de abandono así como de problemas en las relaciones familiares y patrimoniales del desaparecido.

¹⁰⁸ Véase: Corral Talciani: **Desaparición**..., p. 25.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 26.

en un obstáculo serio para el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas: el cónyuge no sabe cuál es la situación de su matrimonio, los hijos se ven desprovistos de quien ejercía la patria potestad, el patrimonio se encuentra abandonado, los deudores no saben a quién dirigirse para pagar, los acreedores no pueden hacer efectivos sus créditos, si abre una herencia a favor del ausente se duda sobre si es no capaz para suceder, etc.”¹¹⁰ Dada la exigencia de que todos los derechos tengan titular es menester apuntar normas para el caso de la persona desaparecida¹¹¹. De allí que la ausencia es un instituto que tiene por objeto resolver los problemas prácticos y jurídicos que genera la incertidumbre del sujeto¹¹². Y precisamente la certeza de la vida o de la muerte excluye la incertidumbre¹¹³, poniendo fin al proceso en cualquiera de sus etapas.

La incertidumbre constituye, pues, la nota característica, distintiva y necesaria, que marca el carácter fundamental de la ausencia, según refiere la doctrina patria¹¹⁴. La duda entre la posibilidad de vida y de muerte coloca al sujeto en una particular situación frente al ordenamiento jurídico del lugar que constituyó su última sede jurídica, con especial miras, a medida que avanza el proceso, a la consolidación de los intereses de terceros que dependían de su muerte.

La ausencia tiene lugar en caso de incertidumbre sobre la existencia de una persona natural; cuando se duda si el ser humano ha fallecido o, por el con-

¹¹⁰ Corral Talciani: “Ausencia...”, pp. 10-11.

¹¹¹ Trabucchi, Alberto: **Instituciones de Derecho Civil**. Edit. Revista de Derecho Privado. Trad. Luis Martínez-Calcerrada. Madrid, 1967, p. 82.

¹¹² Orgaz, Alfredo: **Personas Individuales**. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1946, p. 53.

¹¹³ Véase: Corral Talciani: **Desaparición...**, p. 27.

¹¹⁴ Véase: Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 427, la ausencia es la condición de la persona física cuya existencia es incierta debido a determinados hechos señalados por la ley. Véase también: Graterón Garrido: ob. cit., p. 364, ausente es la persona que ha desaparecido de su domicilio, sin que se tengan noticias de él, de manera que no se sabe si ha muerto o continúa vivo, su existencia es incierta; Ochoa G.: ob. cit., p. 195, la ausencia es la situación de incertidumbre acerca de la vida o muerte de la persona desaparecida de su último domicilio o residencia; Sanojo, Luis: **Instituciones de Derecho Civil Venezolano**. T. I. Imprenta Nacional. Caracas, 1873, p. 85, aquel cuya residencia se ignora, de quien no se tienen noticias y cuya existencia por lo mismo es incierta.

trario, continúa con vida. La figura de la ausencia necesariamente supone la incertidumbre sobre la muerte o existencia del ser humano. De tal suerte que en el Derecho venezolano, en aquellos supuestos donde no medie dicha duda o incertidumbre no cabe el instituto en estudio.

Corral Talciani comenta que, en su opinión, en el Derecho chileno no se requiere la incertidumbre sobre la existencia para la procedencia de la ausencia¹¹⁵. Sin embargo, tal consideración no resulta aplicable al caso venezolano porque algunos de los ejemplos que coloca el autor, relativos a ser prisionero en país enemigo o emprender viajes por parajes de difícil comunicación, encuadran en el ordenamiento venezolano en el supuesto de la no presencia. De encontrarse el sujeto en el país, y presentarse el supuesto de imposibilidad de hecho que impida administrar sus bienes, pensamos que respecto de tal administración, podría tener lugar, pero únicamente por aplicación “analógica”, las normas relativas a la “presunción de ausencia” para el supuesto de que el sujeto imposibilitado no pueda otorgar un poder o mandato de administración¹¹⁶.

Se indica que no siempre que no aparezca el cadáver existirá duda respecto del hecho de la muerte, pues podría acontecer que el fallecimiento pueda probarse indudablemente al margen de la aparición del cuerpo sin vida. Existen casos inequívocos en que se puede probar la muerte aunque no se encuentre el cadáver por lo que no se plantea el problema de la incertidumbre; no siempre se precisa el cadáver como prueba de la muerte.

Gherzi señala que en el Derecho argentino, el artículo 33 de la Ley 14.394 establece los casos en que el juez puede tener por comprobada la muerte

¹¹⁵ Véase: Corral Talciani: “Ausencia...”, pp. 16-17, indica: “Sostenemos, pues, sobre la base de tales antecedentes que la ausencia en el Código Civil Chileno no requiere la incertidumbre sobre la existencia, sino que se satisface con la incomunicación del ausente con los suyos y la imposibilidad de gestionar sus intereses. Así, por ejemplo, procederá el nombramiento de curador de bienes del soldado prisionero en país enemigo o del expedicionario que emprende un viaje por parajes de difícil comunicación, aunque no existan dudas razonables sobre su supervivencia”.

¹¹⁶ Por cuanto a nivel judicial, a falta de mandatario especial, se le designará defensor judicial de conformidad con el artículo 223 del Código de Procedimiento Civil.

y disponer su inscripción, siempre que ésta se hubiese producido en circunstancias tales que deba ser tenida como cierta. Para ello se requiere la falta de cadáver o la imposibilidad de su identificación, así como la certeza de la muerte¹¹⁷. Respecto a la certeza de la muerte, se indica que es el requisito primordial. Se exige la firme y absoluta convicción del juez de que la muerte de la persona tuvo lugar, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas que rodearon el hecho. Se trata de casos en que es material o científicamente imposible que la persona pueda haber sobrevivido al acontecimiento. Un supuesto de aplicación de este artículo —indica Ghersi— es el caso del trasbordador Challenger que, el 28 de enero de 1986, estalló en una bola de fuego gigante, pocos segundos después de haber sido lanzado al espacio desde la Base de Cabo Cañaveral, causando la muerte de siete tripulantes¹¹⁸. Acontecimiento sucedido ante la vista de televidentes de todo el mundo. En cambio, si dicha nave espacial hubiese desaparecido en el espacio, perdiéndose cualquier tipo de contacto con las estaciones terrestres o espaciales de rastreo, no correspondería, a nuestro criterio, utilizar esta vía sino iniciar un juicio de ausencia con presunción de fallecimiento, luego de transcurrido el plazo legal¹¹⁹.

Igualmente indica Cifuentes que el juez puede dar por comprobada la muerte aun sin cadáver, en aquellos casos en que es imposible que la persona pueda sobrevivir al acontecimiento donde desapareció. Cita el caso del Rastreador Fournier, que decidió el Tribunal de la Plata en 1952. El barco se hundió en pleno invierno en aguas del sur, canales fueguinos, zona en la cual la inmersión comporta la muerte segura por la baja temperatura del agua. En cambio,

¹¹⁷ Ghersi, Carlos Alberto: **Derecho Civil (Parte General)**. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1993, pp. 165-166. Véase en el mismo sentido, Cifuentes, Santos: **Elementos de Derecho Civil**. 2ª, Edit. Astrea. Buenos Aires, 1991, p. 28, indica que dicho artículo 33 Ley 14.394, prevé: “En los casos en que el cadáver de una persona no fuese hallado, el juez podrá tener comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, siempre que la desaparición se hubiera producido en circunstancias tales que la muerte deba tenerse como cierta. Igual regla se aplicará en los casos en que no fuese posible la identificación del cadáver”.

¹¹⁸ Una situación semejante reseñaron los medios de comunicación en el 2003 en el caso del trasbordador Columbia.

¹¹⁹ Ghersi: ob. cit., pp. 166-167.

no sería suficiente la mera desaparición en circunstancias donde caben dudas de la supervivencia, por ejemplo el hundimiento de un barco en el océano o la caída de un avión en una zona despoblada¹²⁰. En sentido semejante indica Mousset de Espanés que tal institución conocida para algunos como “desaparición” constituye un caso de “muerte probada”¹²¹, por lo que más bien se trata de desaparición del cadáver¹²².

En el caso venezolano, se diferencia la ausencia del supuesto de muerte comprobada no obstante no encontrar o identificar el cadáver, situación que distinguía claramente el artículo 479 del Código Civil¹²³ y que, no obstante, la derogatoria de dicha norma por parte de la Ley Orgánica de Registro Civil (LORC)¹²⁴, bien pudiera considerarse subsistente —a falta de norma expresa— la necesidad de acudir al Juzgador para probar o acreditar la muerte¹²⁵, con lo

¹²⁰ Cifuentes: ob. cit., p. 228, agrega el autor que sí lo son el incendio que ha carbonizado completamente los cadáveres, haber quedado sepultado en una mina imposible de remover o la caída desde un barco a un lugar infectado de tiburones (ídem).

¹²¹ Moisset de Espanés: **La ausencia y la Ley 14.39**, p. 12.

¹²² Véase: Moisset de Espanés, Luis: **Desaparición del cadáver (El vuelo de Austral 2553 del 10/9/1997)**. www.acader.unc.edu.ar/artausencia6.pdf, p. 12; **Desaparición del cadáver (El Tsunami, el vuelo de Austral 2553 y otras catástrofes)**. www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artausencia6/at_download/file, p. 22, “Pero como semejante inscripción es de una gran excepcionalidad, se establecen exigencias probatorias que aseguren no incurrir en errores que afecten el orden público y los intereses privados. Esa gran exigencia es la certeza de la muerte de la persona”.

¹²³ Que disponía: “En los casos de muerte en que sea imposible encontrar o reconocer los cadáveres, la primera autoridad civil del lugar abrirá una articulación, haciendo constar el hecho y todas las circunstancias que con él se relacionan, y concluida, la transmitirá al Juez de Primera Instancia, cuya autorización se unirá al legado de comprobantes. Si de estas circunstancias resultare comprobada la muerte, el Juez lo comunicará a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio del lugar donde ocurrió la muerte, para que se inserte el oficio en el Registro de defunciones, agregando dicho oficio al legado de comprobantes...”.

¹²⁴ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.264 de 15-09-2009.

¹²⁵ Véase: Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I**..., p. 259, “La Ley Orgánica de Registro Civil derogó expresamente el artículo 479 del Código Civil relativo al caso de comprobación de la muerte de una persona cuyo cadáver no se encuentra, supuesto distinto al caso de la ausencia, pero que precisaba de una decisión judicial.

que ha de concluirse, como indicáramos, que tal supuesto en modo alguno se asimila o se relaciona con la ausencia¹²⁶. Interpretación que abona su men- ción expresa por parte del artículo 486 del Código Civil, uno de los escasos artículos del Código sustantivo que la nueva ley deja vigente.

Comenta Contreras que como abogados debemos ser muy cuidadosos en la elab- oración o solicitud de esta partida de defunción con base en el —ahora dero- gado— artículo 479 del Código Civil, pues puede confundirse con el supuesto de presunción de muerte. “Para el levantamiento de la partida de defunción especial se amerita que exista plena prueba del hecho catastrófico y además que no exista el menor género de duda de que la persona murió”¹²⁷. En el mismo

Sin embargo, por principio no obstante tal derogatoria dicha situación excepcional seguirá precisando de decisión judicial. Situación que confirma el artículo 486 del Código Civil que siendo uno de los pocos artículos sobrevivientes a la nueva ley se refiere expresamente al artículo 479 del Código Civil”.

¹²⁶ Domínguez Guillén: **Inicio y Extinción**..., pp. 249-251.

¹²⁷ Contreras Briceño, Gustavo: **Manual de Derecho Civil I Personas**. Vadell Hermanos Editores. S/l, 1987, pp. 178-179. Sin embargo, véase que en procedimiento de presun- ción de muerte por accidente con ocasión de la tragedia del Estado Vargas de 1999, el Juzgador impropriadamente ordena inscripción a tenor del artículo 479 del Código Civil siendo que se trata de supuestos distintos: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Var- gas, Sent. 15-12-2003, Exp. 5371, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2003/diciem- bre/132-15-5731-1114.html>, “conforme lo prevé el aparte único artículo 479 del Código Civil, se ordena Oficiar a la Jefatura Civil de la Parroquia Caraballeda del Municipio Vargas del Estado Vargas, remitiéndole copia certificada de la presente sentencia, anexo oficio, para que proceda a insertar la misma en el Libro de Registro de Defunciones que lleva dicha Jefatura”; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 21-04-2005, Exp. 5635, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/132-21-5635-6104.html>, “Conforme lo prevé el artículo 479 del Código Civil, se ordena Oficiar lo conducente a las autoridades correspondientes, remitiéndole copia certificada de la presente sentencia, anexo oficio, para que proceda a su inserción”; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Cir- cunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 08-08-2007, Exp. 26.504, <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2007/agosto/2118-8-26.5004-.html>, “Tercero: como consecuencia de las anteriores declaraciones, ordenar la remisión de copia certi- ficada de la presente decisión a la Primera Autoridad Civil del Municipio Baruta del

sentido Esparza comenta que la situación del artículo 479 no debe ser confundida con la presunción de muerte por accidente, pues en ésta no existe demostración directa y específica de la muerte de una persona¹²⁸. Al efecto se admitirá todo género de pruebas de conformidad con el artículo 486 *eiusdem*, así como en el caso de muerte ocurrida en siniestros¹²⁹. Artículo del Código Civil de los pocos que conservan vigencia después de la Ley Orgánica de Registro Civil, según se aprecia de su disposición derogatoria primera y que alude al referido 479 del Código Civil, lo que abona a la tesis de su subsistencia dada la necesidad de declaratoria judicial en supuestos como el indicado.

Así pues, una decisión de instancia que se pronunció sobre la tragedia de Tocoa indicó acertadamente que se debe distinguir las normas relativas a la presunción de muerte por accidente (artículos 438, 439 y 440 del Código Civil) del supuesto del artículo 479 del Código Civil que preveía en cambio un procedimiento tendiente a la constitución de una partida de defunción, con toda

Estado Miranda, a fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 479 del Código Civil”; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 12-03-2008, Exp. 9302, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2008/marzo/130-12-9302-5914.html>, “Conforme lo prevé el aparte único del artículo 479 del Código Civil, se ordena Oficiar a la Jefatura Civil de Naiguatá del Estado Vargas, remitiéndole copia certificada de la presente sentencia, anexo oficio, para que proceda a insertar la misma en el Libro de Registro de Defunciones que lleva dicha Jefatura. Así se decide”; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 24-03-2008, Exp. 2007-7759, <http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2008/marzo/741-24-2007-7759.htm>, “En consecuencia se ordena de acuerdo a lo establecido en el artículo 479 del Código Civil, la remisión de copia certificada de la presente sentencia con oficio al Registro Civil del Municipio Puerto Cabello, a los fines de su inserción en el correspondiente Registro de Defunciones”.

¹²⁸ Esparza Bracho, Jesús: “Apertura y delación en el sistema sucesoral venezolano”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 69. Universidad del Zulia. 1992, p. 117.

¹²⁹ Refiere el citado artículo 486 del Código Civil: “Se admitirá todo género de pruebas para establecer la muerte ocurrida en campaña, en naufragios, accidente de aviación, inundaciones, incendios, explotaciones, terremotos, ciclones, epidemias graves y otras calamidades semejantes y en los casos del artículo 479 no comprendidos en la enumeración anterior”.

su eficacia de evidencia de esa muerte¹³⁰. En efecto, debe distinguirse el supuesto de muerte comprobada, no obstante la desaparición del cadáver previsto en el —derogado pero subsistente— artículo 479 del Código sustantivo del instituto de la ausencia que precisa necesariamente de la incertidumbre sobre la existencia la persona. Cabe así la posibilidad de un acta de defunción sin cadáver¹³¹.

En consecuencia, si bien en principio la muerte precisa de un cadáver, excepcionalmente a falta de éste, también podrá probarse el deceso. Por su parte, la ausencia supone incertidumbre sobre la existencia del individuo; el procedimiento bajo análisis tiende a proveer al destino de los bienes y relaciones del ausente. Al efecto indica la jurisprudencia que “el procedimiento relativo al régimen ordinario de la ausencia tiene lugar a fin de proveer sobre el destino de las relaciones patrimoniales y personales del presunto ausente”¹³². Aunque lo cierto es que tiende mayormente a la satisfacción patrimonial de los interesados en el patrimonio del ausente, más que a la protección del patrimonio de este último.

La muerte, en cualquiera de los supuestos indicados (aparezca o no el cadáver), precisa de prueba cierta. Mientras que la ausencia se centra en la incertidumbre, en la imposibilidad de la certeza. De allí que Tobías, siguiendo al autor italiano Sgroi, añade a esta última la característica de “subsidiariedad” de la ausencia o muerte presunta, porque la misma está destinada a funcionar cuando no sea posible proceder a la acreditación de la muerte, ya sea directa (cadáver) o indirectamente (sin hallarse el cadáver), la muerte debe tenerse por cierta.

¹³⁰ Vista esa diferencia, estima el Tribunal que no son aplicables al procedimiento de que se trata las normas de los artículos 438 y ss. del Código Civil. (DFMSC1, Sent. 30-06-1988, citada por: **Jurisprudencia Ramírez y Garay**. T. 104, pp. 65-66).

¹³¹ Véase: Messineo: ob. cit., p. 107; Santoro Passarelli: ob. cit., p. 10.

¹³² Véase: Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 20-07-2006, Exp. 2004-S-3892, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/2121-20-3892-.html>; Juzgado de los Municipios Bolívar y Punceres de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 17-07-2008, citada *supra*; Tribunal de Primera Instancia de Juicio de Niños, Niñas y Adolescentes, de la Circunscripción Judicial del Estado Apure, Sent. 25-01-2012, Exp. CP21-J-2010-000221, <http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2012/enero/2407-25-CP21-J-2010-000221-PJ0062012000002.html>

Característica que si bien no está explícitamente consagrada en la ley se deriva de la propia naturaleza de la institución¹³³.

Reconocer la muerte como única causa de terminación de la personalidad no elimina todas las posibles dificultades que existen en situaciones similares a la muerte. Así la desaparición de una persona de su domicilio sin noticias de su paradero ocasiona incertidumbre y provoca un sistema de protección que es la “ausencia”. Los tres períodos del Código Civil dan la idea lógica de que con el tiempo se acentúa la posible muerte¹³⁴.

Es obvio —según indicamos¹³⁵— que se trata de una institución exclusiva de la persona humana o corporal¹³⁶, por ser ésta la que ocupa un lugar en el espacio. De allí que respecto de las personas incorpóreas o morales no es predicable la institución bajo análisis. Los entes incorpóreos no pueden estar ausentes en el sentido indicado pues ni siquiera pueden “desaparecer” por ser una creación del orden jurídico, carente de materialidad o corporeidad en el plano físico. De tal suerte, que la situación personal de sus órganos o representantes les resulta enteramente ajena a la personalidad moral, pues éstos simplemente se traducen en la única forma de manifestación jurídica de tales entes por ser una creación del Derecho¹³⁷. Por ende, ciertos beneficios procesales con ocasión de la ausencia o la no presencia, como la retasa obligatoria, no son predicables respecto de algunas categorías de personas jurídicas en sentido estricto¹³⁸.

¹³³ Tobías, José W.: **Fin de la existencia de las personas físicas**. Astrea. Buenos Aires, 1988, p. 285.

¹³⁴ Parra Aranguren: “La existencia y desaparición...”, pp. 33-34 y 41.

¹³⁵ Véase *supra* N° 1.

¹³⁶ Véase en el mismo sentido: Magallón Ibarra: ob. cit., p. 75, estamos constriñéndola a una situación jurídica que es exclusiva de las personas físicas y no de las morales; Bonnecase: ob. cit., p. 135, está referida a la existencia de personas físicas; Serrano y Serrano: ob. cit., p. 140, no puede considerarse en situación de ausencia legal a las personas jurídicas, porque la ausencia sólo se refiere a las personas físicas.

¹³⁷ Véase: Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, p. 63, se afirma, a tono con la teoría de la “realidad técnica” propugnada por Ferrara, que la persona jurídica *stricto sensu* o incorpórea es una realidad jurídica mas no una realidad corporal sensible; existe como abstracción jurídica pero no en el plano material.

¹³⁸ Véase: artículo 26 de la Ley de Abogados que dispone: “La retasa es obligatoria para quienes representen en juicio personas morales de carácter público, derechos o intereses

3.2. Antecedentes

Si bien se afirma acertadamente que siempre a lo largo de la historia han existido “ausentes”¹³⁹, algunos señalan que el instituto tiene antecedentes romanos¹⁴⁰ y en las Partidas, que vislumbraron esta problemática, caracterizando

de menores, entredichos, inhabilitados, no presentes y presuntos o declarados ausentes...”. Obsérvese que las personas incorpóreas que no sean de carácter público no están incluidas en la retasa obligatoria, porque por naturaleza no están afectadas por las circunstancias mencionadas, exclusivas de la persona natural como la incapacidad de obrar o la no presencia y la ausencia. Sin embargo, la citada norma del artículo 26 alude sólo a los “presuntos o declarados” ausentes, por lo que cabe excluir en su acepción técnica, de dicho beneficio al presunto muerto o fase de presunción de muerte. Ello para el caso de que se interprete que existen supuestos taxativos de retasa obligatoria con base en la norma citada pues para algunos la retasa siempre es obligatoria en razón del artículo 283 del Código de Procedimiento Civil.

¹³⁹ Véase: Serrano y Serrano: ob. cit., p. 3, “Ausentes ha habido siempre, desde los más remotos tiempos de que tenemos noticia. Así lo atestigua la encantadora leyenda de Penélope, asediada por pretendientes y fiel a su marido Ulises, de quien esperaba incesantemente el regreso. El *jus postliminii* y la ficción de la Ley Cornelia, atestiguan que en Roma también se daban casos de ausencia”.

¹⁴⁰ Véase: “La ausencia en el Derecho Romano”, *ibíd.*, pp. 5-13. Indica Serrano que si bien Cossio señala que el *jus postliminii* y la ficción de la Ley Cornelia constituyen una verdadera teoría de la ausencia no superada ni modificada esencialmente por las legislaciones posteriores, esto constituye, sin embargo, una voz aislada, porque —aclara Serrano— lo cierto es que el Derecho Romano no es más que el punto de partida de una institución que nace con el derecho intermedio o común, pero que no había sido concebida en su unidad por el Derecho Romano (*ibíd.*, p. 5). Agrega el autor (siguiendo a Sacchi) que la ausencia no fue reunida en un cuerpo de disposiciones en tal derecho a fin de constituir una institución autónoma y completa; contrariamente fue esparcido en una serie de disposiciones contenidas en edictos, leyes y senadoconsultos; existiendo así, muchas figuras que tienen una referencia más o menos directa en la teoría de los ausentes. Por otra parte, el término ausencia no poseía el mismo significado que actualmente tiene, pues se refería más bien a la no presencia (*ibíd.*, p. 6). Sin embargo el *postliminio*, conjuntamente con la ficción de la Ley Cornelia, constituyeron dos instituciones romanas que se correspondieron con la ausencia: en virtud del *jus postliminium*, al prisionero que regresaba se le consideraba para sus relaciones jurídicas como si nunca *in captivitate fuisse*, y por la ficción de la Ley Cornelia, cuando el cautivo no regresaba se presumía que había muerto al caer en cautividad. En algunas relaciones jurídicas medio *tempore*, que requerían un tracto continuo en su ejercicio,

la ausencia por la incertidumbre de la existencia de la persona¹⁴¹, mientras que otros consideran que la figura carece de precedentes en el Derecho Romano¹⁴². Las legislaciones antiguas descuidaban por completo esta institución¹⁴³, pero

en tanto no regresaba el cautivo no se aplicaba dicha ficción y se suspendían los derechos del ausente, la pérdida de la posesión y disolución del matrimonio (ibíd., p. 7). El patrimonio se ponía a cargo de un curador aunque presentaba el inconveniente de que estaba organizada con la idea que el ausente regresara; el patrimonio del ausente cautivo no admitía subsistencia de derechos dada la situación pero no se abría tampoco la sucesión porque repugnaba a los romanos la idea de herencia de un vivo (ibíd., p. 8). Sin embargo, el juez romano podía considerar probada la muerte del cautivo y permitir la adición de la herencia del ausente (ibíd., pp. 9-10). En el matrimonio, el Derecho romano era menos enigmático, pues el *jus postliminium* no se le extendía por ser de tracto continuo y a la vuelta había que renovarlo (ibíd., p. 11). El Código 1,5,17,7 contiene un rescripto de Constantino relativo al matrimonio de la mujer de un soldado y se autoriza cuando exista *nullum indicium sospitatis*, unido a la espera de cuatro años de cautividad. Esto cambia con Justiniano en la Novela 22 al *signum ejes circa eam affectus*, es decir que para la disolución del matrimonio no se atiende, como antes a la hipótesis de la ausencia, sino a un motivo de divorcio, aunque se urjan las averiguaciones y se extienda el plazo de espera de cuatro a diez años, exigiéndose además el consentimiento del Emperador. Por otra parte, Trifonino en D. 49,15,22,2 permite el matrimonio del hijo del ausente durante la cautividad de éste (ibíd., p. 12).

¹⁴¹ Véase: Lacruz Berdejo y otros: ob. cit., p. 190, nota 2, refiere que la definió con sorprendente precisión (D.23.2.10), “*si pater ita absit ut ignoretur ubi sit et an sit... postquam apertissime fuerit ignotus ubi degit et an superstes sit*” y (D.29,3,2,4) “*di debitetur utrum vivat an decesserit is*”. Véase: Llambías: ob. cit., p. 590, si bien los romanos no conocieron la presunción de fallecimiento se consideró ausente al que se tenía incertidumbre sobre su existencia, como el caso común de quienes caían prisioneros; Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro: **Derecho Civil. Parte General y Personas**. 15ª, Edit. Temis. Colombia, 2000, pp. 327-328, citando a Savigny, señala que ya los juristas romanos indicaban que el ausente se reputa muerto si han transcurrido 70 años desde su nacimiento. Véase también: Serrano y Serrano: ob. cit., p. 3, que apunta: “... se posee un concepto de la ausencia que no ha variado del Derecho romano acá...”.

¹⁴² Véase: Ogáyar y Ayllón: ob. cit., p. 14; Orgaz: ob. cit., pp. 53-54, que señala que el Derecho Romano no conoció este instituto aunque estableció que los derechos de los prisioneros de guerra cesaban *ipso iure*; Tobías: ob. cit., p. 109, “en el derecho romano no se conoció una institución análoga a la presunción de muerte”.

¹⁴³ Véase: Alessandri R., Arturo y otros: **Tratado de Derecho Civil. (Parte Preliminar y General)**. T. I. Editorial Jurídica de Chile. S/I, 1998, p. 380, las legislaciones antiguas fueron muy deficientes en materia de ausencia y desaparecimientos. Solo contenían

a partir de 1804 presentó gran interés porque el número de ausentes en razón de las guerras comenzó a ser considerablemente alto¹⁴⁴.

En efecto, históricamente, las situaciones de incertidumbre acerca del paradero de las personas se vinculaban a la existencia de guerras. De este acontecimiento se extendió la regulación a todo supuesto en el que existían dudas acerca tanto del paradero como de la existencia misma de la persona¹⁴⁵. De allí que con las guerras napoleónicas se operó, juntamente a la reglamentación del Código Civil, un redescubrimiento del estado de los ausentes¹⁴⁶. Refiere la doctrina que la primera disposición formal en materia de ausencia, surgió en 1804 al promulgarse el Código Civil francés; el asunto fue objeto de interés desde 1792. De allí que el sistema normativo no podía continuar impasible ante tan singular situación¹⁴⁷, por ello se afirma que su reglamentación es reciente¹⁴⁸, pues es obra del Derecho moderno¹⁴⁹.

algunas disposiciones aisladas sobre nombramiento de curador para la administración de los bienes del desaparecido y otros para fines especiales. Esa mínima atención del legislador antiguo se debe a que las condiciones de aquellas épocas hacían raro el caso del desaparecimiento de una persona.

¹⁴⁴ Colin y Capitant: ob. cit., p. 886.

¹⁴⁵ Serrano Alonso: ob. cit., p. 144.

¹⁴⁶ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 4.

¹⁴⁷ Magallón Ibarra: ob. cit., p. 77. Véase también: Ramírez: ob. cit., p. 339, indica el autor que la ausencia, como institución jurídica con reglas propias, fue obra de la Revolución francesa. Durante las incesantes guerras de aquella época, es decir, desde 1792, el número de ausentes era considerable. Entonces no había los medios de comunicación que hoy se tienen, y la guerra que Francia sostenía con casi toda Europa, impedía, es natural, que entre Francia y otros países existieran buenas relaciones. Con frecuencia se ignoraba la suerte de quienes habían salido de Francia, no volvían y no se tenía noticias de ellos ¿Debían considerarse vivos o muertos? Fue el problema que se le presentó al Legislador francés, quien tenía que resolverlo atendiendo a los intereses del desaparecido y también de quienes tenían derecho de sucesión respecto de éste. De allí pasa la institución al Derecho Italiano y de éste a nosotros; La Roche: ob. cit., pp. 301-302, señala que la institución de la ausencia no se apreció en el Derecho romano ni en la antigua legislación española, pero que es quizás en Francia, donde aparecen normas pertinentes a la institución de la ausencia, con sucesivas reglamentaciones hasta la promulgación del Código Napoleón, que son el resultado del acaecimiento de accidentes y sucesos (derrumbes, inundaciones explosiones, guerras, etc.).

Se aprecia así que, aun cuando sustancialmente el fenómeno fáctico de la ausencia es de vieja data, su regulación detallada es relativamente reciente en el curso de la historia jurídica y coincide con el Código Napoleón. Dicho Código sustantivo, que inspiró el sistema romano-francés, tomó en cuenta la figura en estudio, dadas las desapariciones constantes de algunas personas por las circunstancias de la época.

Así, la desaparición de las personas sin posibilidad de encontrar los cadáveres impedía extender las correspondientes partidas de defunción. De Francia se extendió al resto de Europa y a nuestro Continente¹⁵⁰. Los intereses del ausente y de los terceros interesados (cónyuge, hijos, acreedores) reclamaban la intervención del Legislador¹⁵¹. Fue así, como el Código Napoleón, innovando sobre sus precedentes, creó la regulación de la ausencia de la persona¹⁵². Se admite entonces que el Derecho francés tiene una gran influencia en la formación histórica del instituto de la ausencia, al punto que cuando se habla de ella en el Derecho Germánico, es a los textos franceses a los que se tiene que acudir¹⁵³. El Código francés de 1804 distinguía tres fases sucesivas de la ausencia¹⁵⁴. Actualmente, la ausencia para la mayoría de las legislaciones produce efectos¹⁵⁵.

¹⁴⁸ Valverde y Valverde, Calixto: **Tratado de Derecho Civil Español**. T. I. 4ª, Talleres Tipográficos "Cuesta". Valladolid, 1935, p. 353.

¹⁴⁹ Ogáyar y Ayllón: ob. cit., p. 3.

¹⁵⁰ La Roche: ob. cit., pp. 301-302. En cuanto a Venezuela, indica el autor, esta institución fue objeto de mucho debate en el seno de ambas Cámaras Legislativas.

¹⁵¹ Magallón Ibarra: ob. cit., p. 78.

¹⁵² Llambías: ob. cit., p. 590, agrega que sin relacionarla con la posible muerte de ella, pues distingue, la presunción de ausencia, la declaración de ausencia y la posesión definitiva, pero sin superar la incertidumbre respecto a la existencia del sujeto. Pues por largo que sea el tiempo, la legislación francesa deja la duda sobre la vida del ausente. Señala el autor que el derecho francés ignoró la declaración de fallecimiento del Derecho Germánico (ibíd., pp. 590-591). Es de señalar, que el sistema venezolano sigue la misma orientación que el francés, pues igualmente deja subsistente la posibilidad de que el ausente regrese.

¹⁵³ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 23.

¹⁵⁴ Véase: Serrano y Serrano: ob. cit., pp. 23-31.

¹⁵⁵ Ogáyar y Ayllón: ob. cit., p. 4. Véase también: Orgaz: ob. cit., p. 54, todas las legislaciones contemplan esta institución.

La institución de la ausencia se aprecia en nuestro ordenamiento sustantivo desde nuestro primer Código Civil de 1862 aunque en dicho texto no se consagró la presunción de ausencia¹⁵⁶. El segundo Código Civil venezolano de 1867 incluye la “presunción de ausencia”¹⁵⁷, la declaración de ausencia y presunción de muerte que se mantienen sustancialmente en los Códigos siguientes¹⁵⁸ a pesar de la variación de los períodos de cada fase, que se reducen progresivamente¹⁵⁹. A partir del Código de 1916¹⁶⁰ se distingue expresamente la

¹⁵⁶ Véase: Libro Primero, Título II, Lei II, sección II, artículo 3, “Si un individuo abandona su domicilio sin dejar quien lo represente, y además han transcurrido diez años después de las últimas noticias recibidas de él, sus herederos pueden presentarse ante el Tribunal del último domicilio del ausente, solicitando que se declare la ausencia; y el mismo derecho corresponde a todos aquellos que tengan acciones que ejercer en caso de muerte del ausente; mas no pueden hacer uso de ese derecho, sino contradictoriamente con los legitimarios”. La declaración de ausencia abarcaba la sección II “De la ausencia” (artículos 3 al 11) en tanto la sección III trata de la “presunción de muerte por desaparecimiento” (artículos 12 al 17). Esta última etapa requería el transcurso de treinta años desde las últimas noticias. Véase también: Libro Primero, Título XII, sección IV, Lei IX, “De las curadurías de bienes”, artículos 1 al 17. El artículo 1 indicaba: “En general, ha lugar al nombramiento de curador de los bienes de una persona ausente cuando se reúnen las circunstancias siguientes: 1° Que no se sabe de su paradero, o que a los menos ha dejado de estar en comunicación con los suyos, originándose de la falta de comunicación perjuicios graves al mismo ausente o a terceros. 2° Que no ha constituido apoderado, o sólo le ha constituido para cosas o negocios especiales”.

¹⁵⁷ Que se mantiene en el Código Civil de 1873 sustancialmente en los mismos términos que en el Código vigente.

¹⁵⁸ Véase: Código Civil de 1867, artículos 263 al 282; Código Civil de 1873, artículos 29 al 55; Código Civil de 1880, artículos 28 al 56; Código Civil de 1896, artículos 28 al 56; Código Civil de 1904, artículos 28 al 56.

¹⁵⁹ En el Código Civil de 1867 para la declaración de ausencia se reduce el plazo a cuatro años desde las últimas noticias si dejó mandatario o diez si no dejó, respecto a la tercera etapa no se aprecian modificaciones (artículos 263 y ss.); El Código Civil de 1873 mantiene el plazo de cuatro años desde las últimas noticias si dejó mandatario pero reduce a ocho si no dejó mandatario para la declaración de ausencia, en tanto que el transcurso de treinta años se cuenta desde la posesión provisional y no desde las últimas noticias y el transcurso de cien años desde el nacimiento del ausente (artículos 29 y ss.); 1880, 1896 y 1904 no se aprecian cambios sustanciales; el Código Civil de 1916 reduce a tres y seis años el lapso para la declaración de ausencia si ha dejado o no mandatario, respectivamente; el Código Civil de 1922 no prevé modificación.

“ausencia” de la “no presencia”¹⁶¹ aun cuando desde Código Civil de 1873 esta última fue prevista denominándola simplemente “ausencia”¹⁶², y posteriormente, el Código Civil de 1942 incorpora el régimen especial de la presunción de muerte por accidente¹⁶³ que tiene lugar en caso de siniestro. La Reforma del Código Civil de 1982 no afectó dicha institución.

Indica Morello que “la institución de la ausencia ha sido calificada como de <rama anacrónica de los códigos>, afirmación que parece indicar que el legislador no debiera ocuparse de ella con la prolijidad con que lo hizo en el siglo pasado. Sin embargo, es de señalar que nuevos factores, antes desconocidos, o que no llegaban a pesar con la relevancia con que lo hacen en los días que corren, han tenido por efecto el que se produjera una revisión universal en su estructuración normativa, con la consecuencia de la revitalización de la institución. Es fácil prever la enorme trascendencia que trae la declaración de muerte presunta no sólo en el ámbito de los derechos personales y patrimoniales de la persona así declarada, sino en el de sus derechos familiares”¹⁶⁴. Se afirma entonces que el contenido de la ausencia se refiere a la persona del ausente, las relaciones patrimoniales y el patrimonio de éste¹⁶⁵.

Así pues, aun cuando la regulación específica de la ausencia es relativamente reciente en el curso de la evolución jurídica, porque encuentra consagración específica en la época de la codificación, y cobró especial interés en tiempos bélicos y de catástrofes, su vigencia sigue siendo incuestionable¹⁶⁶. Esto porque, al

¹⁶⁰ Código Civil de 1916, artículos 31 al 59; Código Civil de 1922, artículos 31 al 59; Código Civil de 1942, artículos 417 al 444.

¹⁶¹ Véase *supra* N° 2.2.

¹⁶² Véase: Código Civil de 1873, artículos 29 y ss.

¹⁶³ Véase Código Civil de 1942, artículos 438 al 440. Véase también: La Roche: ob. cit., pp. 301-302, se incorporó al Código de 1942 todo lo relativo a la presunción de muerte por accidente; Hung Vaillant: ob. cit., p. 460, el supuesto de la presunción de muerte por accidente data en nuestro Código Civil desde 1942.

¹⁶⁴ Morello: **Declaración...**, pp. 12-13.

¹⁶⁵ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 2.

¹⁶⁶ Véase: De Belaúnde L. De R.: ob. cit., p. 61, indica que “resulta evidente que más allá de la temática generada por un contexto bélico, estas situaciones se producen en la vida cotidiana de los pueblos”.

margen de la existencia de tiempos de guerra, siempre existirán siniestros o catástrofes, o a todo evento la situación excepcional pero posible de quien desaparece sin dejar cuenta de su destino y respecto de quien no se pueda probar a ciencia cierta su muerte. De allí que, aunque el presente procedimiento no sea tan frecuente como otros¹⁶⁷, su incidencia no debe ser desestimada¹⁶⁸. Amén de que posiblemente existen un considerable número de desapariciones no declaradas judicialmente.

Modernamente, las noticias y comunicación tienen lugar de una forma rápida y eficiente que no acontecía en épocas de antaño¹⁶⁹. Sin embargo, aunque se concluya que en la actualidad quien no se comunica es porque le ocurrió algo anormal o simplemente porque no lo desea, la regulación legal de la ausencia seguirá siendo importante en casos de desaparición, al margen de las consideraciones que rodeen la misma. Esto último respecto a la relevancia que presenta el régimen ordinario de la ausencia, pues ciertamente, el régimen especial en caso de siniestro, seguirá teniendo mayor trascendencia práctica no obstante los avances de las comunicaciones; en el caso venezolano, lamentables acontecimientos, como la tragedia de Vargas de 1999, la de Tacoa que tuvo lugar en la década de los ochenta, o los recurrentes siniestros con avionetas y embarcaciones, son prueba evidente de ello. Los siniestros no son tan excepcionales¹⁷⁰ como la desaparición en condiciones ordinarias, por lo que el estudio del instituto bien puede revestir trascendencia práctica.

¹⁶⁷ Véase *infra* N° 7, opiniones de algunos jueces del Área Metropolitana de Caracas reseñando su escasa incidencia práctica.

¹⁶⁸ Véase interesante estudio de campo respecto a la institución en el Derecho peruano en: De Belaúnde L. De R.: ob. cit., pp. 63-68. El autor se pregunta sobre el número de casos en un tercio de los Juzgados de Lima entre 1985, 1986 y 1987 y llegó a la conclusión que en esos tres años solo se encontró dos curatelas por desaparición, 14 solicitudes de declaración de ausencia y 24 de muerte presunta, para un total de 40 causas relacionadas con la institución (ibíd., p. 63). El autor, no obstante, indica que llama la atención su escasez en un contexto social en el cual organizaciones vinculadas a la defensa de derechos humanos dan cuenta de un número importante de desapariciones (ibíd., p. 64).

¹⁶⁹ Marín Pérez: ob. cit., p. 95.

¹⁷⁰ Véase: Opinión de Salvador Yannuzzi (consulta electrónica de 24-02-2012): “Pienso que en la práctica es más común de lo que se piensa, y los ejemplos son los siguientes: El deslave de Vargas (1999), que conllevó a que desaparecieron cientos de personas. En la Isla de Margarita, se presenta (lamentablemente) con alguna regularidad, por los pescadores.

3.3. Naturaleza jurídica

3.3.1. De la institución

No hay unanimidad de opiniones entre los autores respecto a la consideración dogmática y sistemática de la ausencia¹⁷¹: el instituto ocupa un lugar indefinido¹⁷², una figura especial, *sui generis* o, más bien, con características propias.

Algunos la conceptúan como un aspecto de la relación de la persona con un lugar del espacio, o lo que es igual, el aspecto negativo de la relación con la sede jurídica de la persona¹⁷³; ven así la ausencia como un instituto asociado en forma considerable con la sede jurídica¹⁷⁴, pues relacionándolo en un sentido negativo,

Sin embargo, en la mayoría de los casos por no tener bienes de fortuna, no intentan el procedimiento debido a los costos que implica, y a la poca utilidad práctica. Normalmente son personas de poca capacidad económica, y los problemas que se presentan por razones de familia (patria potestad, tutela) los resuelven de manera práctica hasta que el párvulo llega a la mayoría de edad. En caso de estar casado y la cónyuge quiera rehacer su vida sentimental, lo solucionan mediante el concubinato. Supongo que en otras zonas pesqueras, tanto marítimas como fluviales debe presentarse el mismo problema”.

¹⁷¹ Véase: Castán Tobeñas: ob. cit., p. 177. Véase sobre la naturaleza jurídica de la ausencia: Serrano y Serrano: ob. cit., pp. 83-104.

¹⁷² González y Martínez, Jerónimo: **Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil**. T. III. Ministerio de Justicia. Madrid, 1948, p. 421.

¹⁷³ Véase: Coviello, Nicolás: **Doctrina General del Derecho Civil**. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. México, 1949, p. 200, mientras el domicilio, la residencia y el paradero constituyen una relación positiva con la persona y un lugar; la ausencia constituye una relación negativa, pues supone la falta de presencia en el domicilio o residencia. Véase también: García Amigo, Manuel: **Instituciones de Derecho Civil**. Editoriales de Derechos Reunidas, S.A. Madrid, 1979, p. 342, el domicilio y la persona conforman una relación positiva y la ausencia una relativa con el lugar; Binstock: ob. cit., pp. 12-13; Ramírez: ob. cit., p. 339.

¹⁷⁴ Véase: Moreno Quesada, Bernardo y otros: **Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona**. 2ª, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004, p. 134; Soto Álvarez, Clemente: **Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil**. 3ª, Limusa Noriega Editores. México, 1998, p. 134, el tema de la ausencia debería tratarse en el “domicilio”.

ausente es quien ha desaparecido de este último atributo territorial¹⁷⁵. Pero la circunstancia de la desaparición de la sede jurídica acompañada de la carencia de noticia, no nos permite acercarnos a la naturaleza técnica de la figura.

Otros consideran la ausencia como un modo de extinción presuntivo de la personalidad¹⁷⁶ así como prescripción presuntiva de la personalidad¹⁷⁷; posición que pareciera proyectarse inclusive entre quienes impropiamente sostienen que con ella opera la apertura de la sucesión (no obstante que ésta solo se abre con la muerte)¹⁷⁸. Sin embargo, ello no se compadece con el sistema adoptado por la tradición francesa (seguido por nuestro Legislador) puesto que la única forma de extinción de la personalidad es la “muerte”, siendo que sus efectos en el ordenamiento venezolano aunque para algunos sutiles, no se asimilan al régimen en estudio.

Algunos la consideran como una incapacidad de hecho por la imposibilidad en que se encuentra el ausente de ejercer personalmente los actos de la vida civil¹⁷⁹, o con formula más parecida, como una circunstancia modificativa de

¹⁷⁵ Sin embargo, a ello hay que sumarle necesariamente la ausencia de noticias que propician la incertidumbre sobre la existencia.

¹⁷⁶ Véase: Serrano y Serrano: ob. cit., pp. 95-98, indica que Fadda y Bensa, para defender esta tesis sostienen que durante el período de la presunción de ausencia se nombra un representante del ausente porque se le presume vivo, a diferencia de los períodos posteriores donde tiene lugar la posesión de los bienes del ausente porque prevalece la presunción de muerte con relativa intensidad (ibíd., p. 95).

¹⁷⁷ Véase: ibíd., pp. 98-99. Indica el autor que esta doctrina tiene su origen histórico y supone una reacción contra el exagerado tiempo legal de probabilidad de vida que deriva de la Glosa *liquerit* a D.29,3,2,4. A esta tendencia, que procede de Silesia, se le ocurrió aplicar a la vida el plazo de treinta años de la prescripción extraordinaria desde las últimas noticias recibidas. Posteriormente, Tamassia se refirió a la ausencia como un modo de prescripción presuntiva de la personalidad. En contra de tal doctrina —agrega Serrano— cabe decir que las prescripciones presuntivas pertenecen a una época histórica fenecida y que, más aún, como argumento para repudiar esta doctrina, es que repugna aplicar a la personalidad la idea de prescripción, siquiera presuntiva.

¹⁷⁸ Véase *infra* N° 4.

¹⁷⁹ Véase señalando que la figura en estudio guarda cierta relación con los regímenes de incapaces: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito

la capacidad de obrar (Sánchez Román y Ogáyar)¹⁸⁰. Pero aclara acertadamente Castán, siguiendo a Puig, que el ausente puede ser capaz donde se encuentre aunque no puede ejercer ciertos derechos de momento, por lo que se determina un estado civil especial que provoca a su vez la necesidad de una institución civil supletoria¹⁸¹. De lo que cabe hacernos eco de quienes consideran que, efectivamente, la ausencia no constituye una causa modificativa de la capacidad de obrar, pues es cierto que el ausente podrá ser plenamente capaz en el lugar donde se encuentre; su previsión está dirigida más que en su protección que es el fundamento que generalmente ampara la incapacidad de obrar, a la protección de los intereses de terceros asociados a los negocios e intereses vinculados a su última sede jurídica. Y prueba de ello es que la ausencia cesa *ipso facto* con el retorno de quien fuera ausente.

Para Magallón Ibarra, esta institución tiene también como fondo básico la sanción que resulta del abandono de los derechos¹⁸². La sanción apuntaría a la idea de la desaparición voluntaria, que bien pudiera tener aplicación; pero el sentido general de la ausencia escapa a la idea de sanción y se proyecta

de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 27-03-2006, citada *supra*: “En ese orden de ideas, debe señalarse que las dos instituciones antes indicadas, guardan cierta semejanza entre sí y pueden vincularse a los denominados regímenes de incapaces en cuanto a que se debe proveer con respecto a la protección de personas que no pueden hacerlo por sí mismas, ya que dichos regímenes están destinados a proteger a las personas que no pueden obrar por sí mismas, por razones que resultan ajenas a las que determinan incapacidades negativas”.

¹⁸⁰ Véase: García Amigo: ob. cit., p. 347, la ausencia produce una incapacidad fáctica de obrar. Véase también: Laurent, F.: **Principios de Derecho Civil**. T. II. 2ª, Editor J. B. Gutiérrez. Puebla, 1912, p. 162, hay analogía entre ausencia e incapacidad porque no pueden administrar sus bienes. Véase: Serrano y Serrano: ob. cit., pp. 93-95, reseña los autores que ubican la ausencia como causa modificativa de la capacidad de obrar y cita a Sánchez Román, Valverde y De Buen, así como la Ley Hipotecaria española. Sin embargo, acota el autor que tal idea era abandonada con anterioridad a la ley de ausencia por Burón y el propio De Buen, pues en definitiva debe reconocerse la capacidad del ausente allí donde se encuentre.

¹⁸¹ Castán Tobeñas: ob. cit., p. 177. Véase en el mismo sentido: Magallón Ibarra: ob. cit., p. 76; Serrano y Serrano: ob. cit., p. 95.

¹⁸² Magallón Ibarra: ob. cit., p. 78.

como una solución para quienes deben ver resueltos los asuntos o relaciones que dependían del ausente. Más que una “sanción” constituye una solución para los herederos e interesados vinculados al desaparecido.

Como dato curioso, otros en una suerte de sentido figurado, la ubican como un modo de suspensión artificial de la existencia¹⁸³. Expresión creativa pero que tampoco abona mucho a la ubicación de la naturaleza jurídica de la ausencia, toda vez que la existencia legal del ausente no se paraliza propiamente, porque no se llega a un punto asimilable a la muerte y posiblemente el sujeto siga existiendo, simplemente se provee a los intereses patrimoniales del ausente, con mayor proyección a los interesados.

Ciertos autores opinan que la ausencia constituye un “estado civil” de la persona de quien se duda si vive¹⁸⁴. En efecto, un sector de la doctrina considera que se trata de un estado civil que repercute en las relaciones jurídicas personales y patrimoniales del ausente¹⁸⁵. Idea en parte válida si se considera el concepto amplísimo o, en su defecto amplio, de estado civil como: el conjunto de condiciones o cualidades del cual se desprenden efectos jurídicos en tres ámbitos —frente al Estado (*civitatis*), la familia (*familiae*) y la persona considerada en sí misma (*personae*)—¹⁸⁶. De seguirse tal orientación, la condición

¹⁸³ Véase: Garces Holguin, Julián Alberto y Pérez Gaviria, Juan David: **La Suspensión Artificial de la Vida y el Derecho**. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1972, refieren como supuestos de suspensión artificial de la vida: ciertas enfermedades, la ausencia, programas espaciales.

¹⁸⁴ Serrano y Serrano: ob. cit., pp. 1 y 99-104. Véase también: Martínez Martínez: “La ausencia y efectos de la filiación (artículos 43 a 59)”. La ausencia, en su opinión, pese a la relación enumerada por el artículo 325 del Código Civil, debe ser concebida como un “estado civil”, en el que se encuentra aquella persona que ha desaparecido de su domicilio.

¹⁸⁵ Aguilar Benítez y otros: ob. cit., p. 81, citan, entre estos autores, a Puig Peña, Serrano y Serrano, Castán Vázquez, Miaja de Muela y Valverde.

¹⁸⁶ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: “El Estado Civil”. En: **Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona**. T. I. Tribunal Supremo de Justicia. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, 2002, pp. 368 y 371-381; Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, pp. 202-209.

o cualidad de “ausente” se ubicaría dentro del *status personae*, por constituir una cualidad de la que la ley desprende importantes efectos¹⁸⁷.

Por nuestra parte, creemos que aun cuando la ausencia pueda incluirse dentro de un concepto amplio de estado civil, específicamente en el estado personal, porque ciertamente de la misma se derivan “efectos jurídicos” (idea que marca la definición de “estado civil”), su ubicación dentro de tal tema no resulta satisfactoria para explicar la naturaleza compleja de la institución. Es de recordar que una de las críticas que se le formula al concepto amplísimo (y que puede extenderse al amplio) del estado civil, es que como su denominación lo denota, peca por exceso, pues muchas son las cualidades a las que ley le concede diversos efectos jurídicos¹⁸⁸. Tantas son las circunstancias a la que ley le atribuye consecuencias jurídicas que la situación del ausente desde una perspectiva constituiría sólo una más, que a su vez no tendría por qué variar o alterar sustancialmente otras cualidades del estado civil donde quiera que se encuentre el ausente. De allí que se diga que no es pacífica la tesis de que la ausencia constituya un estado civil, y la afirmación que lo sostiene deba matizarse, ya que “realmente la persona, aunque esté ausente, sigue teniendo su anterior estado (si éste no varió por otras razones) y si vive en el lugar donde se encuentre sigue disfrutando de la capacidad que antes tenía”¹⁸⁹. Crítica esta última semejante a la consideración de que el ausente sería una suerte de incapaz, toda vez que podrá conservar su capacidad de obrar donde se encuentre.

¹⁸⁷ Tales como la partición provisional de los bienes, la liberación provisional de las deudas, la exclusión del ejercicio en lo que respecta a la patria potestad.

¹⁸⁸ Véase: Domínguez Guillén: “El estado civil”, pp. 366-368; Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, pp. 196-209.

¹⁸⁹ Véase: Lete del Río: ob. cit., pp. 169-170, el autor sigue la opinión de Albaladejo. Como partidarios de la doctrina tradicional que consideraba la ausencia un estado civil cita a Sánchez Román, Valverde y De Buen (ibid., p. 169). Véase también: Martínez Martínez: “La ausencia y efectos de la filiación (artículos 43 a 59)”, “Sin embargo, independientemente de donde se encuentre el desaparecido, si está vivo y es capaz, podrá realizar negocios jurídicos que repercutirán sobre su patrimonio, afectando, p. ej., a los derechos de sus herederos”.

En efecto, algunos acotan que la ausencia no constituye un estado civil, ni afecta la capacidad del sujeto¹⁹⁰. Los cambios que pueda sufrir en su capacidad o en su estado civil son irrelevantes en el orden de su patrimonio o situaciones familiares (por ejemplo, aun fallecido el sujeto —pero desconocida dicha muerte— se mantiene artificialmente la unidad de su patrimonio, etc.) dado que la duda sobre la existencia del individuo exige el mantenimiento de ese *status* artificial¹⁹¹.

El ausente no ve limitada su capacidad de obrar¹⁹², aunque algunos se refieran al ausente como una categoría de los incapaces negociales¹⁹³. En efecto, pensamos, que la ausencia es ajena al tema de la capacidad¹⁹⁴, por cuanto el ausente puede ser plenamente capaz donde se encuentre y el régimen o procedimiento de ausencia no tiende a subsanar una incapacidad sino un problema fáctico en cuanto al destino de las relaciones de quien se duda de su existencia. De allí que el nombramiento de un representante o administrador en la primera fase (presunción de ausencia)¹⁹⁵ no tiene el mismo sentido que el representante del incapaz. Este último subsana una incapacidad de obrar, mientras que el representante del presunto ausente simplemente provee a la administración de los bienes de éste en su primera fase, ante la incertidumbre sobre la existencia del sujeto. Por otra parte, la idea de protección, característica de la mayoría de los regímenes de incapaces (salvo la interdicción legal), solo está de alguna

¹⁹⁰ Véase: O'Callaghan, Xavier: **Compendio de Derecho Civil. Parte General**. T. I. 3ª, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1997, no es aceptable que la ausencia sea un estado civil, porque donde el ausente esté conserva su estado.

¹⁹¹ La Roche: ob. cit., p. 306. Véase en el mismo sentido: Carrasco Perera: ob. cit., p. 140, la ausencia no modifica en lo absoluto la capacidad de obrar de la persona ni por consiguiente, implica un cambio de su ámbito de poder y responsabilidad. No se trata por tanto, de un estado civil.

¹⁹² Ogáyar y Ayllón: ob. cit., p. 11.

¹⁹³ Véase: Abelenda, César Augusto: **Derecho Civil. Parte General**. T. I. Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L. Buenos Aires, 1980, p. 367.

¹⁹⁴ De allí que la doctrina que consideraba la ausencia como una causa modificativa de la capacidad de obrar fue abandonada (véase: Lete del Río: ob. cit., p. 169). El ausente no es incapaz (Naranjo Ochoa: ob. cit., p. 222).

¹⁹⁵ Véase artículo 419 del Código Civil.

manera presente en la primera fase del procedimiento, a saber, en la “presunción de ausencia”¹⁹⁶. Y aun así, bien se pudiera admitir que dicha fase surte simplemente un efecto preparatorio de la siguiente, a saber, la declaración de ausencia para quienes la consideren necesaria; aunque hay quienes vemos esa primera fase perfectamente prescindible.

Finalmente, en el Derecho venezolano, la ausencia ni siquiera en su último estado o fase, a saber, la presunción de muerte o inclusive en el régimen especial de presunción de muerte por accidente, constituye un modo extintivo de la personalidad, pues en nuestro ordenamiento la única forma de extinción de la personalidad jurídica del ser humano es la “muerte”. Esto porque, ante la incertidumbre sigue subsistiendo en la figura en estudio la posibilidad que el ausente regrese¹⁹⁷. La muerte tiene carácter irreversible y contrariamente la ausencia presenta un carácter no definitivo. Algunos consideran que los efectos de la ausencia son similares a los de la muerte o refieren que a raíz de aquella el Derecho presume la muerte de la persona¹⁹⁸, pero en esencia en nuestro ordenamiento la ausencia no se asimila a la muerte. Esta última, sin dudas, constituye la única forma de extinción de la personalidad humana en el Derecho venezolano vigente¹⁹⁹. Refiere en este sentido Aguilar Gorrondona que en otros ordenamientos se llega incluso hasta la muerte declarada, pero ello no es posible

¹⁹⁶ Según veremos *infra* N° 4.2.1., se discute si dicha fase precisa ser declarada judicialmente para acceder a la siguiente; somos del criterio que no se precisa declaración judicial de presunción de ausencia para acceder a la fase de “declaración de ausencia” siempre que se le acrediten al Juzgador los presupuestos necesarios, amén de que pudo no precisarse representante o administrador de los bienes del presunto ausente.

¹⁹⁷ Véase: Magallón Ibarra: ob. cit., p. 78, “Sin embargo, no se puede tener nunca al ausente realmente por muerto mientras no se tiene la certidumbre de ello. Por esta misma razón, nunca se descarta la posibilidad de que el mismo reaparezca”; Lete del Río: ob. cit., p. 182, la declaración de fallecimiento no se identifica plenamente con la inscripción de defunción, ya que cabe la posibilidad de que el declarado fallecido reaparezca.

¹⁹⁸ Véase: Ghersi: ob. cit., p. 163, “Si bien el punto culminante de la existencia del individuo es la comprobación de su muerte, en determinadas circunstancias, el derecho, sobre la base de su poder de abstracción y teniendo en cuenta la seguridad jurídica y el tráfico de bienes y servicios, presume la muerte del ser humano”.

¹⁹⁹ En efecto, reiteraremos a lo largo de nuestro estudio que la única y exclusiva forma de culminación de la subjetividad humana es la “muerte”.

en nuestro derecho porque los efectos de la muerte presunta no se equiparan a la muerte propiamente dicha²⁰⁰. No prevé la ley un tiempo a partir del cual se considere fallecido el sujeto luego de la presunción de muerte (última fase de la ausencia), lo que no deja de ser una inconsecuencia²⁰¹.

Albaladejo indica acertadamente que la ausencia no constituye un estado civil ni una causa modificativa de la capacidad, porque el sujeto, aunque esté ausente, continúa teniendo su anterior estado, y si vive sigue disfrutando de su capacidad donde se encuentre; la ausencia entonces repercute para el autor, en las relaciones de la persona, produciendo una desconexión entre el sujeto y el círculo jurídico en que se desenvolvía²⁰². Supone una ruptura de hecho entre el individuo y el medio social al que pertenece²⁰³.

Se indica así que para un sector doctrinario mayoritario, la ausencia no constituye un estado civil sino una “situación jurídica” en la que deben adoptarse una serie de medidas de protección a los intereses y bienes del ausente y su relación con sus herederos; postura que tiene el acierto en fijarse en la repercusión que produce la situación en las relaciones del ausente dada la desconexión²⁰⁴. Así concluye acertadamente Lete del Río —luego de descartar que la ausencia constituya un estado civil o una causa modificativa de la capacidad de obrar—, que “la declaración de ausencia actúa, al menos de un modo reflejo, sobre la capacidad de obrar de la persona, por lo que quizá debe hablarse de situación jurídica especial”²⁰⁵.

²⁰⁰ Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 428.

²⁰¹ Alguien decía irónicamente que el ausente desde su perspectiva tenía una suerte de vida eterna para el Derecho.

²⁰² Albaladejo: ob. cit., p. 347. Agrega el autor que los cambios del estado civil que en vida sufra el ausente, son en principio irrelevantes en orden a aquel patrimonio o situaciones familiares, hasta el extremo que si realmente murió, resultan mantenidas artificialmente con base en la duda sobre su existencia una serie de situaciones.

²⁰³ Naranjo Ochoa: ob. cit., p. 222.

²⁰⁴ Aguilar Benítez y otros: ob. cit., p. 81. Véase avalando la tesis de la desconexión (entre la persona y su patrimonio), sin constituir modificación de capacidad o estado civil: Lacruz Berdejo y otros: ob. cit., p. 201.

²⁰⁵ Lete del Río: ob. cit., p. 170. Véase en el mismo sentido: Bonnecase: ob. cit., p. 136, el derecho toma en consideración la ausencia, organizándola en situación jurídica.

Ciertamente, existen relaciones de derecho que no encuadran en las instituciones preexistentes porque cualquier comparación no responde en su esencia, al verdadero sentido de la figura estudiada. Ese es el caso de la ausencia, que constituye una institución particular o especial que simplemente tiende a satisfacer la protección de los intereses del ausente y mayormente de los terceros mientras dure la incertidumbre sobre la existencia.

Por nuestra parte, pensamos entonces que, aunque desde un punto de vista amplio la ausencia podría incluirse dentro de la noción de estado civil, pues una noción amplísima de éste incluye cualquier condición de la que derivan efectos jurídicos, su naturaleza jurídica particular ciertamente rebasa este tema (toda vez que múltiples son las instituciones particulares con naturaleza propia incluidas en la noción de estado civil, tales como filiación o matrimonio) para darle un sentido propio que no encuadra a cabalidad en ninguno de los tópicos estudiados en la materia de Derecho Civil I (Personas), y de allí que constituya un tema autónomo y especial, separado de otros tantos como la muerte, los regímenes de incapaces y el estado civil.

Se trata así la ausencia de una institución especial o particular que no se asimila propiamente ni a la muerte porque no existe certidumbre sobre la inexistencia jurídica de la persona natural, ni a la incapacidad de obrar porque el ausente puede ser capaz donde quiera que esté. Tampoco logra explicarse cabalmente el instituto de la ausencia con la simplicidad que arroja el tema del estado civil que incluyen múltiples cualidades al margen de su naturaleza. Se trata de una figura particular, con características propias que la distinguen y diferencian de otros temas afines, con los que si bien comparte semejanzas, presenta divergencias sustanciales que se hacen evidentes al profundizar en el estudio de la materia. El Derecho entonces debe proveer a darle efectos jurídicos a la incertidumbre sobre la existencia del sujeto natural en condiciones especiales y diferentes a otras instituciones jurídicas.

Precisamente, en razón de acercarse a temas que se estudian en la asignatura de Derecho Civil I (Personas), pero no coincidir propiamente con ninguno de éstos, sino presentar una naturaleza propia, es que constituye curiosamente el

último tema de estudio del programa de la asignatura, proyectando así su especial naturaleza. Al efecto indicamos luego de pasearnos brevemente por su naturaleza: “Se trata de una institución particular con efectos propios y de allí su ubicación en el *pensum* de estudios”²⁰⁶.

Dada su vinculación con la materia del Derecho de la persona, la figura de la ausencia suele relacionarse con temas como el estado civil, la capacidad y la existencia de la persona natural. Ello, a pesar de no tratarse la misma, ni de un régimen de incapacidad, ni de una forma de extinción de la personalidad, ni ser el estado civil el tópico que mejor logra explicar su naturaleza. Pero al considerarse cercanas —aunque no asimilables— a todas estas materias²⁰⁷ a pesar de su especialidad, la ley aplicable en nuestro ordenamiento sería el derecho del domicilio del ausente de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Derecho Internacional Privado²⁰⁸, entendiéndolo por residencia habitual²⁰⁹, únicamente desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado venezolano, a diferencia del concepto que prevé el artículo 27 del Código Civil²¹⁰. Esto pues, se ha indicado que en esta materia se recomienda la aplicación de la ley personal del ausente²¹¹, y así lo prevé expresamente el Código Bustamante²¹².

²⁰⁶ Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, p. 465.

²⁰⁷ Aguilar Benítez y otros: ob. cit., p. 83, lo relaciona con el estado y capacidad de las personas.

²⁰⁸ Que dispone: “La existencia, estado y capacidad de las personas se rigen por el Derecho de su domicilio” (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.511 del 06-08-1998). Recordemos que la ausencia supone precisamente la duda sobre la “existencia” jurídica del ser humano.

²⁰⁹ De conformidad con el artículo 11 *eiusdem*.

²¹⁰ Que ubica el domicilio general voluntario en el lugar donde se tiene el asiento principal de los negocios e intereses.

²¹¹ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 425. Véase sobre la declaración de fallecimiento en el Derecho Internacional Privado: *ibid.*, pp. 425-427.

²¹² Que dispone: artículo 78: “Las medidas provisionales en caso de ausencia, son de orden público internacional”; “Artículo 79. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, se designará la representación del presunto ausente de acuerdo con su ley personal”; “Artículo 80. La ley personal del ausente determina a quién compete la acción para pedir esa declaratoria y establece el orden y condiciones de los administradores”; “Artículo 81. El derecho local debe aplicarse para decidir cuándo se hace y

A propósito de la naturaleza jurídica del instituto, es de indicar, que a pesar de la importancia que puede tener la ausencia en la esfera personal y patrimonial del sujeto natural, en el Derecho venezolano, las características del procedimiento no permiten calificarlo como una materia de orden público. Ello no obstante algunas decisiones judiciales que incidentalmente afirman que se trata de un procedimiento de orden público²¹³.

Esto se aprecia en algunos elementos procesales de la figura, tales como que la legitimación activa está reservada a los herederos o interesados, pues a diferencia de otras legislaciones, no tiene tal legitimación el Ministerio Público y ni siquiera es necesaria su intervención²¹⁴.

Por otra parte, el procedimiento no puede ser iniciado de oficio sino a instancia de parte²¹⁵. Esto pues, como bien indica Ramírez, se debe a que los interesados son aquellos que persiguen un provecho inmediato y los herederos presuntos los que tienen un derecho eventual aunque no dejan de ser interesados²¹⁶.

surte efecto la declaración de ausencia y cuándo y cómo debe cesar la administración de los bienes del ausente, así como a la obligación y forma de rendir cuentas”; “Artículo 82. Todo lo que se refiera a la presunción de muerte del ausente y a sus derechos eventuales, se regula por su ley personal”; “Artículo 83. La declaración de ausencia o de su presunción, así como su cesación y la presunción de muerte del ausente, tienen eficacia extraterritorial, incluso en cuanto al nombramiento y facultades de los administradores” y artículo 181: “la rescisión de los contratos por incapacidad o ausencia, se determina por la ley personal de ausente o incapacitado”.

²¹³ Véase: Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño y del Adolescente, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira Sent. 26-01-2009, Exp. 1929, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/enero/1323-26-1929-.html>, “... La solicitud de ausencia es inherente al estado y capacidad de las personas y por tanto de orden público, siendo las normas que la regulan de estricta observancia y no relajables por los particulares”; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 08-08-2007, Exp. 26.504, citada *supra*, “... tiene interés el Estado...”.

²¹⁴ Véase *infra* N° 4.2.2.

²¹⁵ Véase *infra* N° 4.2.2. A diferencia del procedimiento de interdicción, según indica el artículo 395 del Código Civil.

²¹⁶ Ramírez: ob. cit., p. 341.

En efecto, como indicamos, se admite que el presente procedimiento en atención a su finalidad y naturaleza no es de orden público y que su segunda y tercera etapa existen básicamente en interés de los causahabientes²¹⁷, lo cual se hace evidente en el procedimiento de presunción de muerte por accidente que carece de la primera fase del régimen ordinario ante la improbabilidad de que regrese el ausente. Se trata de un procedimiento al que acuden los interesados, valga la redundancia, en su propio “interés”²¹⁸ y no propiamente en protección de ausente. De allí inclusive somos del criterio de que la primera fase del régimen ordinario no es estrictamente necesaria porque bien pudiera no ser requerido proteger los intereses del presunto ausente, aunque algunos pretenden imponerla como una fase necesariamente previa a la intermedia o “declaración de ausencia”.

El orden público²¹⁹ no está en juego en un proceso con proyección fundamentalmente patrimonial. El Estado no tiene interés en que los terceros asuman los bienes y derechos del ausente, pues éste, según indicamos, podrá ser plenamente capaz donde se encuentre. El único interés del Estado podría ser eventualmente la posibilidad de una herencia vacante²²⁰, caso en el cual tendría

²¹⁷ La primera etapa de “presunción de ausencia” es la que tiene por objeto preservar o conservar los bienes del presunto ausente; sin embargo, según veremos, la misma no es necesario declararla judicialmente a los fines de acceder a la segunda fase, a saber, la declaración de ausencia.

²¹⁸ Véase: Larenz: ob. cit., p. 118, existe un “interés jurídico” cuando de la declaración del fallecimiento del ausente dependan efectos jurídicos para el interesado.

²¹⁹ Noción que está presente en aquellas materias fundamentales para el Estado y la sociedad y, por tal, sustraída de la autonomía de la voluntad de los particulares de conformidad con el artículo 6 del Código Civil. Véase: Madrid Martínez, Claudia: “Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días”. En: **El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, pp. 371-399; Mejía Arnal, Luis Aquiles: **Comentarios a las disposiciones fundamentales del Código de Procedimiento Civil**. Ediciones Homero. Caracas, 2009, pp. 48-54. De Freitas De Gouveia, Edilia: “La autonomía de la voluntad en el derecho de la persona natural”. En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 1. Caracas, 2013, pp. 37 y ss.

²²⁰ Véase sobre la herencia yacente y posterior herencia vacante: Código Civil artículos 1060 al 1065; Domínguez Guillén, María Candelaria: **Manual de Derecho Sucesorio**.

facultad para actuar como legitimado activo, pero solo en atención a su particular o especial condición de sucesor.

Tales consideraciones nos conducen a concluir que no estamos en presencia de una materia de orden público, en atención a la esencia del procedimiento en interés de terceros que es lo que permite admitir la procedencia de ciertas figuras procesales características de procesos de interés privado, a pesar del matiz público de todo proceso²²¹. Y así se admite que la inactividad de los solicitantes produzca la perención de la instancia, esto es la extinción del proceso por la pasividad de las partes²²².

Mal podría el Estado sin ser posible sucesor sufragar los costos de un proceso que se justifica principalmente en interés de los herederos del ausente. Ello responde a la idea que existe la posibilidad de que el ausente viva y pretender un estado semejante a la muerte que propicie la partición definitiva tiene que suponer impulso procesal por parte de los respectivos legitimados. La misma idea es perfectamente extensible al “desistimiento”²²³ pues a fin de cuentas se trata de un proceso que ha de impulsar y sufragar el solicitante²²⁴. Se trata de

Edit. Texto. Caracas, 2010, pp. 260-273. Véase también *infra* N° 7, opinión del Juez Iván Escalona.

²²¹ En efecto, nos acotó acertadamente Fernando Martínez Riviello que todo proceso como expresión de la actividad jurisdiccional —en términos generales— siempre persigue satisfacer un “interés público”. Véase en este mismo sentido: Converset, Juan Manuel: **Poderes del juez en el proceso civil**. Enero-junio 2003, http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num12/art%2012/poderes%20del%20juez%20pro_civil.html, “En un Estado moderno es del interés público hacer Justicia”.

²²² Véase *infra* N° 4.1.2.

²²³ Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 26-01-2009, <http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2009/enero/723-26-21.085-.html>, “... visto que el objeto de la presente controversia versa sobre un juicio de declaración de ausencia, esto es, la presente causa no versa sobre derechos indisponibles, ni resulta contrario al orden público —elementos constitutivos de la capacidad objetiva— en razón de todo lo cual este... homologa el desistimiento”.

²²⁴ Véase sin embargo: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 08-08-2007,

un procedimiento de interés netamente privado y, por ende, no de orden público, lo que se traduce en la no intervención del Ministerio Público²²⁵. Adicionalmente, ello se asocia al efecto de la ausencia en nuestro sistema, en el cual no se asimila a la muerte. Mal se puede comparar el procedimiento bajo análisis con la “incapacitación” que tiene por principal interés la protección del presunto incapaz.

Si no se ha probado la muerte con las actas del estado civil se tiene por no ocurrida²²⁶. Comenta Carnelutti que la declaración de certeza sobre la existencia de una persona natural normalmente está destinada al ente administrativo mediante la correspondiente partida de defunción. Pero cuando desaparece una persona y tal declaración registral no es posible, la actividad administrativa debe ser sustituida por la actividad judicial, mediante el procedimiento de ausencia regulado en el Código Civil²²⁷. De allí, indica Serrano Alonso, que uno de los requisitos concurrentes para que la ausencia tenga relevancia jurídica, además de haber desaparecido de la sede jurídica y no tener noticias, es la “declaración judicial que acuerde la situación legal de ausencia”²²⁸.

La ausencia legal de una persona presupone una declaración judicial que así lo establezca, resultado de un procedimiento que se sigue al efecto²²⁹. La ausencia sólo produce efectos después de haber sido objeto de una verificación regular

Exp. 26.504, citada *supra*, “... Este Juzgado visto el desistimiento ejercido, negó la homologación del mismo, debido a que en el presente asunto no se permite desistir de la acción intentada cuando lo que se solicita es la declaración de presunción de muerte de una persona ausente, caso en el cual tiene interés el Estado, ordenándose al mismo tiempo la continuidad de la causa”.

²²⁵ Véase *infra* N° 7, opinión de los jueces Richard Rodríguez Blaise y Carlos Ortiz Flores.

²²⁶ De Ruggiero, Roberto: **Instituciones de Derecho Civil**. T. I. Instituto Editorial Reus. Madrid, s/f, p. 404.

²²⁷ Carnelutti, Francesco: **Instituciones del Proceso Civil**. T. III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1973, p. 273.

²²⁸ Serrano Alonso: ob. cit., p. 143.

²²⁹ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: **Sistema de Derecho Civil**. Vol. I. 9ª, Edit. Tecnos. Madrid, 1997, p. 282. Véase también: Bonnecase: ob. cit., p. 136, “la ausencia por sí sola, y por prolongada que sea, no prueba la defunción”.

por parte de la justicia²³⁰; supone el inicio de un trámite judicial²³¹. A pesar de que inicialmente la ausencia pueda ser calificada como una situación de hecho²³², posteriormente se convierte en una situación de derecho toda vez que precisa de declaratoria judicial²³³. De allí que se diga que dos causas contribuyen a hacer la institución poco frecuente: una de hecho, a saber, los medios de comunicación y otra jurisdiccional, pues la figura requiere de auto expreso²³⁴. Sólo con la declaración de ausencia, se monta el aparato representativo del ausente y el disfrute de la posesión temporal designado por la ley o por el Juez²³⁵.

De tal suerte que, aun cuando el procedimiento de ausencia tienda a constatar una situación de hecho preexistente, es evidente, a nuestro criterio, que salvo algunos efectos que operarán por la propia dinámica de las circunstancias²³⁶, la figura bajo estudio precisa, a los fines de desplegar efectos jurídicos sustanciales, de una sentencia judicial. Esto al menos en lo atinente a sus dos últimas etapas (declaración de ausencia y presunción de muerte)²³⁷, porque mal pudiera pretenderse la aplicación de los graves efectos que despliega sin un proceso jurisdiccional con las debidas garantías procedimentales. Por ello, nuestro interés en profundizar las incidencias procesales del tema en estudio.

²³⁰ Planiol y Ripert: ob. cit., p. 101.

²³¹ Alterini, Atilio Aníbal: **Derecho Privado**. 3ª, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1989, p. 169.

²³² Véase: Messineo, Francesco: **Manual de Derecho Civil y Comercial**. T. II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1954, p. 137.

²³³ Véase García Amigo: ob. cit., p. 345, la ausencia es un estado de derecho creado por la desaparición de la persona cuyo paradero se ignora y no se sabe si vive o ha muerto (Sentencia del Tribunal Supremo Español del 26-04-1901).

²³⁴ Josserand, Louis: **Derecho Civil**. T. I. Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1952, pp. 182-183.

²³⁵ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 91. Sin embargo, el autor se “inclina a mantener la necesidad de la declaración de ausencia”. Véase sobre tal planteamiento: ibíd., pp. 88-91.

²³⁶ Tales como la imposibilidad de cumplir ciertas relaciones personalísimas como las obligaciones conyugales. Así mismo, aun cuando la ausencia no sea judicialmente declarada, configura una situación fáctica o de hecho equivalente a una imposibilidad que se constituye igualmente como una “causa de exclusión del ejercicio de la patria potestad”.

²³⁷ Toda vez que según veremos *infra* N° 4.1.2. la primera fase de “presunción de ausencia” o “ausencia presunta” es perfectamente prescindible de declaratoria judicial.

3.3.2. Del procedimiento

Nuestro trabajo se titula “El procedimiento de ausencia” porque pretendemos pasearnos por los aspectos procesales de la ausencia, considerando obviamente para ello las fases de la misma. El procedimiento de ausencia, no obstante, configurarse como es natural en normas adjetivas, está regulado o previsto en nuestro Código sustantivo, esto es, en el Código Civil.

Ahora bien, nos preguntamos en este *item*, la naturaleza del procedimiento bajo estudio, a saber, si se trata de un procedimiento contencioso o contradictorio o si responderá más bien a un procedimiento de jurisdicción voluntaria, graciosa o no contenciosa. La profunda y discutida distinción entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa, nos alejaría sobremedida de nuestro tema central, pero a ella nos hemos referido detalladamente en otra oportunidad a propósito del procedimiento de incapacitación²³⁸.

Para algunos la denominada jurisdicción voluntaria no es una institución procesal auténtica, sino una figura administrativa que por razones de diversa índole se confía a los órganos judiciales²³⁹. En la jurisdicción voluntaria el litigio está ausente y es ajeno en principio a la idea de cosa juzgada²⁴⁰ aunque ésta es más bien un efecto de la jurisdicción, que de la naturaleza de las funciones, la cual no puede definirse por sus efectos²⁴¹; la jurisdicción contenciosa está marcada por la existencia de oposición de intereses no siendo determinante para algunos la función preventiva²⁴². En la jurisdicción no contenciosa,

²³⁸ Véase: Domínguez Guillén: **Ensayos...**, pp. 332 y ss.

²³⁹ Guasp, Jaime: **Derecho Procesal**. T. I. Institutos de Estudios Políticos. Madrid, 1977, p. 106. Véase en el mismo sentido: Micheli, Gian Antonio: **Derecho Procesal Civil**. T. IV. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1970, p. 8.

²⁴⁰ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto: **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso 1945-1972**. T. I. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1974, pp. 55-59. Véase en el mismo sentido sobre la ausencia de cosa juzgada: Ramos Méndez, Francisco: **Derecho y Proceso**. Librería Bosch. Barcelona, 1978, pp. 138-145.

²⁴¹ Ramos Méndez: ob. cit., pp. 140-143.

²⁴² Micheli: ob. cit., pp. 28 y 33, ha criticado esta posición, al indicar que atribuir al denominado procedimiento voluntario un fin genérico de prevención contra los eventuales

el sujeto encontraría en la norma jurídica el límite para la satisfacción de un cierto interés. De aquí que una difundida y autorizada doctrina vea en los actos de jurisdicción voluntaria esencialmente actos constitutivos (más bien que declarativos) de efectos jurídicos, no ya a favor de una parte contra otra, sino para tutelar ciertos intereses, cuya determinación no es absolutamente pacífica en concreto²⁴³. Los asuntos no contenciosos son aquellos en los cuales sin las formalidades del juicio se acude al juez, no para que dicte una decisión entre partes, porque propiamente no la hay, sino para que acuerde alguna resolución o medida²⁴⁴.

De allí que un criterio básico de distinción señala que la falta de contención y de cosa juzgada caracterice la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa se distinga por la oposición o contradicción de intereses. Cabe preguntarse si en el procedimiento de ausencia existe aunque sea formalmente “contención”, elemento típico de la jurisdicción —valga la redundancia— “contenciosa”. El elemento de la cosa juzgada queda difuminado en el procedimiento bajo análisis²⁴⁵ porque ciertamente el regreso del ausente o la prueba

conflictos de intereses para poderlo encasillar sin más en el ámbito de la jurisdicción pues la función de prevención puede también corresponder a otras modalidades de la función jurisdiccional. Igualmente refiere que en algunos casos, aun no existiendo conflicto de intereses, existe, sin embargo, un contraste de apreciaciones acerca de un interés único superior y el modo de satisfacerlo.

²⁴³ *Ibíd.*, p. 9. Agrega Micheli que quien indague la formación de la categoría de la jurisdicción voluntaria y la del dogma de su naturaleza administrativa, observará con toda facilidad que, junto a los motivos antedichos, e incluso antes de éstos y casi como determinantes de ellos, se ofrecen en bloque otros argumentos de carácter predominantemente formal (falta de contradictorio, forma de la providencia y sus impugnaciones, etc.), que no siempre se deducen todos de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria sino que, en cierto sentido, la determinan y la condicionan.

²⁴⁴ Marcano Rodríguez, R.: **Apuntaciones Analíticas**. Edit. Bolívar. Caracas, 1941, p. 75.

²⁴⁵ Véase voto salvado: TSJ/SC, Sent. 1403 de 14-08-2008, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1403-140808-08-0561-08-675.html>, “la cosa juzgada formal se encuentra asociada conceptualmente con el efecto de la preclusión de las impugnaciones, y la misma se encuentra circunscrita al proceso en el cual se ha producido la decisión correspondiente. Algunos ejemplos de decisiones que generan cosa juzgada formal son las dictadas en materia de alimentos, interdicción e inhabilitación, declaración de ausencia, y de juicios sobre la posesión (interdictos), supuestos en los cuales

de su muerte, le hacer perder los efectos en forma inmediata a cualquier decisión relativa al proceso en comentarios.

En la doctrina extranjera algunos citan la ausencia dentro de los procedimientos de carácter no contencioso²⁴⁶. Pero en Venezuela la cuestión no puede responderse sin diferenciar el régimen ordinario de la ausencia del régimen especial de presunción de muerte por accidente, y, a su vez, en el primero, deben deslindarse las diversas fases o etapas del régimen ordinario de la ausencia, pues efectivamente, según veremos, el carácter de jurisdicción graciosa o contrariamente contenciosa puede variar, dependiendo de la etapa en que nos encontremos.

Las fases de la ausencia en su régimen ordinario, como detallaremos, abarcan la “presunción de ausencia”, la “ausencia declarada” y la “presunción de muerte”. La protección de los intereses del ausente y de los terceros, varían a favor del primero (en la primera fase) y en pro de los últimos a medida que el proceso avanza. Ello ha propiciado que se distinga que la primera fase de presunción de ausencia está ideada mayormente en protección del presunto ausente y constituye un procedimiento de jurisdicción voluntaria o no contenciosa²⁴⁷, donde simplemente —a falta de designación del presunto ausente—

la eficacia de la decisión es meramente transitoria o provisional, ya que si bien le pone fin al juicio y surte efectos en éste, no obsta a que el asunto sea nuevamente debatido por las partes, en un nuevo proceso, cuando se produzca la modificación de las circunstancias que existían en el proceso primigenio”.

²⁴⁶ Véase: Monroy Cabra, Marco Gerardo: **Principios de Derecho Procesal Civil**. 3ª, Edit. Temis. Bogotá, 1988, pp. 78-79. En Colombia, se tramitan por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, la autorización para enajenar bienes del incapaz, la declaración de ausencia, la interdicción del demente y su inhabilitación. Véase: Carnelutti, Francesco: **Instituciones del Proceso Civil**. Vol. III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1973, pp. 279-285.

²⁴⁷ Véase *infra* N° 4.1.2. Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 09-12-2002, Exp. 23.026, <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2002/diciembre/101-9-23.026-.html>, “Ahora bien, la presente solicitud versa sobre un asunto de naturaleza no contenciosa, por lo que la misma debe ser sustanciada en sede de jurisdicción voluntaria, sin necesidad de las formalidades del juicio”.

se tiende a nombrar de ser necesario un representante a los fines de la administración de los bienes de éste. Así lo ha referido alguna decisión judicial²⁴⁸.

Ahora bien, la segunda fase de “declaración de ausencia” sí presenta en atención al Código Civil un tinte formal de jurisdicción contenciosa o contradictoria que ha de cumplir con las debidas garantías procesales²⁴⁹ según se desprende de las incidencias del procedimiento²⁵⁰. Así, además del cumplimiento de los respectivos supuestos²⁵¹, precisa de publicidad especial, contestación de la demanda (con nombramiento de defensor)²⁵², y continuación por el juicio

²⁴⁸ Véase a propósito del artículo 419 del Código Civil: Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial de Bolívar, Sent. 25-04-2011, Exp. FP02-S-2011-001519 <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/abril/2177-25-FP02-S-2011-001519-PJ0192011000205.html>, “Se desprende de la norma *supra* copiada que el procedimiento para la declaración de ausencia no es contencioso porque no prevé que deba citarse a un demandado (lo que es lógico porque estando ausente se desconocería su paradero) para que contradiga alguna pretensión en su contra. El procedimiento se reduce a que el Juez del último domicilio o de la última residencia del ausente, a instancia de los interesados o de los herederos presuntos, designe a quien represente al ausente en juicio, en la formación de inventarios o cuentas, o en las liquidaciones y particiones en que el ausente tenga interés, pudiendo dictar cualesquiera otras providencias necesarias a la conservación de su patrimonio”.

²⁴⁹ Véase: Ochoa G.: ob. cit., p. 201, “Para que pueda procederse en juicio contradictorio a la declaración de ausencia, es necesario que se dé cumplimiento a la garantía constitucional del debido proceso”.

²⁵⁰ Véase *infra* N° 4.2.3.

²⁵¹ Véase *infra* N° 4.2.1.

²⁵² Véase: Juzgado Sexto de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 26-01-2011, Exp. 4126, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/enero/496-26-S-4126-10831.html>, “... En la jurisdicción voluntaria, citando al autor Henríquez La Roche, en su obra **Instituciones del Derecho Procesal** (2005), señala que <no habrá contradictorio (*sub nomine iuris*), pues no se reconocerá o se concederá nada a nadie a costa o en desmedro de otro... falta la bilateralidad de la audiencia... y no ha menester derecho a la defensa>. Por lo que en tal sentido, la declaración de presunción de ausencia no encuadra en la misma, en virtud que, sólo con el hecho de ordenarse la citación del ausente, debido a la naturaleza de ese acto, hay contención, pues con ello se le está haciendo un llamado a los fines que exponga lo que a bien considere, y demuestre su presencia. Además de la mención que hace la Ley de la apertura de un juicio ordinario en el hipotético caso que el presunto no compareciese.

ordinario²⁵³ que es formalmente contencioso. Esto pues, dada la particular situación del ausente, es evidente que no se pretende una determinada conducta de éste, salvo la prueba de su existencia, pero no puede sostenerse que la presente etapa a diferencia de otros procesos tiene lugar en protección y en interés del ausente²⁵⁴, por cuanto es evidente que, contrariamente la fase intermedia y la final, acontece en protección de los intereses de los terceros (herederos u otros legitimados) según hemos referido a lo largo de las presentes líneas.

En virtud de lo antes expuesto, es menester acotar que, si bien es cierto que en la Resolución N° 2009-0006 de fecha 18-03-2009, citada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de esta Circunscripción Judicial, como fundamento para pronunciar su incompetencia en la presente causa, se modificó la competencia para los Juzgados de la República, y se asentó que es de conocimiento exclusivo de los Tribunales de Municipio los asuntos de jurisdicción voluntaria o no contenciosa en materia civil, mercantil y de familia; no es menos cierto que, al requerirse en la presente causa, la citación del ausente, y en caso de ser imposible la misma, la designación de un defensor para instaurar de esa manera un juicio ordinario al respecto, se está en presencia de un procedimiento contencioso, y no de jurisdicción voluntaria, por lo que no es aplicable la Resolución descrita *ut supra*, al caso de marras”.

²⁵³ Véase: Juzgado Décimo Segundo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 27-05-2011, Exp. AP31-V-2011-000625, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/mayo/2160-27-AP31-S-2011-000625-.html>, “En tal sentido, considera este Tribunal que conforme a lo previsto en el citado artículo 423 del Código Civil, el procedimiento mediante el cual se debe ventilar la solicitud de declaración de ausencia, es de naturaleza contenciosa, ya que la norma te remite al procedimiento ordinario, el cual es el procedimiento modelo por excelencia para el trámite de todos los asuntos de carácter contradictorio cuyo trámite no fue concebido por el legislador mediante un procedimiento especial ni de jurisdicción voluntaria, consagrados en el Libro Cuarto de nuestro texto adjetivo, vale decir, que el asunto a que se contrae la presente solicitud, se encuentra enmarcado en el procedimiento ordinario, que claramente establece el contradictorio, con las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan, por lo cual preciso es concluir, que el juicio de declaración de ausencia corresponde a la jurisdicción contenciosa. Así se decide”.

²⁵⁴ Como el de incapacidad (interdicción judicial e inhabilitación judicial). Donde aunque formalmente la fase plenaria asuma forma contenciosa sustancialmente ha de sostenerse que pertenece a la jurisdicción voluntaria porque se pretende exclusivamente la protección del presunto incapaz. Véase nuestro comentario en: Domínguez Guillén: **Ensayos...**, pp. 332-349.

El Legislador revistió el proceso en estudio de las necesarias formalidades, por su similitud con la muerte en cuanto a los efectos patrimoniales. De allí que en razón de las importantes consecuencias pecuniarias de la fase intermedia de la ausencia (declarada)²⁵⁵, tales como la posesión provisional de los bienes del ausente, el Código Civil sabiamente cargó el procedimiento judicial de las debidas garantías, la publicidad especial que acentúa la posibilidad de conocimiento del desaparecido, así como la garantía de su defensa a través del respectivo defensor, y la continuación por el juicio ordinario acontecida la contestación, la necesidad de acreditar ante el Juzgador la incertidumbre de la existencia o más precisamente, la imposibilidad de probar la vida del ausente. Todas esas características, que implican una suerte de contención “formal” entre los solicitantes y el defensor del ausente, que debe tratar de evitar la declaración de ausencia, nos permiten concluir que en nuestro derecho vigente, la etapa de la ausencia declarada constituye un procedimiento judicial contencioso o contradictorio. Ello al menos en su aspecto formal desde el punto de vista de la previsión legislativa, pues, según veremos, en opinión de algunos jueces consultados, tal proceso desde la perspectiva práctica o sustancial no presenta mayor contención; señalan que pocas son las posibilidades reales de defensa a cargo del defensor judicial²⁵⁶. Éste generalmente se limita a indicar la imposibilidad de ubicar al ausente²⁵⁷. Ello, sin embargo, en nuestra opinión,

²⁵⁵ Véase *infra* N° 4.2.4.

²⁵⁶ Véase *infra* N° 7. Véase opinión de Nelson Gutiérrez, Carlos Ortiz Flores y Humberto Angrisano.

²⁵⁷ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, Sent. 21-09-2006, Exp. 7247, <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2006/septiembre/165-21-7247-274.html>, “En fecha 10 de abril de 2006, el abogado... defensor de oficio de la ciudadana... presento escrito, manifestando que a la fecha han sido infructuosas todas las diligencias realizadas con el fin de dar con el paradero de la ciudadana... que personalmente se ha trasladado a los centros hospitalarios, ambulatorios, destacamentos policiales, casa hogares e institutos de ayuda y socorro a niños, adolescentes y adultos y por otra parte le han informado que en los registros llevados en esas instituciones no aparece con ingreso la ciudadana... que en cuanto a otros organismos no ha podido acceder a los registros por cuanto la información que manejan es de carácter confidencial, que de esa forma espera dar cumplimiento con la designación recaída en su persona”.

no le resta carácter formalmente contencioso a la declaración de ausencia o fase intermedia del juicio ordinario, pues tal proceder del defensor —que bien es común a otros procesos contenciosos— responde generalmente a una imposibilidad práctica mas no al carácter formal del proceso, cuya contención queda evidenciada inclusive en tal nombramiento. La imposibilidad de que aparezca el ausente es la que por esencia da origen al proceso, por lo que si el defensor pudiese acreditar su existencia o su muerte, ciertamente culminaría el procedimiento.

Sin embargo, llama la atención alguna decisión judicial que expresamente indica respecto de la fase de declaración de ausencia, que no hay condenatoria en costas por tratarse de un proceso no contencioso según su naturaleza²⁵⁸. Tobías señala en torno a la discusión sobre la naturaleza contenciosa o voluntaria del proceso, que en abono a esta última, resulta indudable que en la ausencia exista un estricto y verdadero “conflicto de intereses” entre quienes se encuentran legitimados para promover el proceso y el ausente²⁵⁹. Contra ese punto de vista, se podría sostener que la ley provee expresamente a la defensa del ausente frente a la pretensión impuesta por el interesado, a través de la figura del defensor *ad litem*, auxiliar del Juez, sobre quien pesa el deber de colaborar en la investigación de la verdad²⁶⁰.

Finalmente, la tercera y última etapa de la ausencia, a saber, la “presunción de muerte”, si bien no reviste las citadas garantías procesales indicadas en la fase anterior, sino que simplemente supone el cumplimiento de los requisitos temporales y el acreditar al Juzgador la continuación del estado de incertidumbre, constituye el estadio final del proceso de ausencia que desenlaza en la posesión definitiva de los bienes del ausente o más precisamente del presunto muerto²⁶¹. Podríamos decir que, si bien no constituye una fase propia-

²⁵⁸ Véase: Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil, y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 08-01-2008, Exp. 070741, <http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2008/enero/2143-8-07.0741-.html>, “Cuarto: Dada la naturaleza no contenciosa de la acción intentada, no hay especial condenatoria en costas”.

²⁵⁹ Tobías: ob. cit., p. 124.

²⁶⁰ *Ibíd.*, p. 125.

²⁶¹ Véase *infra* N° 4.3.2.

mente contenciosa —en los términos anteriormente indicados y por tal no está revestido de las referidas garantías—, se traduce en la culminación del proceso por el cumplimiento de los presupuestos legales, los cuales debe constatar el Juzgador.

De tal suerte que, a decir de la doctrina, la fase contenciosa del régimen ordinario de la ausencia, es la intermedia, a saber, la “declaración de ausencia”.

Vale acotar respecto al régimen especial de “presunción de muerte por accidente” que —según veremos—²⁶² éste, según la doctrina mayoritaria, presenta una tramitación abreviada dadas las particularidades derivadas del siniestro —que acentúan la presunción de muerte o dificultad de retorno del ausente—, que se presenta más cercana a la jurisdicción voluntaria. Sin que ello, según veremos, sea óbice para que se pueda eventualmente plantear contención.

El punto ciertamente presenta interés práctico dada la competencia atribuida a los Juzgados de Municipio para los asuntos de jurisdicción voluntaria en función de la Resolución dictada por el Máximo Tribunal en 2009²⁶³.

²⁶² Véase *infra* N° 5.3.

²⁶³ Véase: Tribunal Supremo de Justicia, Resolución mediante la cual se modifican a nivel nacional, las competencias de los Juzgados para conocer de los asuntos en materia Civil, Mercantil y Tránsito (Res. N° 2009-0006) publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.152 del 2 de abril de 2009, que establece en su artículo 3: “Los Juzgados de Municipio conocerán de forma exclusiva y excluyente de todos los asuntos de jurisdicción voluntaria o no contenciosa en materia civil, mercantil, familia sin que participen niños, niñas y adolescentes, según las reglas ordinarias de la competencia por el territorio, y en cualquier otro de semejante naturaleza. En consecuencia, quedan sin efecto las competencias designadas por textos normativos preconstitucionales. Quedando incólume las competencia que en materia de violencia contra la mujer tienen atribuida”. Véase en sentido de que le corresponde al Juez de Municipio “Declarar la presunción de muerte, conforme al artículo 438 del Código Civil”: Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 29-01-2010, Exp. 09.10209, citada *supra*; Juzgado Vigésimo Cuarto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 24-04-2009, Exp. AP31-S-2009-000985, <http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2009/abril/2172-24-AP31->

En razón de ello se podría concluir que ante estos últimos se tramitaría la “presunción de muerte por accidente”, según nos ratifican gran parte de los jueces de municipio consultados²⁶⁴, pero los Juzgados de Primera Instancia seguirían teniendo competencia para tramitar el juicio ordinario de ausencia²⁶⁵; ello a pesar de que se admita que de sus tres fases solo la intermedia (declaración de ausencia) es contenciosa, pues veremos que, aunque no estrictamente necesaria la primera fase de presunción de ausencia constituye antesala procesal para el cómputo de la etapa siguiente, que debe tener lugar ante el mismo Tribunal²⁶⁶. La inmediatez que precisa el proceso y la idea que las distintas fases del juicio de ausencia constituyen una unidad con un claro objetivo: alcanzar la etapa final para acceder a la posesión definitiva, permite proyectar formalmente el juicio ordinario como un todo con un matiz contencioso, siendo el Tribunal competente en principio el Juez de Primera Instancia Civil.

S-2009-000985-PJ0152009000060.html; Juzgado Sexto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 06-04-2011, Exp. AP31-S-2011-003002, citada *supra*; Juzgado Vigésimo Cuarto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 10-08-2010, Exp. AP31-V-2010-003039, citada *supra*.

²⁶⁴ Véase *infra* N° 7; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 03-06-2013, Exp. 48.795, <http://aragua.tsj.gov.ve/decisiones/2013/junio/221-3-48795-.html>, “... Atendiendo a la resolución transcrita y a la solicitud de presunción de muerte por accidente bajo estudio, observa esta jurisdicente que la misma es de naturaleza no contenciosa o llamada de Jurisdicción voluntaria”.

²⁶⁵ Véase: Juzgado Sexto de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 26-01-2011, Exp. 4126, citada *supra*, “... se está en presencia de un procedimiento contencioso, y no de jurisdicción voluntaria, por lo que no es aplicable la Resolución descrita *ut supra*, al caso de marras... consecuencia, este Tribunal, actuando de conformidad a lo establecido en el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, mencionado anteriormente, se declara incompetente...”.

²⁶⁶ Véase *infra* N° 7, opinión del Juez Sexto de Municipio Luis Emilio Cartaña, que señala que aunque la primera fase sea no contenciosa, el Juzgador que ha de conocer todas las etapas es quien debe asumir el proceso a los fines de la necesaria continuidad e intermediación.

Finalmente, cabe indicar como consideración interesante la opinión de uno de los jueces consultados, a saber, Carlos Ortiz Flores, quien considera que en una Reforma legislativa, el régimen ordinario de la ausencia bien podría convertirse, dada la realidad práctica y la carencia de efectiva contención, en un proceso de jurisdicción voluntaria: “La inexistencia de contención, hace inútil tanto la designación del defensor *ad litem*, como la apertura del juicio ordinario, razón por la cual se debe tramitar como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, salvo que se produzca oposición de parte interesada, caso en el que resultaría necesaria la apertura del procedimiento ordinario, tornándose en un juicio contencioso”. Pero acertadamente el propio Juzgador admite previamente que el Legislador revistió el procedimiento ordinario de ausencia de forma contenciosa para darle las debidas garantías de un juicio ordinario a pesar de la carencia de formal oposición dadas las importantes consecuencias patrimoniales en juego²⁶⁷.

3.4. Interés

El interés que representa la institución en estudio es evidente, el Derecho debe intervenir en caso de duda sobre la existencia de la persona natural, toda vez que si bien no existe certeza en la muerte a fin de considerar sus radicales efectos, se podría presentar una situación de perpetua incertidumbre respecto del destino de las relaciones de derecho del ausente. De allí que el orden jurídico contenga disposiciones reguladoras de tal situación, que, como veremos, se acercan más a la protección de los terceros a medida que el tiempo avanza y se hace menos probable que el ausente regrese²⁶⁸.

Como bien indica De Belaúnde, “resulta necesario resolver coherentemente los problemas que se presentan a partir de la desaparición de una persona de su domicilio y del lugar habitual de sus actividades sin que se tengan noticias de ella. Esta situación conlleva generalmente el abandono de la familia y los intereses del desaparecido, por ello se considera fundamental la intervención

²⁶⁷ Véase *infra* N° 7.

²⁶⁸ Véase *infra* N° 4.

del Derecho. Se busca, precisamente, cautelar tales intereses y los de sus causahabientes”²⁶⁹. Existe, pues, una necesidad social de prever y resolver la multiplicidad de situaciones que la ausencia en sentido amplio puede generar²⁷⁰.

En sentido semejante refiere Tobías que es imaginable el grave deterioro al interés social y económico que en ese supuesto se produciría, pese a que se infiera la extrema probabilidad de muerte, en la mayoría de los casos no se llegaría jamás a su comprobación. La prolongación indefinida de ese estado determinaría un verdadero estancamiento de los bienes del desaparecido sin que existiera el antecedente indispensable (muerte comprobada) para que esos derechos y bienes pudieran ser transferidos a sus sucesores. La institución de la muerte presunta tiene por objeto salvar los inconvenientes prácticos que derivarían de esa situación de incertidumbre y carencia de pruebas²⁷¹.

La institución de la ausencia tiene por objeto resolver a través de un procedimiento judicial, los problemas relativos a la falta de presencia del titular de un derecho²⁷². Tal procedimiento ante la incertidumbre de la existencia de una persona tiene por finalidad proveer sobre el destino de los bienes y relaciones de carácter personal²⁷³. El ausente no puede ser una incógnita permanente. Es unánime la doctrina, al considerar que debe proveerse a la protección de sus intereses. Pero como es obvio, también debe protegerse los intereses de las personas cuyos derechos dependan de la muerte del ausente, por ejemplo: herederos, legatarios, interesados por una renta vitalicia, socios, etc.

²⁶⁹ De Belaúnde L. De R.: ob. cit., p. 61.

²⁷⁰ Ídem.

²⁷¹ Tobías: ob. cit., p. 107.

²⁷² Tapia Ramírez, Javier: **Introducción al Derecho Civil**. McGraw-Hill. México D.F., 2002, p. 146.

²⁷³ Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 25-03-2004, Exp. 00-6032 (revisada en original); Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 31-05-2004, Exp. 26.000 (revisada en original).

Aguilar Gorrondona refiere que el grado de protección de los sujetos señalados, dependerá de la probabilidad de sobrevivencia del ausente. La protección de los terceros aumenta en la misma medida que la certeza sobre la muerte del individuo²⁷⁴. Y así, por ejemplo, en la fase final de presunción de muerte, según refiere Bercovitz, se abandona ya casi por completo la defensa de los intereses del desaparecido y se atiende principalmente a los intereses de los herederos²⁷⁵. “El procedimiento de declaración de ausencia, propende pues a la protección de los derechos de los eventuales herederos y demás individuos titulares de derechos condicionados a la muerte del ausente, que por su naturaleza no puede constituirse en un instrumento capaz de la injerencia abusiva sobre los derechos de una persona por el sólo hecho de su alejamiento en los casos que tal circunstancia, no suponga incertidumbre alguna sobre si una persona continua viva o muerta. Según los términos planteados, para que sea procedente el procedimiento de ausencia, se requiere que la persona contra quien va dirigida sea un individuo incierto, de cuya existencia se ignore, es decir, el ausente viene a ser un individuo incierto, y esta ausencia lleva como esencial un carácter de duda e inseguridad”²⁷⁶.

Nuestro sistema positivo contempla las diversas gama de intereses (del ausente y herederos) partiendo de que a medida que transcurre el tiempo más remotas son las posibilidades de retorno del ausente. Con ese criterio, el Legislador protege en un principio los intereses del ausente y gradualmente se orienta la protección de los intereses de las personas con derechos y obligaciones dependientes de la muerte del ausente. En realidad, el interés fundamental del legislador parece ser la conservación de un patrimonio en beneficio de un titular que puede ser el ausente, si regresa, o sus derechohabientes²⁷⁷.

Señala Corral Talciani que la institución de la ausencia no pretende poner fin a la incertidumbre sobre la existencia del sujeto, más bien lo que persigue es reconocer oficialmente, en mayor o menor intensidad, la existencia de dicho estado incierto

²⁷⁴ Aguilar Gorrondona: ob. cit., pp. 427-428.

²⁷⁵ Bercovitz y Rodríguez-Cano: ob. cit., p. 121.

²⁷⁶ Juzgado de los Municipios Bolívar y Punceres de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 17-07-2008, citada *supra*.

²⁷⁷ Binstock: ob. cit., pp. 13-14.

respecto a una persona en particular y permitir la producción de ciertos efectos que puedan ayudar a impedir los perjuicios que se derivan de esa situación, sea para ella, sea para terceros²⁷⁸. De allí que, a los fines de evitar la inseguridad jurídica, se precise establecer un procedimiento que permita, transitoriamente, atender los negocios del ausente, en tanto dure la situación de incertidumbre²⁷⁹.

Pensamos que tan importante es la regulación de la ausencia en casos de incertidumbre sobre la existencia, que sus normas pudieran aplicarse por analogía a aquellos supuestos de consecuencias semejantes y no considerados expresamente por el Legislador, por ejemplo, el levantamiento de una partida de defunción en forma errónea, esto es que la persona se encuentra con vida²⁸⁰. Y así por ejemplo, de presentarse el supuesto de haberse extendido la respectiva acta de defunción erradamente²⁸¹, y de haber tenido lugar la partición, al descubrirse que el sujeto no murió debe aplicarse por vía analógica la

²⁷⁸ Corral Talciani: "Ausencia...", p. 21.

²⁷⁹ Serrano Alonso: ob. cit., p. 143.

²⁸⁰ Esto es, porque como indicamos *supra* N° 3.1., la ausencia supone incertidumbre, el levantamiento de la partida de defunción solo puede proceder cuando esté plenamente comprobada la muerte, aunque no aparezca el cuerpo o cadáver. Si en un supuesto determinado se levanta en forma errónea dicha partida cuando lo que debió acontecer era el procedimiento de ausencia, y se procediera a abrir la sucesión y realizar la respectiva partición, si posteriormente se presentará la persona, encontraría a nuestro criterio aplicación las normas correspondientes a la ausencia en la medida que fuesen aplicable. Por ejemplo, el artículo 436 del Código Civil que señala que se recobrarán los bienes en el estado en que se encuentren.

²⁸¹ Como el caso de Raiza Ruiz, acontecido en Venezuela en los años 80, donde se debió seguir el régimen especial de la ausencia (por siniestro) o presunción de muerte por accidente y no extender una partida sin la debida tramitación y plena prueba de la muerte. Véase al respecto interesante comentario efectuado por un estudiante que elaboró un trabajo sobre el tema: Palacios Ochoa, Luis Rafael: **La no presencia y la ausencia**. <http://www.monografias.com/trabajos75/no-presencia-ausencia/no-presencia-ausencia2.html>, "el caso de Raiza Ruiz cuya desaparición y posterior declaración de muerte se debió a la deficiente (nula) determinación de la identidad de las osamentas encontradas por parte de las autoridades encargadas de la búsqueda y salvamento (recordemos que la presunta muerte ocurrió por causa de un accidente aéreo al precipitarse a tierra la avioneta donde viajaba y a consecuencia de esto fueron enterrados huesos de animales en vez de un cadáver humano según se determinó de la posterior exhumación del ¿cadáver?), y una vez aparecida (renacida para algunos) se encontró ante una situación similar a la del presunto muerto...".

norma relativa a retomar los bienes en el estado en que se encuentren (artículo 436 del Código Civil)²⁸².

Algunos consideran que la ausencia constituye una institución anacrónica, pero realmente presenta actualidad por los inconvenientes derivados de la inseguridad social²⁸³. Siempre existirán personas que se alejan sin dejar noticias, de cuya existencia se duda y de allí la importancia de la figura en estudio.

Por otra parte, diversas son las materias o situaciones afectadas por la ausencia, tales como el contrato de seguro²⁸⁴, pensión de sobrevivencia en las indemnizaciones de trabajo²⁸⁵, la pensión de alimentos²⁸⁶, etc.

²⁸² Véase al referirnos a un ejemplo de analogía: Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, p. 37.

²⁸³ Tapia Ramírez: ob. cit., p. 147.

²⁸⁴ Véase: Superintendencia de Seguros: “Notificación de siniestros en los seguros de vida en caso de supervivencia”, Dictámenes 2004, http://www.sudese.gov.ve/dict_2004_25.php. En síntesis, el artículo 39 de la Ley del Contrato de Seguro es de aplicación general en los seguros de vida bajo la modalidad de supervivencia, sólo que en los casos de los no presentes y de los ausentes, la ocurrencia del siniestro estará determinada por cualquiera de los hechos mencionados en la última parte del párrafo anterior, siendo a partir de ese momento que comenzará a correr el lapso de los cinco días hábiles, en virtud de constituir un hecho ajeno a la voluntad del asegurado o de sus herederos. Véase artículo 585 Código de Comercio. Véase también: Binstock: ob. cit., pp. 56-57.

²⁸⁵ Véase: artículo 89 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo: “A los efectos de esta Ley, se considera que la ausencia presunta regulada en el Código Civil posibilita que los presuntos sobrevivientes accedan provisionalmente a la pensión de sobreviviente. Esta provisionalidad se extingue con la cesación de declaración de ausencia o con la declaratoria de muerte presunta”.

²⁸⁶ Sala del Juzgado del Municipio Arismendi del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Sucre, Sent. 21-11-2005, Exp. 484-2005, <http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2005/noviembre/1228-18-484-2005-.html>, El beneficio de una pensión de alimento no puede estar afectado por sentencia de declaración de ausencia. Véase sentencia colombiana de petición de alimentos en caso de desaparecimiento: Sentencia T-201/99, Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, Santafé de Bogotá, D.C., 07-04-1999, Exp. T-191312, <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1999/Tutela/T-201-99.html-29k>—.

De tal suerte, que vale concluir que la ausencia constituye sin lugar a dudas una figura jurídica especial de particular interés, toda vez que ante la imposibilidad de resolver jurídicamente la situación de incertidumbre del ser humano, el orden legal tiende a regular los efectos de la desaparición del ausente, con especial protección de los terceros cuyos derechos dependen del ausente a medida que el tiempo avanza. La situación de protección al presunto ausente es enteramente temporal, no necesaria y en ocasiones simplemente constituye una antesala a la verdadera intención y necesidad de los herederos quienes para acceder a los bienes del ausente en condiciones similares a la muerte, precisan del proceso bajo análisis.

No logra, sin embargo, lamentablemente, nuestro ordenamiento resolver a plenitud todas las situaciones jurídicas del ausente, como es el caso del matrimonio, cuya suerte es objeto de discusión doctrinal a falta de una norma expresa que regule la posibilidad de disolución²⁸⁷. Pero tal inadvertencia es indicativa —como hemos reiterado— que la ausencia no se asimila en modo alguno en nuestro derecho a la muerte, como única causa extintiva de la subjetividad humana.

3.5. Otras legislaciones²⁸⁸

Indica Morello que dos orientaciones bien delimitadas es dable constatar en la legislación comparada en lo que respecta a la regulación de la ausencia. La primera, que sigue el sistema del Código Napoleón y la otra, que abre sus fuentes en el Código alemán. El primer sistema del Código francés considera tres tipos de ausencia representado en tres etapas o gradaciones: la ausencia presumida; la ausencia declarada y la ausencia positiva o absoluta²⁸⁹. En líneas generales, la primera etapa es por fuerza de las cosas muy variada e incierta

²⁸⁷ Véase *infra* N° 4.3.2.

²⁸⁸ Véase: Ogáyar y Ayllón: ob. cit., pp. 23-50 (la reglamentación de la ausencia en la legislación comparada: Europa, cap. III) e ibíd., pp. 51-76 (la reglamentación de la ausencia en la legislación comparada: América, cap. IV).

²⁸⁹ Véase: Morello: **Declaración...**, p. 15, Se distinguían tres períodos sucesivos: uno de presunción de ausencia, después el de posesión provisional y, finalmente, el de posesión definitiva. Sobre la ausencia en el Código Napoleón, véase también: Serrano y Serrano: ob. cit., pp. 23-31. En el primer período los parientes no tenían derecho a que

a menos que se trate de un desaparecido en un siniestro; tal etapa se caracteriza por las medidas conservatorias y de protección de los bienes del ausente. La segunda fase de ausencia declarada presenta hechos y circunstancias más definidos. Empieza después de un número de años determinados que cada país establece en la medida que, según su criterio, no es “ni demasiado pronto ni demasiado tarde”. También se exige, generalmente, un procedimiento judicial, previo al pronunciamiento acompañado de la correspondiente publicidad. Efectuada la declaración, generalmente se admite que los herederos entren en la posesión interina o provisoria de los bienes, la que es más o menos amplia de acuerdo a la legislación de cada país. Finalmente, transcurrido un cierto número de años de la declaración de ausencia o de la fecha de nacimiento del presunto ausente —cuyos plazos son variables según cada legislación—, tiene lugar la tercera etapa en que se produce la posesión definitiva o absoluta y se autoriza la partición de los bienes, quedando a salvo el derecho a las reclamaciones del ausente²⁹⁰.

Tal sistema se inspira en el Código Napoleón que reglamentó la ausencia sobre la base de un principio clave: la esperanza pertinaz de que el desaparecido permanecía con vida y en algún momento regresaría²⁹¹. La misma tendencia sigue el Código Civil italiano de 1942; el proyecto de Código Civil para España de Florencio García Goyena de 1851²⁹². Códigos que constituyeron

se les diera la posesión, se nombraba un curador extraño que podía ser el administrador nombrado por el ausente y dicho período duraba generalmente diez años aunque el Juez podía reducir o alargar tal plazo según las circunstancias. Luego de tal período venía la posesión provisional que más que una posesión provisional se traducía en un derecho de administración y depósito, que suponía inventario, caución y la imposibilidad de disposición. La posesión definitiva según algunos precisaba el paso de un siglo o probar la muerte, pero en general la doctrina admitió que la misma tenía lugar a los treinta años de la desaparición, pero con la obligación de devolver los bienes si regresaba el ausente (mas no las rentas); tenía lugar así la apertura definitiva de la sucesión del ausente. En cuanto al matrimonio, la Asamblea Nacional estableció como causa de divorcio la ausencia de cinco años.

²⁹⁰ Morello: **Declaración...**, pp. 15-17.

²⁹¹ Corral Talciani: **Desaparición...**, p. 32.

²⁹² *Ibid.*, p. 33.

fuelle de inspiración del Código Civil venezolano. Se afirma que la doctrina comparada no obstante los matices suele distinguir tres fases del proceso²⁹³. En Francia se aprecian tres etapas²⁹⁴. En el Derecho español, siguiendo el modelo francés se distinguían también tres fases o períodos²⁹⁵. Por su parte, en el derecho italiano se observan tres fases sustancialmente similares a la venezolana, inclusive en cuanto a su duración (con una fase abreviada en caso de siniestro o accidente)²⁹⁶. Se le pretende criticar a este sistema que contempla plazos excesivamente largos; que no llega nunca a la declaración de muerte del ausente y que no distingue entre ausentes y desaparecidos en circunstancias de riesgo²⁹⁷. Pero según veremos, somos del criterio que la diferencia se justifica con base en que le ausencia no se asimila a la muerte, porque no tiene el carácter irreversible de esta última.

Agrega Morello, las que han tomado como modelo a la legislación alemana arriban a otra solución: la declaración del fallecimiento presunto. Esto transcurridos diez años sin tenerse noticias del ausente; cinco si el ausente tuviera setenta años de edad, a menos que la desaparición ocurriera durante guerra, catástrofe o naufragio. Tiene lugar por resolución judicial la declaración de fallecimiento, que implica la extinción de la persona por su ausencia. De dicho sistema —según el autor— se ha indicado que es más adecuado a las actuales

²⁹³ Véase: *ibíd.*, p. 29.

²⁹⁴ Mazeud: *ob. cit.*, pp. 13-16.

²⁹⁵ Aguilar Benítez y otros: *ob. cit.*, p. 82, señalan que posteriormente en 1939 se siguió el modelo germánico aunque también distinguiendo tres situaciones diferentes; Bercovitz y Rodríguez-Cano: *ob. cit.*, p. 110; García Amigo: *ob. cit.*, pp. 348-355.

²⁹⁶ Véase: Trabucchi: *ob. cit.*, pp. 82-83, se observa en tal legislación: 1. Desaparecimiento (cuando se desaparece del domicilio o residencia y no se tienen noticias); 2. Ausencia (dos años a partir de la anterior); 3. Declaración de muerte (diez años a partir de la declaración de ausencia). Este último lapso se abrevia en caso de siniestros; Santoro Passarelli: *ob. cit.*, pp. 10-12; Messineo: *ob. cit.*, pp. 136-139; Barassi, Ludovico: **Instituciones de Derecho Civil**. Vol. I. José María Bosch editor. Trad. Ramón García De Haro De Goytisoló, Barcelona, 1955, pp. 56-60. Pugliatti, Salvador: **Introducción al Estudio del Derecho Civil**. 2ª, Porrúa Hnos y Cia. México D.F., 1943, p. 152, alude a dos fases de la ausencia (una de presunción y otra de declaración).

²⁹⁷ Morello: **Declaración...**, pp. 18-19.

circunstancias²⁹⁸. Así la ausencia es tomada en cuenta por el BGB como etapa de tránsito a la declaración de fallecimiento²⁹⁹ en la que se presume que el ausente no vive ya y se dan las mismas consecuencias que si hubiese muerto: se extinguen los derechos no heredables, se considera heredero el que lo hubiere sido, se presume la disolución del matrimonio, termina la patria potestad³⁰⁰. El Código alemán hace una distinción incluso sistemática entre ausencia y presunción de muerte³⁰¹; esquema que sigue la legislación argentina en dos fases, a saber, la declaración de ausencia y la de muerte presunta³⁰², así como en gran medida la legislación chilena³⁰³.

De allí que en el Derecho germánico —según comenta Serrano— la ausencia no es más que la condición precisa para poder ser declarado fallecido³⁰⁴. Agrega el autor que la declaración de fallecimiento se extendió por Alemania y otros países germánicos. No obstante, el otro sistema del Derecho francés aún perdura aunque se diga que pierda eficacia, que distingue entre posesión provisional y posesión definitiva y que se resiste a creer en la muerte del ausente³⁰⁵.

Se aprecia así que los países inspirados en la legislación francesa —entre las que se ubica Venezuela— distinguen claramente tres períodos de la ausencia, cuya fase final si bien se acerca en sus efectos a la muerte, en modo alguno, puede asimilarse a ésta porque no supone la extinción de la personalidad

²⁹⁸ *Ibíd.*, p. 20.

²⁹⁹ Serrano y Serrano: *ob. cit.*, p. 334.

³⁰⁰ *Ibíd.*, pp. 335-336. Aunque aclara el autor que el matrimonio no se disuelve con la declaración de muerte, solamente se presume su disolución. Es el nuevo matrimonio del cónyuge presente el que disuelve el matrimonio anterior y continúa disuelto, aunque después se revoque la declaración de muerte o se demuestre su inexactitud. En cuanto a la patria potestad con la declaración de muerte, termina pero si el ausente vuelve puede reclamarla al Tribunal de Tutelas. La declaración de muerte constituye un nuevo estado de derecho, que es la presunción de muerte.

³⁰¹ Corral Talciani: **Desaparición**..., p. 34.

³⁰² *Ibíd.*, p. 35.

³⁰³ *Ibíd.*, p. 36.

³⁰⁴ Serrano y Serrano: *ob. cit.*, p. 1.

³⁰⁵ *Ibíd.*, 331.

y deja latente o subsiste la posibilidad de que el ausente regrese. Por su parte, la orientación inspirada en la legislación alemana, que culmina en la declaración de fallecimiento presunto pretende asimilar la ausencia a la muerte³⁰⁶.

No creemos que este último sistema sea más adecuado a la realidad, porque aun cuando numéricamente sean más los casos en que el ausente no retorna, precisamente la distinción esencial entre la ausencia y la muerte, radica en la incertidumbre sobre la existencia de la persona en el régimen bajo estudio. Ciertamente se trata de una situación excepcional que no puede en esencia asimilarse a la muerte, la cual acarrea la correspondiente extinción de la personalidad. De allí que el Derecho de la Persona, en nuestra legislación, haya distinguido acertadamente la ausencia de otras figuras afines, y le haya concedido una regulación especial, donde inclusive en su fase final no se asimila a la muerte, toda vez que sin lugar a dudas constituye una posibilidad aunque sea leve, la vida o retorno del ausente.

Contrariamente en el Derecho italiano indica Giorgianni que la distinción que la doctrina ha hecho entre muerte presunta y muerte natural es demostradamente infundada desde todo punto de vista³⁰⁷. Agrega el autor que la ley no asigna mayores o menores efectos en este sentido³⁰⁸. Ahora bien, por nuestra parte pensamos que la semejanza o diversidad de efectos —estos últimos sí existen, según veremos— entre la muerte y la ausencia, no es óbice para reconocer una diferencia sustancial entre ambas instituciones que reiteradamente hemos indicado, que viene dada entre la certeza y la incertidumbre, en cuanto

³⁰⁶ Véase: Tobías: ob. cit., p. 111, “El derecho francés ignoró lo relativo a la declaración de muerte del derecho germánico. El Código Napoleón creó la regulación de la <ausencia> de la persona, sin relacionarla con su posible muerte. En la idea esencial del legislador francés, <cualquiera que sea la duración de la ausencia, el ausente no es considerado nunca como muerto>. En este sistema, por lo tanto, la <declaración de ausencia> no constituye un supuesto de extinción de la personalidad jurídica. Sin embargo, con relación a los bienes, los efectos de la ausencia se acercan, con el tiempo, a los de la muerte, sin equipararse jamás”.

³⁰⁷ Giorgianni: ob. cit., p. 270.

³⁰⁸ Ídem.

a la cesación de la existencia. Dicha diferencia —que reconoce nuestro orden jurídico— es indudable y debe necesariamente reflejarse en algunos efectos que aunque parezcan leves son fundamentales. La ausencia, ni siquiera en su fase final de presunción de muerte, constituye en el Derecho venezolano vigente un modo extintivo de la personalidad, pues la única causa de extinción es la muerte³⁰⁹.

En nuestro país, si bien no se precisa de la declaratoria judicial de la primera fase (presunción de ausencia)³¹⁰, sí se requiere de la segunda (ausencia declarada) para acceder judicialmente a la tercera y última etapa (presunción de muerte). En Colombia, por su parte, curiosamente —indica la doctrina— con anterioridad se requería haber declarado ausente previamente a la persona para posteriormente darla por muerte, pero a partir de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1970 no se requiere haber declarado ausente al individuo para considerar el proceso de desaparecimiento por cuanto son totalmente diferentes; todo lo anterior no obsta para que se puedan instaurar los dos procesos al mismo tiempo pero se adelantan en cuadernos separados³¹¹. Además, en dicha legislación, la ausencia y el desaparecimiento son diferentes por cuanto la primera tiende a preservar el patrimonio de quien no se encuentra, mientras el segundo tiende, ante todo, a determinar en forma legal la muerte de un individuo y con la sentencia se hace producir todos los

³⁰⁹ Véase: Domínguez Guillén: **Inicio y extinción...**, pp. 164-168.

³¹⁰ Véase *infra* N° 4.2.1.

³¹¹ Bravo Casas: ob. cit., p. 46, según el artículo 658 del Código de Procedimiento Civil. Véase igualmente: Borrero Vanegas y Brigard Pérez: ob. cit., p. 106, “El legislador además contempla la posibilidad de realizar simultáneamente el trámite de declaración de ausencia y de muerte por desaparecimiento, de acuerdo al artículo 658 del CPC, <podrá pedirse en la misma demanda, que se haga la declaración de ausencia y posteriormente la de muerte por desaparecimiento, y en tal caso los trámites correspondientes se adelantarán en cuadernos separados, sin que interfieran entre sí, y las solicitudes se resolverán con distintas sentencias>. En todo caso, al adelantar simultáneamente los dos trámites, no se pueden contravenir las disposiciones legales relativas al tiempo que debe transcurrir antes de que declare la muerte por desaparecimiento. Aclaración válida, en la medida en que el proceso que busca la declaración de ausencia se puede iniciar inmediatamente se note la falta de una persona, en tanto que la declaración de muerte presunta supone mínimo dos años entre ese hecho y la iniciación del respectivo proceso”.

efectos como si se tratara de la muerte real³¹². Comenta Tobías respecto del Derecho argentino que la sentencia de muerte presunta “constituye un supuesto de hecho extintivo de la personalidad jurídica” de un ser que hasta entonces era persona de derecho, deja de serlo³¹³. Pues en dicha legislación la muerte de las personas puede ser real o presumida³¹⁴.

Generalmente, las diversas legislaciones consagran el régimen de la ausencia, como una necesidad fáctica que el Derecho debe resolver. Así, por ejemplo, en Perú, la institución fue mejorada mediante el Código Civil de 1984, distinguiendo tres fases posibles: la desaparición (artículos 47 y 48), la declaración de ausencia (49 a 60) y la muerte presunta (63 a 69)³¹⁵. En la legislación española existe una declaración de fallecimiento como innovación del legislador español de 1939, pues antes sólo conocía la presunción de muerte³¹⁶, pero igualmente dicho ordenamiento distingue una primera etapa de defensa del desaparecido donde puede ser necesario medidas de protección y nombramiento de un defensor; la ausencia legal a un año o tres de la desaparición si no dejó o dejó apoderado, respectivamente; finalmente, la declaración de fallecimiento si la ausencia se prolonga durante un tiempo tal, variable según las circunstancias³¹⁷ y que no hay que confundir con la prueba directa de la muerte³¹⁸. En Chile, la muerte presunta presenta tres períodos: la mera ausencia, la posesión provisional y la posesión definitiva³¹⁹, y de igual manera en México³²⁰.

³¹² Bravo Casas: ob. cit., pp. 50-51.

³¹³ Tobías: ob. cit., p. 108.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 109.

³¹⁵ Véase: De Belaúnde L. De R.: ob. cit., p. 62. Aunque agrega el autor que la declaración de esta última genera todos los efectos jurídicos de la extinción de la personalidad; Carpio Vélez: ob. cit., p. 84.

³¹⁶ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 353.

³¹⁷ Marín Pérez: ob. cit., pp. 95-96. Véase también: Rogel Vide: ob. cit., p. 82, se distinguen tres fases.

³¹⁸ Rogel Vide: ob. cit., p. 87.

³¹⁹ Ducci Claro, Carlos: **Derecho Civil. Parte General**. 3ª, Editorial Jurídica de Chile. S/I, 1988, p. 101.

³²⁰ Véase: Magallón Ibarra: ob. cit., pp. 79-81; Baqueiro y Buenrostro: ob. cit., pp. 197-200.

4. Régimen ordinario de la ausencia (fases)

El Código Civil venezolano regula el régimen “ordinario”³²¹ o procedimiento de ausencia en tres etapas³²² que comienzan con la protección de los bienes del presunto ausente, continúa en segundo término con la posesión provisional de los bienes del ausente y desenlaza en la posesión definitiva por parte de los herederos, de los bienes del presunto muerto, tales etapas son tres: 1. la presunción de ausencia³²³; 2. la declaración de ausencia³²⁴ y 3. la presunción de muerte³²⁵. Los tres periodos establecidos en el Código Civil venezolano, responden a la idea lógica de que con el transcurso del tiempo se incrementa la posibilidad de la muerte³²⁶. Algunos indican que la ausencia presenta dos fases, pues excluyen la etapa de la presunción de muerte³²⁷, sin embargo, esta última ciertamente también forma parte del régimen de incertidumbre de la ausencia.

En todo caso, según indicamos, la figura de la “ausencia” presenta un notable interés respecto del propio ausente como de sus causahabientes, según la fase de que se trate³²⁸. De allí que se afirme que en la primera etapa se tienda

³²¹ Se alude a “ordinario” por oposición a régimen “especial” relativo a la presunción de muerte por accidente.

³²² Véase: La Roche: ob. cit., p. 300. El concepto de ausencia, como institución, abarca tanto la presunción de ausencia, como su declaratoria y la declaratoria de presunción de muerte.

³²³ Véase: artículos 418 al 420 del Código Civil.

³²⁴ Véase: artículos 421 al 433 del Código Civil.

³²⁵ Véase: artículos 434 al 437 del Código Civil.

³²⁶ Parra Aranguren: “La existencia y desaparición...”, p. 35.

³²⁷ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 04-07-2006, Exp. 18.028, <http://cojedes.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/1328-4-18028-.html>, “El régimen de la ausencia tiene dos fases: La primera consiste en la presunción de ausencia: La ley presume ausente a la persona cuando concurren las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona haya desaparecido de su último domicilio o residencia y b) Que no se tenga noticias de la persona, ni emanadas de ella ni de otro. La segunda fase consiste en la declaratoria de ausencia y presupone que hayan transcurrido dos años de ausencia presunta, si el causante no dejó mandatario para la administración de sus bienes, tres en caso contrario”.

³²⁸ Véase *supra* N° 3.4.

a proteger más los intereses del presunto ausente y en la última se atiende mayormente a los intereses de los terceros o herederos relacionados con el presunto muerto³²⁹. Teniendo cada una de las fases o períodos un procedimiento especial al efecto orientado por el interés de que se trate. Formando las mismas —en feliz expresión de Parra Aranguren— “tres eslabones de una misma cadena”³³⁰. Señala Corral Talciani que el estado de incertidumbre sobre la existencia varía con el transcurso del tiempo, y por regla general va disminuyendo de manera progresiva. Según los diversos estadios se debilitan las probabilidades de encontrar con vida al ausente y aumenta la sospecha de su muerte³³¹. En el mismo sentido, indica Gravina que la incertidumbre varía según el período de la ausencia. En el caso de la ausencia presunta, predomina un menor grado de incertidumbre, porque la probabilidad de vida es mayor que la de la muerte, en tanto que en la ausencia declarada la probabilidad de muerte es mayor que la de vida. Por eso observamos que en la ausencia presunta se tiende a conservar el patrimonio del ausente, mientras que en la

³²⁹ Véase: Aguilar Gorronzona: ob. cit., p. 428. Por ello, en el régimen ordinario de la ausencia, se distinguen tres fases o etapas que se suceden a medida que aumenta la probabilidad de la muerte, y en las cuales se pasa de la protección predominante de los intereses del ausente a la protección predominante de los intereses de las personas cuyos derechos dependan de la muerte del ausente. Véase también: Orrego Acuña, Juan Andrés: **La muerte presunta**. p. 4. www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho_civil_1.../muerte_presunta.pdf. En la primera fase entre los derechos de los presuntos herederos y el interés del ausente, prevalece el último.

³³⁰ Véase: Parra Aranguren: “La existencia y desaparición...”, p. 36, nota 34, que destaca sentencia del 20 de julio de 1944, Memoria de la Corte Federal y de Casación, año 1945, Tomo II, pp. 139-140, “Es de observar que la ley divide la institución de ausencia en tres períodos, que son: presunción de ausencia, ausencia y presunción de muerte... Pero cada uno de estos períodos tiene un procedimiento especial y efectos también especiales. En el primero, la ley se preocupa por la protección y conservación del patrimonio del ausente; en el segundo, mira más bien a los intereses de sus presuntos herederos, les confía la administración de los bienes del ausente y hasta les da una participación en sus rentas; y en el tercero, se los entrega, los pone en posesión definitiva de ellos y les otorga todas sus rentas, perdida ya casi la esperanza del regreso del ausente. No es pues, posible confundir estos tres períodos, aun cuando pertenezcan a una misma institución y sean como tres eslabones de una misma cadena, ya que contemplan un triple interés, en cierto modo opuesto”.

³³¹ Corral Talciani: “Ausencia...”, p. 12.

ausencia declarada —a decir de Gravina— se abre provisionalmente su sucesión a favor de los llamados a la misma³³².

Sin embargo, se aclara que la ausencia no da lugar a la apertura de la sucesión³³³. Al efecto, señala Esparza que ni la declaratoria de ausencia, ni la presunción de muerte, ni la presunción de muerte por accidente, dan lugar a la apertura de la sucesión sino tan solo a la posesión provisoria o posesión definitiva de los bienes del ausente o del presunto muerto de conformidad con los artículos 426, 434 y 440 del Código Civil³³⁴. En el caso del ausente no acontece una verdadera adquisición de la herencia, porque dada la incertidumbre se dicta una providencia revocable a la vuelta del ausente³³⁵. No se puede heredar una persona viva, y por tal la declaración de ausencia y presunción de muerte, solo producen derechos siempre revocables en cuanto a la herencia³³⁶. De allí que tales efectos de la ausencia los califica López Herrera de “cuasi-sucesorales”³³⁷. La entrega definitiva de posesión no equivale estrictamente a la apertura de la

³³² Gravina: ob. cit., p. 107.

³³³ Véase: Domínguez Guillen: **Manual de Derecho Sucesorio...**, pp. 75-77.

³³⁴ Esparza Bracho: ob. cit., pp. 117-118, agrega que, en caso de ausencia, en la sentencia ejecutoriada que la declara, el juez ordenará que se abran los actos de última voluntad de ausente a los fines de la posesión provisional de los bienes. Esta “apertura” de los actos de última voluntad no constituye una apertura sucesoral en los términos que se le atribuye a tal noción, de conformidad con el artículo 993 del Código Civil. Cuando el artículo 426 del Código Civil se refiere a herederos del ausente simplemente define la condición jurídica de los llamados a solicitar la posesión provisional de los bienes, pero en modo alguno supone que realmente existan herederos del ausente. La redacción del artículo es confusa, pues alude a “herederos” cuando lo cierto es que se trata de personas que hubiesen sido llamadas a heredar si para la fecha de las últimas noticias del ausente, éste hubiere fallecido. La última fase de presunción de muerte, al igual que la presunción de muerte por accidente, tampoco da lugar a la apertura de la sucesión sino al otorgamiento de la posesión definitiva de los bienes del presunto muerto. Esta última tiene casi todos los elementos de la transmisión sucesoral, sin ser propiamente tal porque no ha ocurrido el supuesto fáctico de apertura de la sucesión, a saber, la muerte.

³³⁵ Rojas: ob. cit., pp. 484-485.

³³⁶ Dominici: ob. cit., p. 263.

³³⁷ López Herrera, Francisco: **Derecho de Sucesiones**. T. I. 4ª, UCAB, Caracas, 2008, p. 33.

sucesión por causa de muerte³³⁸. Por lo que cabe afirmar radicalmente que “no se abre la herencia del ausente”. En razón de lo indicado consideramos una impropiedad afirmar que son causas de apertura de la sucesión además de la muerte, la declaración de ausencia o la presunción de muerte³³⁹. La sucesión solo se abre con la muerte a tenor del artículo 993 del Código Civil.

Tal postura tuvimos oportunidad de adherirnos al considerar la materia sucesoria: “Es de aclarar, que la única circunstancia que propicia la apertura de la sucesión en nuestro ordenamiento jurídico es la muerte, porque sólo ella provoca la extinción de la subjetividad jurídica. La presunción de muerte (última fase de la ausencia), que acontece en aquellos casos que se duda de la existencia del individuo, no produce la extinción de la personalidad, por lo que deja latente la posibilidad de retorno del ausente. De allí que se aclare que si bien ésta

³³⁸ Planiol, Marcelo y Georges Ripert: **Derecho Civil**. Edit. Pedagógica Iberoamericana. México, 1996 p. 757, en el Derecho francés —y lo mismo aplica al venezolano— siempre existe la incertidumbre; solo el tiempo hace cada vez menos probable el regreso del ausente permitiendo consolidar la situación de los causahabientes sobre los bienes. Véase también: Josseland: ob. cit., Vol. II, p. 430, los puestos en posesión definitiva no se consideran como herederos, porque están expuestos, en caso de retorno del ausente, a efectuar la restitución.

³³⁹ Véase, en este sentido, en la doctrina nacional: Rodríguez de Rodríguez, Nancy: **Algunos aspectos prácticos del Derecho Sucesoral**. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, 1992, p. 9, “Tenemos entonces tres causas de la apertura de la sucesión: la muerte natural, la declaración de ausencia y presunción de muerte”. Véase también: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Sent. 16-09-2005, Exp. 06375/03, <http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/.../295-16-06375-03-.html>, “La sucesión intestada se caracteriza porque ocurre por causa de muerte, es decir, requiere del fallecimiento del causante o de la presunción de muerte declarada por un juez...”. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 16-06-2008, Exp. 08-14711, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/.../223-16-08-14711-.html>, “Entre las características fundamentales se señalan cuatro, a saber: i) Es una situación a causa de muerte o al menos de muerte presunta declarada por un juez...”; Juzgado Noveno de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 24-02-2012, Exp. AP11-V-2010-000737, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2012/febrero/2124-24-AP11-V-2010-000737-.html>, “La sucesión intestada se manifiesta *ope legis* por causa de muerte, es decir, requiere del fallecimiento del causante o de la presunción de muerte declarada por un juez”.

comparte efectos con la muerte, porque los sucesores o legitimados pretenden llegar en tal fase final, previo cumplimiento de las formalidades de ley a la “posesión definitiva” de los bienes del ausente, no resulta técnicamente correcto referirse en dicho tema a la “apertura de la sucesión”³⁴⁰.

En efecto, en nuestro ordenamiento la ausencia no propicia la sucesión propiamente dicha a diferencia de la muerte, única causa extintiva de la subjetividad, configurada por un hecho jurídico con carácter enteramente irreversible.

En consecuencia, las posibilidades de que el ausente regrese se debilitan o disminuyen en la medida que se avanza en las etapas de la ausencia. Sin que ello sea óbice para que el ausente retorne aún en la última y tercera fase del procedimiento, pues en definitiva, se deja subsistente dicha posibilidad³⁴¹. Como indica De Ruggiero, por largo que sea el período, la ley no considera la muerte³⁴². En el Derecho alemán se llega a la declaración de muerte³⁴³ que, según Lehmann, opera como la muerte misma³⁴⁴. De allí que —como referimos³⁴⁵— se señala que dos orientaciones se aprecian en general en materia de ausencia, la que se derivó del Código Napoleón y la que se desprendió del Código alemán³⁴⁶.

³⁴⁰ Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Sucesorio...**, p. 75; Domínguez Guillén: **Inicio y extinción...**, p. 168.

³⁴¹ Véase: Colin y Capitant: ob. cit., p. 891, la ley presume que cuanto más dura la ausencia, más probable es la muerte, pero jamás tiene al ausente como desaparecido (diríamos “fallecido” en nuestro sistema).

³⁴² De Ruggiero: ob. cit., p. 405. El autor señala que ello propicia dificultades prácticas por lo que urge reforma. Por nuestra parte, vemos apropiado el sistema vigente pues, ciertamente, la ausencia se diferencia de la muerte, en la falta de certeza. La reforma sólo sería necesaria, según veremos, en los efectos de consagrar la “declaración de ausencia” como causal autónoma de divorcio. Véase *infra* N° 4.3.2.

³⁴³ Von Thur, Andreas: **Derecho Civil. Parte General**. Antigua Librería Robredo de José Porrua e Hijos. Trad. de Wenceslao Roces. México D.F., 1946, pp. 50-52, se presume que el ausente ha fallecido en el momento indicado en la sentencia, y la declaración disuelve el matrimonio.

³⁴⁴ Lehmann: ob. cit., p. 593.

³⁴⁵ Véase *supra* N° 3.5.

³⁴⁶ Morello: **Declaración...**, p. 15.

En el mismo sentido, comenta Magallón Ibarra respecto al Derecho mexicano pero aplicable al caso venezolano, que la primera fase se caracteriza por las medidas provisionales siempre a favor del ausente existiendo una fuerte presunción de vida, tendiendo a garantizar los problemas de índole patrimonial; la segunda etapa señala un período transitorio, en el que se van a equilibrar las presunciones tanto de vida como de muerte y en ella se toman ya medidas protectoras de los intereses de los presuntos herederos; la tercera fase, que es la final, domina la idea de la muerte, aunque se siga hablando de presunción, se entra en la posesión definitiva de los bienes, haya o no habido posesión provisional³⁴⁷. Las legislaciones, incluyendo la venezolana³⁴⁸, acertadamente tienden en las diversas reformas³⁴⁹ a reducir los plazos entre uno y otro período. Sobre las particularidades de diversas legislaciones ya nos referimos anteriormente³⁵⁰.

Adicionalmente, la presunción de muerte por accidente constituye un régimen especial de la ausencia que tiene lugar en caso de siniestro³⁵¹ que abrevia dicho procedimiento en virtud de las circunstancias, pues éstas reducen la posibilidad de retorno del ausente.

Así pues, el régimen ordinario de la ausencia en nuestro derecho consta de tres (3) fases o períodos: 1. La ausencia presunta (presunción de ausencia).

³⁴⁷ Magallón Ibarra: ob. cit., pp. 79-81. Véase también: Moreno Quesada y otros: ob. cit., p. 135. Así en la primera fase se tiene mayormente a la defensa del desaparecido con la adopción de medidas provisionales a fin de atender casos concretos y urgentes y se parte de que el sujeto reaparecerá; en la segunda fase de ausencia legalmente declarada se organiza un sistema de mayor permanencia, más duradero y estable porque las circunstancias que lo autorizan arrojan una cierta incertidumbre acerca de la sobrevivencia del sujeto; la tercera fase supone que las circunstancias de la desaparición, el tiempo transcurrido o la edad de la persona desaparecida inclinan a pensar que se ha producido la muerte; Véase: Sanojo: ob. cit., p. 88, durante la presunción de ausencia todo lo que hacen las autoridades es en beneficio directo del presunto ausente, no así en la declaración de ausencia, que envuelve resultados perjudiciales para el ausente, como la pérdida de la totalidad o gran parte de sus rentas, de allí que se observen mayores solemnidades y se tomen más precauciones.

³⁴⁸ Véase *supra* N° 3.2.

³⁴⁹ Véase: Morello: **Declaración...**, p. 36, respecto a la legislación argentina.

³⁵⁰ Véase *supra* N° 3.5.

³⁵¹ Véase *infra* N° 5. Véase: artículos 438 al 440 del Código Civil.

2. La declaración de ausencia (ausencia declarada). 3. La muerte presunta (presunción de muerte).

Cualquiera de las fases o etapas indicadas, como veremos³⁵², culmina con la prueba de la existencia de la persona o de su muerte³⁵³, porque la cosa juzgada es solo formal³⁵⁴. Al respecto, se indica que en cualquiera de sus etapas, las sentencias relativas a esta materia no hacen cosa juzgada toda vez que admiten una modificación posterior³⁵⁵ y así lo ha referido la jurisprudencia al indicar que tales decisiones no hacen cosa juzgada material³⁵⁶. Para algunos la sentencia sí hace cosa juzgada pues la reaparición del ausente, sus noticias o muerte, constituyen circunstancias sobrevinientes al pronunciamiento³⁵⁷. Una consideración semejante señalamos en su momento respecto del procedimiento de incapacitación³⁵⁸. Sin embargo, no obstante la sentencia que declara

³⁵² Véase *infra* números: 4.1.3., 4.2.5. y 4.3.3.

³⁵³ Véase: Serrano y Serrano: ob. cit., p. 135; Planiol y Ripert: ob. cit., p. 102; Martínez De Aguirre Aldaz: ob. cit., p. 507.

³⁵⁴ Véase: Sala 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, Sent. 04-04-2006, Exp. 1Aa.2860-06, <http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/abril/588-4-1Aa.2860-06-140-06.html>, No se produce cosa juzgada propiamente en materias inherentes al estado y capacidad de las personas (interdicción o de inhabilitación, prestaciones alimentarias) y juicios de declaración de ausencia, porque sus efectos pueden cesar si durante la posesión provisional vuelve el ausente; se está en presencia de las llamadas sentencias provisionales, en las cuales se pone fin al juicio pendiente, pero no obstan a un nuevo debate entre las mismas partes cuando cambian las circunstancias (cosa juzgada formal). Véase señalando que la sentencia no hace cosa juzgada: Tobías: ob. cit., p. 166.

³⁵⁵ Borrero Vanegas y Brigard Pérez: ob. cit., p. 108.

³⁵⁶ Véase: Sala Primera del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 20-03-2006, Exp. 26.713, <http://aragua.tsj.gov.ve/decisiones/2006/marzo/228-20-26713-.html>, "... debe recalcar que no siempre la cosa juzgada formal tiene como consecuencia la material como es el caso de los alimentos, pues después de su asignación puede alterarse la condición de las partes. Igualmente caben modificaciones importantes en materia de interdicción e inhabilitación; en el caso de la declaración de ausencia...".

³⁵⁷ Tobías: ob. cit., p. 166, agrega que el cambio operado configura un nuevo caso, cuya existencia justifica la extinción o modificación de los efectos producidos por la sentencia recaída con relación a un caso ya juzgado sobre la base de circunstancias diferentes.

³⁵⁸ Véase: Domínguez Guillén: **Ensayos...**, pp. 332-349.

sin lugar el pedimento de ausencia, de forma análoga a lo que sucede también con la incapacitación, es susceptible de ser replanteada (no se cumple la cosa juzgada) si la petición la realiza otro interesado (no hay identidad de partes) o se han cumplido los requisitos de ley³⁵⁹.

La sentencias relativas a “presunción y declaración de ausencia, y la de presunción de muerte” debe registrarse (Ley Orgánica de Registro Civil artículo 3 N° 11)³⁶⁰, aunque la ley las ubique impropriadamente en el “libro de defunciones” (Ley Orgánica de Registro Civil artículo 125 N° 5), toda vez que hemos reiterado que la ausencia no se asimila a la muerte porque no tiene el efecto extintivo de la personalidad de esta última, por lo que hubiese sido más apropiado crear un libro especial para el régimen de la ausencia. Pero, en efecto, el registro es fundamental en la materia que nos ocupa por cuanto dicho estado ciertamente constituye una situación que interesa a los terceros según había anticipado la doctrina anterior a la citada Ley Orgánica de Registro Civil, ante la falta de previsión del Código Civil³⁶¹.

³⁵⁹ Tobías: ob. cit., pp. 169-170.

³⁶⁰ La citada Ley Orgánica de Registro Civil en su disposición derogatoria séptima derogó el artículo 67 N° 10, de la Ley de Registro Público y del Notariado, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.833 Extraordinario, del 22-12-2006, que prevé: Los registros civiles municipales están obligados a remitir al Registro Principal, cada quince días, la información actualizada de los asientos relativos a: “La sentencia que declare la ausencia o presunción de muerte”. Véase, ordenando notificar al Consejo Nacional Electoral al declarar con lugar la presunción de muerte por accidente: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 08-08-2007, Exp. 26.504, citada *supra*. Sin embargo, no pareciera precisarse notificación a dicho ente electoral porque no se trata de una muerte, y si el sujeto aparece a ejercer su derecho al voto debe permitírsele y será uno de los casos en que habrá sido probada su existencia en forma auténtica y, por tanto, habrá cesado el régimen de la ausencia.

³⁶¹ Véase: Binstock: ob. cit., p. 39, señalaba que con anterioridad el Código Civil no contenía previsión expresa de registro de las decisiones sobre ausencia, pero la autora se pronunciaba sobre su conveniencia a través de una reforma legislativa. Véase respecto al Derecho argentino: Moisset de Espanés, Luis: **La ausencia y la calificación registral**, www.acader.unc.edu.ar/artausencia5.pdf.

En cuanto a la sentencia que declara la presunción de muerte, señala Binstock —siguiendo a Ennecerus y Von Tour— que la misma tiene carácter constitutivo, pues crea para el desaparecido una condición jurídica especial semejante, aunque no idéntica, a la muerte, condición que antes no existía³⁶². Veamos cada una de dichas etapas separadamente:

*4.1. Ausencia presunta (presunción de ausencia)*³⁶³

4.1.1. Supuestos

Prevé el artículo 418 del Código Civil: “La persona que haya desaparecido de su último domicilio o de su última residencia, y de quien no se tengan noticias, se presume ausente”. En consecuencia, la ley presume ausente al individuo cuando se dan las circunstancias³⁶⁴ consagradas en la citada norma: 1. Que la persona haya desaparecido de su última sede jurídica; y 2. Que no se tengan noticias de la persona.

En primer término, se precisa que la persona haya desaparecido de su sede jurídica, esto es, del lugar en que la ley considera ubicada a una persona para ciertos efectos jurídicos. La norma se refiere a que el sujeto haya desaparecido de su último “domicilio” o “residencia”, sin embargo, en tal caso no se están

³⁶² Binstock: ob. cit., p. 37. Véase ídem, nota 124, cita en sentido contrario a Callegari, quien afirma que la decisión tiene carácter declarativo pues sólo declara la existencia de un hecho natural como es la muerte. Sin embargo, cabría observar que en nuestro ordenamiento la presunción no se asimila a la muerte, por lo que no se puede equiparar el hecho natural y jurídico de la muerte con la presunción de muerte.

³⁶³ Véase: Aguilar Gorrondona: ob. cit., pp. 428-430; Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I**..., pp. 467-470; Marín Echeverría: ob. cit., pp. 215-218; Hung Vaillant: ob. cit., pp. 445-448; Ochoa G.: ob. cit., pp. 196-199.

³⁶⁴ En el Derecho chileno también se precisa de dos circunstancias: 1. la ausencia o desaparecimiento del individuo por largo tiempo del lugar de su domicilio y 2. la carencia de noticias. Alessandri R. y otros: ob. cit., p. 38, agregan que si una persona desaparece de su domicilio y transcurre un lapso importante sin noticias es lógico pensar que el individuo ha muerto, porque apenas puede concebirse que el sujeto no mantenga comunicación con los suyos, sobre todo si tiene bienes en el lugar en el cual ha desaparecido.

considerando tales nociones en su sentido técnico³⁶⁵, sino que lo que ha querido denotar el Legislador es la clara desaparición del sujeto en general de su “sede jurídica”, esto es, del atributo territorial o especial de la persona. No tiene, pues, en la norma indicada la expresión “domicilio o residencia”, un sentido subsidiario, en el que se deba agotar primeramente la principal sede jurídica (domicilio) para seguir a la sede subsidiaria o menos estable (residencia)³⁶⁶, sino que lo importante será que el sujeto en modo alguno se encuentre o se ubique ni en su domicilio, ni en su residencia, ni en algún paradero.

Lo determinante —a nuestro criterio— es que el sujeto haya desaparecido —en general— de todas sus sedes jurídicas³⁶⁷, pues es evidente que de probarse que se encuentra en un “paradero”³⁶⁸ se cae la incertidumbre sobre la existencia de la persona. Pues como bien refiere Domínici, vale lo mismo para el caso, el domicilio o la residencia. Lo que sirve fijar es el último punto, donde el individuo se halló o fue visto en la República³⁶⁹. Se presume ausente quien ha desaparecido de su último domicilio o residencia y cuya existencia es incierta³⁷⁰. Así pues, para que pueda declararse la ausencia presunta o de hecho es necesaria la separación o desaparición de una persona de su domicilio o residencia³⁷¹. Bien pudiera estar el ausente fuera de la República o dentro del territorio nacional, lo importante es que ha desaparecido de su domicilio o residencia y no se tienen noticias³⁷².

³⁶⁵ Véase: Sanojo: ob. cit., p. 86, el artículo toma la palabra residencia en un sentido distinto al de la habitación habitual de un individuo.

³⁶⁶ Véase también: Domínguez Guillén: “La sede jurídica...”, p. 492, en el artículo 418 del Código Civil la ley toma en cuenta tanto el domicilio como la residencia.

³⁶⁷ Esto, tanto del “domicilio”, “residencia”, como de su “paradero”. Sobre la diferencia, entre cada una de éstas, véase: ibíd., pp. 450-494.

³⁶⁸ El paradero es el lugar donde se encuentra una persona en un momento determinado. Véase: ibíd., pp. 493-494.

³⁶⁹ Domínici, Aníbal: **Comentarios al Código Civil Venezolano**. T. I. Logos C.A. Caracas, 1951, p. 80.

³⁷⁰ Aubry, C. y C. Rau: **Cours de Droit Civil Français**. T. I. 6ª, Librairie Marchal & Billard. Revue et mise au courant por E. Tienne Martin. París, 1936, p. 862.

³⁷¹ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 108.

³⁷² Ramírez: ob. cit., p. 340.

Refiere la doctrina que no se debe tomar el verbo “desaparecer” en su acepción común³⁷³ “de ocultarse o quitarse de la vista de uno con presteza o velocidad”³⁷⁴ pues, según indica Domínici, desaparecer es ocultarse de la vista y la ley no emplea tal acepción; no se necesita que una persona se haya separado súbitamente, ocultándose o huido (desaparecido), puede haberse alegado de modo regular por un viaje, como quien se embarca por diversión o negocios³⁷⁵.

Se ha indicado acertadamente, que la ausencia supone una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada en cualquiera de sus etapas procedimentales, bien sea con la prueba de la existencia o de la muerte³⁷⁶.

Por otra parte, es fundamental “la carencia de noticias”³⁷⁷, pues al margen de la determinación o ubicación territorial del sujeto, lo que marca la incertidumbre sobre la existencia es precisamente la falta de noticias³⁷⁸. Bien puede acontecer que alguien desaparezca de todas sus sedes jurídicas y que no se sepa con exactitud donde se ubica, y sin embargo, la noticia cierta sobre su existencia despeja la duda de su muerte.

En cuanto al tiempo que ha de transcurrir a los fines de la presente fase, no establece la ley un lapso a objeto de considerar la desaparición³⁷⁹ al igual que

³⁷³ Véase: Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 429; Marín Echeverría: ob. cit., p. 215.

³⁷⁴ Tribunal de Primera Instancia de Juicio de Niños, Niñas y Adolescentes, de la Circunscripción Judicial del Estado Apure, Sent. 25-01-2012, Exp. CP21-J-2010-000221, citada *supra*.

³⁷⁵ Domínici: ob. cit., p. 80.

³⁷⁶ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 27-03-2006, citada *supra*, “... Se puede afirmar sin lugar a ningún género de dudas que la presunción de ausencia constituye una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario”. Véase sobre el carácter *iuris tantum*: Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 429; Marín Echeverría: ob. cit., p. 215.

³⁷⁷ Véase: Domínici: ob. cit., p. 80, para que nazca la presunción es necesario la falta de noticias, pues si se llega a saber donde se encuentra, por remoto que sea el lugar, no tendría aplicación la ausencia.

³⁷⁸ Véase *supra* N° 3.1.

³⁷⁹ Véase: Gravina: ob. cit., p. 107, no señala la ley la necesidad del transcurso de ningún tiempo a contar de la desaparición; Hung Vaillant: ob. cit., p. 446, “para que proceda

otras legislaciones³⁸⁰, por lo que ha de concluirse que debe tratarse de un período que se considere superior al normal, lo cual ciertamente dependerá de las circunstancias particulares de cada persona³⁸¹. De allí que como indicamos³⁸², según refiere Carrasco Perera, ha de tratarse de “un tiempo superior al que puede considerarse razonablemente normal, de modo que pueda caber incertidumbre sobre su existencia”³⁸³. El ritmo de vida de cada persona podrá hacer variar la medida del tiempo en relación con la incertidumbre; no es lo mismo una persona que viaja frecuentemente por cuestiones de negocios por períodos largos y que se comunica eventualmente con sus seres queridos que una persona que se reporta diariamente a sus familiares.

En este sentido, De Belaúnde cita y concuerda con la opinión de Carlos Fernández Sessarego, ante la pretensión de algunos de que se indique un plazo respecto de la desaparición, se señala “la necesidad de atender con prontitud los intereses del desaparecido no admite plazo. Que el Código precisamente intenta evitar los perjuicios que desencadena la desatención de los asuntos de la persona que ha desaparecido. De allí que se trate de una situación de emergencia que no admite plazo”³⁸⁴.

esta fase, no es necesario el transcurso de un plazo determinado a partir de la fecha en la cual la persona dejó de estar presente en su domicilio o en su residencia”.

³⁸⁰ Véase respecto del ordenamiento dominicano: Guzmán, ob. cit., “El elemento del plazo en que inicia el período de presunción de ausencia se presenta como una línea en blanco, dado que el Código Civil no establece el período de tiempo requerido luego de ausentarse el individuo, para poder solicitar ante el Juez la sentencia preparatoria que nombra al defensor o notario. El Informe del Centro de Investigación Jurídica en Línea de Costa Rica, sobre el tema <Domicilio y Ausencia>, plantea que <Para poner en marcha los mecanismos de protección del ausente se requiere: 1. que la persona haya desaparecido de su domicilio o del lugar de su última residencia (sin necesidad de que transcurra plazo alguno determinado)>”.

³⁸¹ Véase: Bravo Casas: ob. cit., pp. 46-47, no menciona la norma qué tiempo debe transcurrir para comenzar a determinar la ausencia, y vano sería, por cuanto puede ser al día siguiente de haber salido de su casa o en cualquier tiempo, siempre que no haya regresado a su residencia.

³⁸² Véase *supra* N° 3.1.

³⁸³ Carrasco Perera: ob. cit., p. 140.

³⁸⁴ Véase: De Belaúnde L. De R.: ob. cit., p. 66.

En caso de ausentes mayores de edad³⁸⁵ el Tribunal competente será en principio el Juzgado Civil ordinario³⁸⁶, si se trata del régimen ordinario de ausencia. En tanto que los Juzgados de Municipio serán competentes en caso del régimen especial de presunción de muerte por accidente, a tenor de la citada Resolución del Tribunal Supremo de Justicia de 2009³⁸⁷, del último domicilio o de la

³⁸⁵ Podría corresponder a la Jurisdicción del niño o adolescente si el presunto ausente es menor de edad. Véase: TSJ/SCC, Sent. reg. 00324 del 31-05-2005, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/mayo/reg-00324-310505-05218.html> (también en: **Jurisprudencia Ramírez & Garay**. T. 222, pp. 605-606): "... será de la competencia de la jurisdicción especial, toda controversia judicial afin a la materia patrimonial o del trabajo, en los cuales estén involucrados derechos o intereses de los niños o adolescentes, siempre que dichos derechos e intereses merezcan de la especial protección que les brinda la legislación especial en la materia y el fuero correspondiente de la jurisdicción creada y organizada por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Observa la Sala, que el *sub iudice*, se trata de una solicitud de declaratoria de muerte, en la que no tiene interés directo la menor involucrada ya que no funge como demandada en el proceso, además de quedar evidenciado que dicha solicitud no está encuadrada dentro de los supuestos establecidos en la jurisprudencia antes transcrita, donde se establece que será competencia de la jurisdicción especial, todo asunto en donde se vean involucrados los derechos e intereses patrimoniales, y en atención al anterior criterio de Sala Plena, el cual se acoge y reitera una vez más, esta Sala estima que es la jurisdicción ordinaria, y no la especial, la competente para la cognición del asunto, tal y como se hará de manera expresa en el dispositivo del presente fallo"; Sala IV del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 09-01-2007, Exp. AP51-S-2007-021949, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/2079-9-AP51-S-2006-021949-PJ0042007000002.html>, "declara la incompetencia del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de esta Circunscripción Judicial para conocer de la presente solicitud en los términos propuestos, siendo en consecuencia competente el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de la Jurisdicción ordinaria"; Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 15-06-2005, Exp. 05-2633, <http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2005/junio/1322-15-05-2633-085.html>, "desaparecidos los Juzgados de Familia y no estando involucrados menores corresponde conocer a un tribunal civil".

³⁸⁶ Cuando se indica "Juez Civil Ordinario" nos referimos a un Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, por lo que se excluyen o serían incompetentes otros Tribunales de otras materias u otros Juzgados de distinta jerarquía.

³⁸⁷ Sin embargo, según indicamos *supra* N° 3.3, dado que actualmente desde 2009 los Juzgados de Municipio tienen atribuida los asuntos de jurisdicción voluntaria y esta

última residencia³⁸⁸ del presunto ausente de conformidad con el artículo 419 del Código Civil³⁸⁹ y de las normas adjetivas de atribución de competencia³⁹⁰. Aunque con base en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes se ha considerado —exageradamente— que si el ausente tiene hijos menores de edad el fuero correspondería a la Jurisdicción del niño³⁹¹,

fase tiene tal naturaleza, es discutible que pudiera iniciarse por los mismos; creemos que debería seguirla conociendo el Juez Civil de Primera Instancia porque la presente fase se utiliza como una etapa preparatoria para la siguiente que es contenciosa, y debería ventilarse ante el mismo Tribunal.

³⁸⁸ Recordemos que la expresión domicilio o residencia no tiene un sentido subsidiario sino que lo importante será la desaparición del sujeto de todas sus sedes jurídicas, incluyendo al paradero; Véase: Juzgado Sexto de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 16-11-2011, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/noviembre/496-16-S-4126-11309.html>; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 30-07-2013, Exp. 5906, <http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2013/julio/956-30-5906—5363.html>, “y al ser competente este Tribunal para la tramitación de la causa, por cuanto el último domicilio del ciudadano... se constituyó en jurisdicción del Municipio Maracaibo del Estado Zulia”; “... el último domicilio o última residencia del presunto ausente, fue en Mérida, Estado Mérida, por lo cual su conocimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 419 del Código Civil, corresponde al Tribunal de Primera Instancia del lugar del último domicilio o de la última residencia de la persona cuya declaración de ausencia se solicita, el cual resulta el idóneo y competente funcionalmente para conocer del asunto, por su misma complejidad, y que no resulta susceptible de las modificaciones acordadas por la tantas veces mencionada Resolución 2009-0006”.

³⁸⁹ Que prevé: “... el Juez del último domicilio o de la última residencia del ausente...”.

³⁹⁰ O en su defecto su residencia, de conformidad con el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil. Véase también: Domínguez Guillén: “La sede jurídica...”, pp. 456-457. Véase: Sanojo: ob. cit., p. 92, el juez del último domicilio del desaparecido es el más competente para apreciar los hechos que puedan constituir la ausencia, puesto que está en el lugar donde el desaparecido tenía el principal asiento de sus negocios e intereses, puede averiguar con mayor facilidad, desde cuándo falta o se ignora su paradero; Domínicí: ob. cit., p. 89; Planíol y Ripert: ob. cit., p. 101.

³⁹¹ Véase: TSJ/SPlena, Sala Especial, Sent. 8 del 27-01-2010, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/tplen1/enero/8-28110-2010-2009-00077.html>, “estima esta Sala que existiendo al menos dos hijos del presunto ausente, que a la fecha son menores de edad, la solicitud de ausencia realizada por las ciudadanas... encuadran en el supuesto del artículo 177, Parágrafo Segundo de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adoles-

en cuyo caso por aplicación del artículo 453 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el tribunal competente es el de la “residencia habitual” del niño.

Por lo que es necesario que en la respectiva solicitud se refiera la indicación del lugar correspondiente al último domicilio o, en su defecto, la residencia del ausente³⁹² a los fines de la determinación de la competencia del Tribunal³⁹³. Si dicho domicilio o residencia no se ubica en el país, con la respectiva

centes... Así pues, tratándose el presente caso del establecimiento de un hecho, a partir del cual se otorga la posesión provisional de bienes a los herederos del declarado ausente y, contándose entre éstos a dos hijos del presunto ausente menores de edad, estima esta Sala que nos encontramos ante un supuesto que corresponde conocer a los tribunales de protección de niños, niñas y adolescentes...”; Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial de Bolívar, Sent. 25-04-2011, Exp. FP02-S-2011-001519, citada *supra*, “Una vez revisada la demanda y los recaudos anexos se ha podido constatar que los cónyuges procrearon una hija común y la cual es adolescente quien lleva por nombre... como se desprende de lo narrado en el libelo y quien es heredera presunta de su padre, por tanto, legitimada activa en este procedimiento (al efecto, véase la sentencia N° 39/2009 de la Sala Plena, Sala Especial Segunda). En consecuencia, de conformidad con el artículo 177, parágrafo 2, literal 1, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes declina la competencia para conocer la presente demanda en el Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, por cuanto del libelo se constata que el presunto ausente ciudadano... para el momento de su desaparición estaba domiciliado en la ciudad de Puerto Ordaz, Estado Bolívar. Se ordena la remisión de este expediente al Tribunal antes mencionado”. Juzgado Primero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 10-01-2011, <http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2011/febrero/2148-10-AP31-S-2011-000784-.html>, declina competencia en los Tribunales de protección porque se “encuentra involucrada una niña de seis años de edad, aparentemente hija de la ciudadana cuya presunción de muerte se solicita su declaración”.

³⁹² Véase: artículo 40 del Código de Procedimiento Civil.

³⁹³ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Sent. 30-09-2003, Exp. 6614/01, <http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2003/septiembre/283-30-6614-01-.html>, “... En este caso particular, se extrae que en la solicitud que encabeza estas actuaciones no se especificó el lugar de residencia o el último domicilio del ciudadano... por el contrario, consta que la parte actora se limitó a indicar al momento de identificarlo

sentencia se podrá promover en la República el *exequátur* y, posteriormente, las reclamaciones sucesorias a que haya lugar³⁹⁴.

De conformidad con el artículo 419 del Código Civil, la solicitud de presunción de ausencia corresponde a los interesados y a los herederos presuntos; legitimación activa que se mantiene en el resto de las fases del proceso³⁹⁵. Indica Marín Echeverría que respecto a los herederos no hay mayor problema, pero la expresión “interesados” que utiliza la ley supone un interés para el promovente en el caso concreto³⁹⁶. Es obvio, que el interés al que se refiere la norma debe ser jurídico, esto es apoyarse en una relación jurídica. De tal suerte que la existencia de relaciones ajenas al Derecho, tales como la amistad, el amor o el agradecimiento por no constituir relaciones jurídicas³⁹⁷ no legitiman a los efectos de la solicitud de ausencia³⁹⁸, de la misma forma que acontece respecto del procedimiento de incapacitación³⁹⁹. La autoridad judicial debe proceder

que era venezolano, mayor de edad y titular de la cédula de identidad... a pesar de que dicho requisito resulta indispensable para que este Tribunal determine su propia competencia para tramitar y resolver la solicitud planteada”; Véase igualmente respecto de la legislación argentina: Tobías: ob. cit., p. 126, el Juez competente es el del último domicilio o residencia del ausente. En caso de menores, el Tribunal competente es el de su “residencia” de conformidad con el artículo 450 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

³⁹⁴ Véase: Tobías: ob. cit., p. 127. Véase también citado *supra*: Código Bustamante, artículo 83.

³⁹⁵ Véase *infra* números: 4.2.2. y 4.3.1.

³⁹⁶ Marín Echeverría: ob. cit., p. 217. Véase: Sanojo: ob. cit., pp. 85-86, “se entienden por tales los terceros que tienen un interés pecuniario en la conservación de los bienes del presunto ausente”, tales como sus acreedores, su cónyuge, los arrendatarios y usufructuarios, los condueños; Domínici: ob. cit., p. 82, el socio, el comunero; Binstock: ob. cit., pp. 31-34.

³⁹⁷ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: “La persona: ideas sobre su noción jurídica”. En: *Revista de Derecho*. N° 4. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002, p. 320.

³⁹⁸ No podría por ejemplo alguien pretender ampararse en la amistad para la solicitud de cualesquiera fases de la ausencia. Véase: Domínici: ob. cit., p. 81, no vale alegar que promueve el interés del ausente como amigo; Sanojo: ob. cit., p. 85, “un simple interés de afecto no basta para dar aquel derecho”.

³⁹⁹ Véase: Domínguez Guillén: **Ensayos**..., p. 362.

a instancia de cualquiera de tales personas⁴⁰⁰. La declaratoria de presunción de ausencia no puede ser declarada de oficio, por lo que debe serle solicitada al Juez⁴⁰¹. El Estado solo tendría legitimación en caso de herencia vacante⁴⁰².

La ausencia derivada de la desaparición y la carencia de noticias no configura un hecho negativo⁴⁰³ (que no ha pasado) sino, contrariamente, la desaparición constituye un hecho susceptible de prueba cierta o presuntiva. Las pruebas en ésta y las demás fases tienden a acreditar la desaparición y la carencia de noticias⁴⁰⁴. Se indica también entre los documentos que debe acompañar el solicitante además de los que acrediten su legitimación, aquellos relacionados a la identidad y estado de la persona de cuya presunción de ausencia se trata, tales como partida

⁴⁰⁰ Véase: Sanojo: ob. cit., p. 86, sin examinar si hay otras con mejor derecho.

⁴⁰¹ Véase: Domínici: ob. cit., p. 81; Sanojo: ob. cit., p. 85, “la justicia no puede proceder de oficio en este asunto, debe esperar a que las personas interesadas soliciten el procedimiento”. De allí que se admite que respecto de este instituto procede la perención, a saber, la extinción del proceso por inactividad de la parte, así como el desistimiento. Véase *supra* N° 3.3.2. e *infra* N° 4.1.2.

⁴⁰² Véase *infra* N° 4.2.2. Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I**..., p. 468.

⁴⁰³ Véase: Opinión de Salvador Yannuzzi: “Pienso que no es un hecho negativo, la ausencia o desaparición es un hecho afirmativo, es decir, una persona cuya existencia se puede comprobar, que tenía una rutina familiar, laboral, de estudios, etc., desde un momento determinado dejó de llevarla a cabo”.

⁴⁰⁴ Véase en este sentido: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 24-05-2004, Exp. 23.898, <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2004/mayo/101-24-23.898-.html>, “Ahora bien esta presunción como bien se estableció en el auto de admisión de la presente solicitud, debe ser declarada por el tribunal cuando se encuentre en certeza previa investigaciones pertinentes, que la persona efectivamente se presume ausente. A tales fines se ordenó la notificación de diversos organismos estatales con el objeto de comprobar que efectivamente están dados los supuestos para declarar la presunción de ausencia, en efecto se recibieron las siguientes respuestas: 1)... Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas... 2)... Consejo Nacional Electoral... 3) Comunicación remitida por la Dirección General de Identificación y Extranjería... Considera este sentenciador, que en vista a las respuestas de los oficios ordenados, antes señaladas, y por cuanto se evidencia de los mismos que no se tiene certeza del paradero del ciudadano... están dados los presupuestos para la declaración de Presunción de Ausencia del mismo, y así se decide”.

de nacimiento, cédula de identidad, etc.⁴⁰⁵. A ello se agrega las pruebas relativas al tiempo de la desaparición y las circunstancias asociadas a la misma⁴⁰⁶.

4.1.2. Efectos⁴⁰⁷

Mientras dura la presunción de ausencia básicamente se pretende proteger al ausente aunque con ello resulten beneficiadas también otras personas, y las medidas varían según se haya dejado o no apoderado⁴⁰⁸. Esta fase es puramente en interés del ausente, porque trata de conservar el patrimonio de éste, evitando perjuicios graves que pueda sufrir con la demora⁴⁰⁹. Otros consideran que es una etapa que permite preconstituir la siguiente porque, para algunos, se precisa declaración judicial de la presunción de ausencia para acceder a la declaración de ausencia. Posición esta última que, como veremos, no compartimos. En cuanto a los efectos debemos considerar el artículo 419 del Código Civil que dispone:

Mientras la ausencia es solamente presunta, el Juez del último domicilio o de la última residencia del ausente, si no ha dejado apoderado, puede, a instancia

⁴⁰⁵ Véase: Opinión de Salvador Yannuzzi: “en primer lugar debe acreditarse la existencia de la persona que ha desaparecido, para ello pienso que es necesario acreditar en autos la historia de la persona, es decir: a) partida de nacimiento (o copia certificada); b) cédula de identidad o copia de ella, por considerarse un documento auténtico podría considerarse fehaciente, de conformidad con lo previsto en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil; c) Si la persona contrajo nupcias, el acta de matrimonio (o copia certificada), etc. Es decir, todo aquello que acredite la existencia de la persona”.

⁴⁰⁶ Véase: Opinión de Salvador Yannuzzi: “quien pretenda aprovecharse de la situación derivada de la ausencia de una persona, debe demostrar: Su existencia; Su historia de vida, a fin de poder evidenciar que no continuó con su rutina habitual; El lapso en qué se ha producido, es decir, desde cuando la persona se ausentó o desapareció; Las circunstancias en que la persona desapareció, si fue por catástrofe, accidente, infortunio o causa desconocida; Si la persona sufría algún trastorno o afección mental, demostrarla, ya que ello podría justificar la razón por la que no hubiera contactado a familiares”.

⁴⁰⁷ Véase: Gravina: ob. cit., p. 108; La Roche: ob. cit., pp. 303-304; Graterón Garrido: ob. cit., pp. 367-368; Marín Echeverría: ob. cit., pp. 216-217; Hung Vaillant: ob. cit., pp. 445-448; Ochoa G.: ob. cit., pp. 196-199; Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, pp. 468-470.

⁴⁰⁸ Véase: Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 429.

⁴⁰⁹ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 122.

de los interesados o de los herederos presuntos, nombrar quien represente al ausente en juicio, en la formación de inventarios o cuentas, o en las liquidaciones y particiones en que el ausente tenga interés; y dictar cualesquiera otras providencias necesarias a la conservación de su patrimonio.

Las facultades del representante en juicio serán las mismas atribuidas al defensor del no presente en el artículo 417.

Si existe apoderado, el Juez proveerá únicamente a los actos para los cuales dicho apoderado no tenga facultad y se la dará a éste si no encontrare motivo que se oponga.

Para el nombramiento de representante se preferirá al cónyuge no separado legalmente, salvo motivos graves que apreciará el Juez.

De dicha norma, la doctrina distingue dos supuestos según el presunto ausente haya o no haya dejado apoderado:

i. Si no ha dejado apoderado: El juez del último domicilio o de la última residencia del ausente, puede, a instancia de los interesados o de los herederos presuntos, nombrar a quien represente al ausente en juicio⁴¹⁰, en la formación de inventarios o cuentas, o en las liquidaciones o particiones en que el ausente tenga interés, y dictar cualesquiera otra providencia necesarias a la conservación de su patrimonio. Las facultades del representante en juicio serán las mismas atribuidas al defensor del no presente en el artículo 417⁴¹¹, por lo que, por ejemplo, se podría acudir al dictamen de dos expertos designados por el Tribunal para actos de autocomposición procesal previas formalidades de ley (situación que no se extiende al simple defensor *ad litem* en general). Para el nombramiento del representante se preferirá al cónyuge no separado legalmente, salvo

⁴¹⁰ Obsérvese que el Juez que conoce la petición de presunción de ausencia es quien puede nombrarle un representante judicial al presunto ausente para que lo defienda en juicio, y no el juez de la causa de que se trate.

⁴¹¹ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 27-03-2006, citada *supra*.

motivos graves que apreciará el juez. Entre las medidas que puede tomar el juez tenemos diversos actos jurídicos dependiendo de las circunstancias, tales como recibir cantidades de dinero, arrendar, etc.

ii. Si el presunto ausente ha dejado apoderado: El juez proveerá únicamente a los actos para los cuales dicho apoderado no tenga facultad y se le dará a éste si no encontrare motivo que oponga. De allí que se indique que no hay lugar al nombramiento de representante del ausente, si éste estuviere legal o voluntariamente representado, aunque ciertamente se precisa que esta representación voluntaria tiene que recaer en apoderado con facultades de administración de todos sus bienes⁴¹². Así pues, el representante del ausente en esta fase, podría tener el carácter de “voluntario”, si así lo dispuso expresamente el sujeto antes de la ausencia. Al respecto, comenta acertadamente Bercovitz que “puesto que se trata de atender a sus intereses durante el período de su ausencia, es lógico que no sea necesario proceder al mencionado nombramiento si la persona se encuentra debidamente representada (voluntaria o legalmente) en el lugar que ha desaparecido”⁴¹³. Como indica la norma, si el poder resulta insuficiente, la función del Juez se circunscribe a proveer a los actos para los cuales dicho apoderado carezca de facultad⁴¹⁴.

Por otra parte, indica Domínici que “el Juez tiene el deber de examinar si existe realmente la necesidad de nombrar representante, y facultará a éste sólo hasta donde alcance la dicha necesidad, para la defensa de la persona y los derechos del desaparecido”. Por lo que el Juzgador se abstendrá de interferir en los asuntos del presunto ausente de no existir una causa justificada y probada que lo amerite⁴¹⁵. Para el caso, de que el Juzgador deba nombrar un

⁴¹² Serrano y Serrano: ob. cit., p. 110. Indica el autor que no puede procederse a nombrar representante del ausente cuando éste deje un apoderado con facultad de administrar todos los bienes (ibíd., p. 111).

⁴¹³ Bercovitz y Rodríguez-Cano: ob. cit., p. 112.

⁴¹⁴ Ramírez: ob. cit., p. 341.

⁴¹⁵ Domínici: ob. cit., p. 83. Agrega que el juez debe ser por tanto muy escrupuloso, a pesar de los motivos de necesidad que existan, y cuando no estén claramente acreditados se abstendrá de injerirse y de autorizar para que otros se injerieran en los asuntos del desaparecido (ibíd., p. 84).

representante a los bienes del presunto ausente, según la citada disposición, ha de preferir al cónyuge de éste, no separado legalmente⁴¹⁶, quien presenta un llamado legal preferencial⁴¹⁷, lo cual es la natural por ser en principio el más allegado al afectado como sucede en otras disposiciones legales⁴¹⁸. Creemos que la posibilidad de excluir al cónyuge⁴¹⁹ dada la preferencia que dispone la ley, debe ser vista con suma cautela y en todo caso ha de probarse tal inconveniencia para los intereses del presunto ausente. En su defecto, el Juez apreciará el caso concreto y nombrará un representante que, a su criterio, salvaguarde los intereses del presunto ausente, como podría ser el caso de la madre⁴²⁰, padre,

⁴¹⁶ Esto es, que no curse “separación de cuerpos” decretada judicialmente, toda vez que ésta suele tener lugar con miras a la conversión en divorcio, transcurrido el tiempo de ley.

⁴¹⁷ Véase en este sentido: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 25-11-2002, Exp. 22.834 (revisada en original): “El cónyuge no separado legalmente es llamado preferentemente para desempeñar la representación del presunto ausente, salvo motivos graves que apreciará el juez...”.

⁴¹⁸ Véase: artículo 398 del Código Civil.

⁴¹⁹ Véase en tal sentido: Ramírez: ob. cit., p. 341, “La elección del personero del ausente debe recaer con preferencia en el cónyuge no separado legalmente, salvo motivos que apreciará el Juez, porque, meditando las circunstancias, quizá no sea conveniente conferirle la representación de su cónyuge, ya que ello puede entrañar un peligro para los intereses del desaparecido”.

⁴²⁰ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 27-03-2006, citada *supra*, “... se requiere nombrar una persona que represente en juicio al presunto ausente, de igual manera para que efectúe los correspondientes inventarios y dicte cualesquiera otras providencias necesarias a la conservación de su patrimonio, tal como lo establece el encabezamiento del artículo 419 del Código Civil, de tal manera que, tales facultades de quien represente al presunto ausente en juicio serán las mismas atribuidas al defensor del no presente, indicadas en el primer aparte del artículo 419 del ya mencionado texto sustantivo, prefiriéndose para el nombramiento de representante al cónyuge no separado legalmente, salvo motivos graves que apreciará el Juez, tal como lo expresa el último aparte del ya indicado artículo 419, sin que ello impida que el Juez designe para los fines antes señalados a cualquiera de los herederos del presunto ausente, en este caso considera el Tribunal que la persona más adecuada para representar al presunto ausente... debe ser su señora madre”. Véase en sentido semejante: Juzgado Primero de Primera Instancia, en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 04-03-2005, Exp. 40110 (revisada en original): “se declara la ausencia presunta... quien será representado por su madre”.

hijo, hermano, así como otros parientes⁴²¹. Se debe designar a un representante en concreto y no genéricamente a los “herederos” del presunto ausente⁴²².

En esta fase se trata de proteger sustancialmente los bienes del presunto ausente, para lo cual se hace necesario dictar las medidas que más convenga para permitir y facilitar su administración. Por tanto, serán medidas destinadas a la administración del patrimonio que dictará el Juzgador en cada caso concreto, considerando el contenido y fundamento de cada petición, como resultado de la averiguación correspondiente. Se indica que las facultades del representante del presunto ausente no pueden ser de “disposición” sino de simple administración y representación⁴²³. Lo que se pretende en esta etapa es custodiar los bienes del desaparecido cuando no exista representante con poderes suficientes⁴²⁴. Debe acotarse que si el presunto ausente es un menor

⁴²¹ Recordemos que en otras materias, como el nombramiento del tutor de menores, a cuyas normas se remite en materia de entredicho o incapaz absoluto adulto, la designación del tutor la hace el Juez en atención al interés a favor de los parientes dentro del cuarto grado (artículo 309 del Código Civil). Lo que denota que la ley le concede preferencia en la protección de la persona a sus parientes.

⁴²² Véase declarando la ausencia presunta y señalando —a nuestro criterio impropriamente— “quien será representado por sus herederos...” sin indicación específica de cual de éstos asumirá dicha representación: Juzgado Primero de Primera Instancia, en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 01-12-2003, Exp. 35425 (revisada en original).

⁴²³ Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 08-12-2005, Exp. 5408, <http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/marzo/1321-28-5408-20.html>, “Conforme a lo expuesto, aprecia quien decide que en el caso de autos la ciudadana... en su carácter de cónyuge del ciudadano... podía ser nombrada su representante en juicio, así como en la formación de inventarios o cuentas, o en las liquidaciones y particiones en que éste tuviera interés, de acuerdo con lo previsto en el artículo 419 transcrito *supra*. Asimismo se le podían conferir las facultades establecidas en el artículo 417 *eiusdem*. No obstante, se observa de la autorización que le fuera conferida por el Juzgado... que a la mencionada... se le otorgaron facultades no sólo de representación y administración, sino también de disposición sobre algunos bienes de la comunidad conyugal... resulta forzoso para quien decide ordenar la suspensión de las facultades que le fueron conferidas a la mencionada ciudadana...”.

⁴²⁴ De Belaúnde L. De R.: ob. cit., p. 62, agrega el autor que las facultades se dirigen a los bienes y no a la persona del desaparecido.

de edad, la representación de sus bienes, la ejercerán sus representantes legales, esto es, sus progenitores o en su defecto su tutor.

Así mismo, vale acotar que, de conformidad con el citado artículo 419 del Código Civil, la protección del ausente puede extenderse hasta el ámbito procesal, pues la referida norma expresamente indica que el Juzgador podría, si no se ha nombrado apoderado, “nombrar quien represente al ausente en juicio”⁴²⁵. De tal suerte, que no procede el nombramiento de un simple defensor judicial o *ad litem* en el juicio de que se trate, sino que debería intervenir en los procesos donde sea parte el presunto ausente el representante judicial nombrado por el Juzgador que conozca de la solicitud de presunción de ausencia. Y en tal caso aclara el Código sustantivo que las facultades del representante judicial serán las mismas del defensor del no presente⁴²⁶. Por lo que si se demanda al ausente por ejemplo, a través de una acción merodeclarativa se precisa su citación a través de tal defensor especial⁴²⁷. Distinto es el caso de la sucesión

⁴²⁵ Marín Echeverría: ob. cit., pp. 216-217. Véase, por ejemplo, petición de presunción de ausencia: Juzgado Primero de Primera Instancia, en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 01-12-2003, Exp. 35425 (revisada en original): la sentencia indica que el solicitante refiere la necesidad de representante judicial al presunto ausente (su hermano) con el fin de que no se violente el debido proceso por haber sido demandado en Juicio de Desalojo y haberse dictado sobre el inmueble medida de secuestro.

⁴²⁶ Véase *supra* N° 2.3.

⁴²⁷ Véase acción merodeclarativa de concubinato, donde alude a un procedimiento de ausencia previo con relación al presunto concubino: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 19-09-2011, Exp. AP11-V-2011-000979, citada *supra*: “De los extractos y alegatos señalados como fundamento de la presente demanda se puede verificar que con relación al demandado en el presente asunto o causa, existe una situación jurídica especial por cuanto, y así lo señala la actora cuando expresan que el accionado se encuentra desaparecido y se menciona una solicitud de declaración de ausencia acompañando copia fotostática de la solicitud signada con el N° AP1131-S-2011-000625, cuestión esta que no está dada entrar a verificar por esta Juzgadora, pero que no debe pasar por alto en la oportunidad de la admisión o no de la demanda. En este orden de ideas, es preciso señalar que la persona a ser llamada a juicio, como demandado es el ciudadano... el cual *ad inicio*, no podría ser localizado, y esto se verifica inclusive de lo dicho por los apoderados de la parte actora, pues como ya ha

procesal en los herederos del ausente que acontece en la fase de declaración de ausencia⁴²⁸.

Se indica que esta primera fase de la presunción de ausencia supone un procedimiento no contencioso o de jurisdicción voluntaria⁴²⁹ donde no se plantea

sido mencionado *ut supra*, esta alegó que el demandado se encuentra en una condición de ausencia presunta. De lo anteriormente expuesto, se evidencia que la característica fundamental de la institución de ausencia, es la duda acerca de si la persona está viva o ha fallecido, por ello, el legislador creó la norma de manera tuitiva a los fines de salvaguardar y proteger los derechos e intereses de quienes no pueden hacerlo por sí mismos. En el caso que nos compete, se señala en el escrito libelar que el demandado se encuentra desaparecido desde hace más de dos años, y dicha circunstancia, crea una situación de incertidumbre para la propia demandante (según su dicho en el libelo), y más aún una incertidumbre jurídica para esta Juzgadora, hasta tanto se resuelva por el Tribunal competente, pues el demandado... podría encontrarse vivo o muerto. Los apoderados judiciales de la parte actora, pretenden llamar a juicio a un ciudadano que desde el inicio del presente asunto se encuentra en una situación indeterminada, pues al acto de comparecencia, debe realizarse a través de la citación que es un acto procesal mediante el cual se emplaza al demandado para que de contestación a la demanda, este acto es de necesario cumplimiento para la seguridad y garantía jurídica del juicio, y también del principio del contradictorio, pues, todos corolario de la garantía del derecho a la defensa y al debido proceso, y en general la citación y las disposiciones legales que la regulan son de eminente orden público, entendido este como el interés general de la sociedad, que sirve de garantía a los derechos particulares y a sus relaciones recíprocas, y todo lo relacionado al interés público que exige observancia incondicional, obligatoria y necesaria por parte del Juzgador, así como para las partes intervinientes. En consecuencia, mal podría constituirse una relación jurídico procesal; con un sujeto de la relación procesal, que desde el inicio se encuentra en una situación jurídica indeterminada, asimismo, como se pudiera ordenar el cumplimiento de elementales actuaciones que tienen que ver con la comparecencia del demandado, esto es la citación personal y el emplazamiento para que se haga parte en el presente proceso, tal como lo prevé los artículos 218, 342 y 344 del Código de Procedimiento Civil, normas de orden público de estricta observancia, que demandan su debido acatamiento por brindar garantías fundamentales del derecho a la defensa y el debido proceso, que son de sumo interés general en un Estado democrático y social de Derecho y Justicia. Así se establece”.

⁴²⁸ Véase *infra* N° 4.2.4.

⁴²⁹ Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 09-12-2002, Exp. 23.026, citada

contradictorio alguno, sino que se provee a la administración de los bienes del presunto ausente. Se desprende de los artículos 418 al 420 del Código Civil que la presunción de ausencia, constituye un procedimiento no contencioso o de jurisdicción voluntaria⁴³⁰, destinado únicamente a salvaguardar los intereses del sujeto que no ha constituido apoderado a los fines de su representación y administración de su patrimonio. La Roche comenta que este primer estadio del procedimiento de ausencia no tiene carácter contencioso, puesto

supra: “Ahora bien, la presente solicitud versa sobre un asunto de naturaleza no contenciosa, por lo que la misma debe ser sustanciada en sede de jurisdicción voluntaria, sin necesidad de las formalidades del juicio, con sujeción al régimen especial previsto en las Disposiciones Generales sobre la materia contenidas en el Libro Cuarto, Parte Segunda, Título I del Código de Procedimiento Civil e igualmente de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 11, único aparte, del mismo Código, debiendo dictarse una resolución expresa, positiva y precisa con respecto al interés realmente postulado por los solicitantes”. En cuanto al procedimiento agrega: “... Una vez consten en autos dichas constancias, podrá ordenarse la apertura de una articulación probatoria, según la cuestión planteada, a fin de evacuar las pruebas pertinentes, y dentro de los tres días siguientes al vencimiento de dicha articulación, se procederá a dictar la resolución que corresponda sobre la solicitud”. Véase en el mismo sentido: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 09-12-2002, Exp. 23.094 (revisada en original); Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 25-11-2002, Exp. 22.834 (revisada en original): “... Ahora bien, es evidente que la expresada actuación fue tramitada erróneamente, ya que por constituir una solicitud que versa sobre un asunto de naturaleza no contenciosa, después de darle entrada, la misma debió haber sido sustanciada en sede de jurisdicción voluntaria, sin necesidad de las formalidades del juicio, con sujeción al régimen especial previsto en las Disposiciones Generales sobre la materia contenidas en el Libro Cuarto, Parte Segunda, Título I del Código de Procedimiento Civil e igualmente de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 11, único aparte, del mismo Código. Además, no llegó a dictarse ninguna resolución expresa, positiva y precisa con respecto al interés realmente postulado por la solicitante, en relación con el cobro de las pensiones de jubilación. Luego, tratándose de un auto de mero trámite que contraviene el principio de la obligatoriedad de las formas procesales establecido en el artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, es procedente su revocatoria por contrario imperio, y en consecuencia, así lo declara este tribunal, de conformidad con lo permitido por el artículo 310 del mismo Código...”; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 24-05-2004, Exp. 23.898, citada *supra*.

⁴³⁰ Véase: Hung Vaillant: ob. cit., p. 447.

que los requisitos indicados no comportan procedimiento contradictorio y solamente en el aspecto formal de averiguación sumaria del Juez dictaminará si se dan los requisitos materiales exigidos por el artículo 418 del Código Civil, para que dicte el auto designando defensor al desaparecido, quien desde ese mismo instante quedará legalmente calificado como presunto ausente⁴³¹.

Sin embargo, igualmente, se suele requerir a los entes oficiales que puedan dar fe de la falta de noticia del presunto ausente⁴³², así como otras pruebas, por ejemplo, la instrumental⁴³³, la testimonial⁴³⁴. Podrá así mismo, el Juez abrir

⁴³¹ La Roche: ob. cit., p. 304.

⁴³² Véase: Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, p. 474; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 09-12-2002, Exp. 23.026, citada *supra*: "... Ahora bien, el juez debe dictar la resolución que corresponda sin dejar de procurar el más amplio conocimiento de la situación jurídica en formación. En este sentido, estima el tribunal, actuando en sede de jurisdicción voluntaria, que es necesario ordenar notificar, mediante oficio, a la Dirección de Identificación y Extranjería (DIEX), solicitando el movimiento migratorio y último domicilio conocido del ciudadano... oficiar al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Policiales y Criminalísticas, a los fines de solicitar informe acerca de la desaparición de dicho ciudadano; así como, requerir de la representación diplomática de la República de Portugal acreditada en Caracas, informe sobre cualquier gestión o trámite que hubiera realizado dicho ciudadano, por ante dicha embajada... dichos requerimientos ateniéndose a que la presunción establecida en el artículo 418 del Código de Procedimiento Civil, es desvirtuable por prueba en contrario..."; Juzgado Primero de Primera Instancia, en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 01-12-2003, Exp. 35425 (revisada en original); Juzgado Primero de Primera Instancia, en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 04-03-2005, Exp. 40110 (revisada en original).

⁴³³ Véase en tal sentido: Opinión de Salvador Yannuzzi, aun cuando algunas de la referidas instrumentales se hacen efectivas a través de la referida prueba de informes: "Creo que son dos, la documental, por una parte, para demostrar: La existencia de la persona; el interés de quienes solicitan que se declare la ausencia, es decir, deben demostrar su cualidad de herederos *ab-intestato* o testamentario, de acuerdo al caso; para demostrar la rutina (historia) de la persona; para demostrar que no ha continuado con su rutina habitual (movimientos bancarios, gastos con tarjetas de crédito, etc.); historia médica, de tener alguna enfermedad que conlleve pérdida de la memoria. Acá debe tenerse en cuenta el sigilo médico".

una articulación probatoria a los fines que estime pertinentes, no obstante el carácter no contencioso del procedimiento⁴³⁵. Y obviamente, el Juzgador

⁴³⁴ Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia, en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 01-12-2003, Exp. 35425 (revisada en original), se aprecia en procedimiento de presunción de ausencia, la prueba testimonial, de conformidad con el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil; Juzgado Primero de Primera Instancia, en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 04-03-2005, Exp. 40110 (revisada en original), las testimoniales evacuadas indican la desaparición del presunto ausente; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 15-10-2008, Exp. 30.759, <http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2008/octubre/2118-15-30.759-.html>, “quienes estuvieron contestes en afirmar que estuvieron presentes en el sitio donde ocurrieron los hechos; que los mismos ocurrieron en el río Santo Domingo; que los niños resbalaron y cayeron al río el cual los arrastró aguas abajo...” Véase también considerando además de la instrumental la prueba testimonial: Opinión de Salvador Yannuzzi: “la prueba de testigos para demostrar las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la desaparición; si fue en una catástrofe natural (deslave, por ejemplo) habría que demostrar que se encontraba allí; para demostrar que no ha continuado con su rutina habitual (no asiste al trabajo, universidad, etc.)”.

⁴³⁵ Véase en este sentido: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 25-11-2002, Exp. 22.834 (revisada en original): “Ahora bien, el juez debe dictar la resolución que corresponda sin dejar de procurar el más amplio conocimiento de la situación jurídica en formación, y esto exige tener en cuenta las razones que tengan que manifestar los terceros que puedan ver afectados su interés por la mencionada solicitud. En este sentido, estima el tribunal que Hidrocapital debe ser oída en el asunto, para determinar los derechos u obligaciones que pueda tener ese organismo dependientes de la vida o muerte del desaparecido, ateniéndose a que la presunción establecida en el artículo 418 del Código de Procedimiento Civil es desvirtuable por prueba en contrario. En consecuencia, este tribunal, actuando en sede de jurisdicción voluntaria, ordena citar mediante oficio a las autoridades competentes... para que comparezcan ante el juez en el segundo día de despacho siguiente a su citación, a exponer lo que crean conducente en relación con la solicitud formulada por la ciudadana... Pasada la oportunidad para la comparecencia del organismo interesado, podrá ordenarse la apertura de una articulación probatoria, según la cuestión planteada, a fin de evacuar las pruebas pertinentes, y dentro de los tres días siguientes al vencimiento de dicha articulación, se procederá a dictar la resolución que corresponda sobre la solicitud. La resolución que se dicte dejará a salvo los derechos de terceros y se mantendrá en vigencia mientras no cambien las circunstancias que la originaron y no sea solicitada su modificación o revocatoria por la interesada, caso en el cual el juez obrará también con conocimiento de causa”.

podrá declarar sin lugar la petición por considerar que no se llenan los extremos de ley⁴³⁶. Aplican al presente procedimiento lo relativo a la inepta acumulación de pretensiones⁴³⁷ y la perención de instancia⁴³⁸. Esto último pues recordemos, que aun cuando esta primera fase es la que mayor tiende a la protección de los intereses del ausente, generalmente tiene lugar como fase

⁴³⁶ Véase en este sentido: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 09-12-2002, Exp. 23.094 (revisada en original): "... sin embargo el tribunal encuentra discordancias sustanciales en cuanto a lo alegado por ella y los recaudos presentados para ilustrar el conocimiento del juez sobre las circunstancias que originan la solicitud, en relación con la desaparición de la ciudadana... Por ello, debe considerarse no cumplidos los extremos necesarios para dictar providencias que preserven los intereses patrimoniales del presunto ausente. En consecuencia, este tribunal, actuando en sede de jurisdicción voluntaria, niega la declaratoria de presunción de ausencia y así se decide".

⁴³⁷ Véase: Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 11-06-2003, Exp. 5634, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2003/junio/132-11-5634-373.html>, "Es criterio de quien juzga que habiéndose acumulado distintas pretensiones en el libelo de la demanda, cuyos procedimientos son incompatibles entre sí, se evidencia que estamos en presencia de una <inepta acumulación de acciones>, y siendo esta materia de orden público es imperativo declarar inadmisibile la presente solicitud de justificativo a perpetua memoria y demanda de presunción de ausencia".

⁴³⁸ Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 04-07-2005, Exp. 28510, <http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2005/julio/1327-4-28510-.html>, "... solicitud de declaratoria de presunción de ausencia... declara la perención de la instancia y en consecuencia, extinguido el presente proceso". Véase también entre otras: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 19-01-2006, Exp. 32.849, <http://aragua.tsj.gov.ve/decisiones/2006/enero/220-19-32849-.html>; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 11-02-2009, Exp. 11061, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/enero/2009/130-11-11061-8061.html>; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 03-10-2011, Exp. 11.10470, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2011/octubre/2138-3-11.10470-11.161-INT-CIV.html>; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 25-07-2013, Exp. 19050-2013, <http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2013/julio/1329-25-19050-15-I.html>.

preparatoria o antecedente de las siguientes etapas, en las que definitivamente no estamos ante un procedimiento de orden público o en interés y protección del ausente, sino en atención a intereses patrimoniales de terceros que dependen de la existencia de aquel.

Dispone el artículo 420 del Código Civil que desde que ocurra la presunción de ausencia de uno de los padres, el otro ejercerá la patria potestad y si este ha fallecido o estuviere imposibilitado se abrirá la tutela⁴³⁹. Ello, pues, según sabemos, la ausencia y la no presencia constituyen causas de exclusión absoluta del ejercicio de la patria potestad, pues, al tener lugar, suspenden o imposibilitan automáticamente al progenitor incurso en éstas, a ejercer las funciones inherentes a la patria potestad⁴⁴⁰. La muerte, por su parte, constituye causa de extinción de la patria potestad⁴⁴¹. La ausencia en cualquiera de sus etapas constituye causa de exclusión del ejercicio de la patria potestad, pues suspende⁴⁴² automáticamente y de hecho, las funciones inherentes a dicho régimen de protección, las que se reiniciarán sin necesidad de declaratoria judicial, al retornar el ausente⁴⁴³.

⁴³⁹ Véase: Ramírez: ob. cit., p. 341, esto porque en uno u otro caso falta el representante legal y se está por tanto, en la situación prevista en el artículo 301 del Código Civil. Véase con respecto a la fase siguientes de declaración de ausencia: artículo 262 del Código Civil.

⁴⁴⁰ Véase: Domínguez Guillén: **Ensayos...**, pp. 168-169. Véase también: Binstock: ob. cit., p. 41, se trata de una causa de exclusión absoluta del ejercicio de la patria potestad; Lacruz Berdejo y otros: ob. cit., p. 208, habrá un ejercicio exclusivo de parte del otro progenitor o quedará en suspenso a falta de éste; Martínez De Aguirre Aldaz: ob. cit., p. 505; Bercovitz y Rodríguez-Cano: ob. cit., p. 113, el padre pierde la patria potestad (suspensión).

⁴⁴¹ Véase artículo 356 literal c, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. En otros países la ausencia con presunción de fallecimiento constituye causa de extinción de la patria potestad, tal es el caso de Argentina, según refiere: Moisset de Espanés, Luis: **La ausencia y la patria potestad**. www.acader.unc.edu.ar/artausencia7.pdf, p. 2.

⁴⁴² Véase: Serrano y Serrano: ob. cit., p. 287, la declaración de ausencia suspende la patria potestad, que puede revivir con la vuelta del ausente o extinguirse por la prueba de la muerte.

⁴⁴³ Véase *supra* N° 2.3. Indicamos que la no presencia igualmente constituye causa de exclusión absoluta del ejercicio de la patria potestad.

De allí que se aluda a que la causa de exclusión del ejercicio de la patria potestad entre las que se ubica la ausencia, funciona como una “suspensión”, recobrándose al regreso del ausente de ser el caso⁴⁴⁴.

Una vez declarada la presunción de ausencia comienza a computarse el lapso de dos o tres años previsto en el artículo 421 del Código Civil a los fines de la declaración de ausencia⁴⁴⁵, aun cuando pensamos que se podría prescindir de la declaratoria formal de “presunción de ausencia” por auto expreso siempre y cuando se le acrediten al Juzgador los supuestos de su procedencia⁴⁴⁶, por cuanto pudiera no ser necesario nombrar representante o administrador de los bienes del ausente.

Al efecto indicamos: “Si bien con la declaración de presunción de ausencia comienza a computarse el lapso de dos o tres años previsto en el artículo 421 a los fines de la fase siguiente, se aclara acertadamente que la declaratoria judicial de esta etapa por auto expreso es perfectamente prescindible siempre y cuando se le acrediten al Juzgador los supuestos de su procedencia. Además, bien pudo no ser necesario nombrar un administrador a los bienes del ausente”⁴⁴⁷.

Señala acertadamente Ramírez que la ausencia en tales circunstancias se denomina “presunta”, en el sentido de que ella resulta de los hechos mismos, “sin que haya necesidad de declaración judicial”⁴⁴⁸. También Gravina refiere que “se ha denominado ausencia presunta en contraposición a la ausencia declarada y porque ella resulta de hechos que no requieren declaración judicial”⁴⁴⁹. Torres-

⁴⁴⁴ Véase: La Roche: ob. cit., p. 115; Baqueiro y Buenrostro: ob. cit., p. 201, “respecto a las relaciones de la patria potestad éstas se suspenden, pero se recobran con la presencia del ausente”.

⁴⁴⁵ Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 24-05-2004, Exp. 23.898, citada *supra*: “Están dados los presupuestos para la declaración de Presunción de Ausencia del mismo, y así se decide. Se deja constancia que a partir de la fecha de la publicación de la presente decisión, comenzara a transcurrir el lapso establecido en el artículo 421 de Código Civil...”.

⁴⁴⁶ Véase *infra* N° 4.2.1.

⁴⁴⁷ Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, pp. 469-470.

⁴⁴⁸ Ramírez: ob. cit., p. 340, agrega: “se habla de ausencia presunta solo en contraposición a ausencia declarada”.

⁴⁴⁹ Gravina: ob. cit., p. 107.

Rivero parece pronunciarse en este mismo sentido, el referirse a la ausencia como causa de incapacidad relativa para suceder⁴⁵⁰. También asume una posición similar De Belaúnde en el Derecho peruano con relación al equivalente a la presente etapa denominada “desaparición”⁴⁵¹. Así pues, a nuestro criterio, “no” se precisa auto expreso de presunción de ausencia para acceder a la fase siguiente del procedimiento; la presente etapa se inicia por la necesidad de administrar el patrimonio del presunto ausente, lo que es perfectamente prescindible. De allí que no es óbice para los interesados relacionados con el ausente, acudir directamente a la jurisdicción a plantear la declaración de ausencia.

4.1.3. Cesación⁴⁵²

4.1.3.1. Con la prueba de la existencia del presunto ausente

Es evidente que si el procedimiento de ausencia tiene lugar en caso de incertidumbre sobre la existencia humana, el mismo —en ésta y en cualquiera de sus etapas— pierde sentido y llega a su fin, si ha cesado tal incertidumbre, ya sea por la prueba de la existencia (vida) del presunto ausente, así como por la prueba de su muerte.

De allí que si en el curso del proceso se acredita al Juez que el presunto ausente está vivo, el procedimiento ha de concluir pues habría perdido su razón de ser. Señala acertadamente Corral: “que la prueba de la existencia o retorno debe entenderse en un sentido amplio, comprendiendo todos los casos en que se desvanece la incertidumbre por hacerse factible la manifestación de voluntad del

⁴⁵⁰ Véase: Torres-Rivero, Arturo Luis: **Teoría General del Derecho sucesoral**. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1981, p. 232, “salvo en la ausencia presunta, en la que la situación de hecho hace configurar una presunción legal *iuris tantum* se precisa de la decisión judicial...”.

⁴⁵¹ De Belaúnde L. De R.: ob. cit., p. 62, “El Código no ha previsto explícitamente una declaración judicial de desaparición. No obstante, ella se configura cuando concurren tres supuestos: una persona no se halla en el lugar de su domicilio (no se requiere plazo), se carece de noticias sobre su paradero y no tiene mandatario con facultades suficientes”.

⁴⁵² Véase: Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 430; Marín Echeverría: ob. cit., pp. 217-218; Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, p. 470.

ausente y su conocimiento por los interesados. Por eso no necesariamente deberá exigirse la presencia física de la persona en el lugar de su domicilio o residencia anterior; para considerar finalizada la incertidumbre sobre el regreso bastará, por ejemplo, el envío de un mandatario con poderes generales o la comunicación con los suyos por cualquier medio idóneo (teléfono, telex, fax, etc.)”. Actualmente agregaríamos correo electrónico. También pudiera probarse con el otorgamiento de un instrumento auténtico por parte del ausente⁴⁵³.

Una vez acreditada en el expediente la prueba de la existencia, si se plantea duda o conflicto sobre la misma, pensamos que a falta de previsión expresa en la materia sobre tal incidencia, el Juzgador pudiera simplemente ordenar una articulación probatoria a los fines pertinentes⁴⁵⁴.

4.1.3.2. Con la prueba de la muerte del presunto ausente

Según acabamos de referir, el procedimiento de ausencia sólo encuentra sentido en caso de duda sobre la existencia de un individuo por lo que cuando tal incertidumbre desaparece, dicho proceso también cesa⁴⁵⁵. Así pues, al igual que con la prueba de la vida del presunto ausente culmina el procedimiento en estudio, la prueba de la muerte —como hecho jurídico incontrovertible— ciertamente también elimina la incertidumbre sobre la existencia jurídica que caracteriza el régimen de la ausencia. “La muerte también hace culminar el procedimiento de ausencia, a saber, aquel que tiene lugar ante la incertidumbre sobre la existencia de una persona natural; y así cualquiera de sus fases culmina cuando se tiene prueba de la muerte de la persona”⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Véase: Corral Talciani: “Ausencia...”, p. 21, Véase también: Serrano y Serrano: ob. cit., p. 135, incluye dentro de la terminación del período, la aparición de un apoderado del ausente.

⁴⁵⁴ Esto no obstante, que nos encontramos en una fase del procedimiento no contenciosa. Sin embargo, tal consideración vale igualmente respecto a la culminación de las siguientes fases del proceso, a saber, la ausencia declarada (véase *infra* N° 4.2.5.) y la presunción de muerte (véase *infra* N° 4.3.3.).

⁴⁵⁵ Véase *supra* N° 4.1.3.1.

⁴⁵⁶ Domínguez Guillén: **Inicio y extinción**..., pp. 216-217.

La prueba legal por excelencia de la muerte es la respectiva partida o acta de defunción o en su defecto la correspondiente prueba supletoria⁴⁵⁷. De allí que mal puede pretenderse acreditar un hecho jurídico y natural de tanta importancia con otros medios no aptos para tal fin, entre los que se incluye la publicación en prensa a propósito de los hechos notorios pues es bien sabido que no es suficiente la prueba del hecho sino la conexión del desaparecido con éste⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ Véase: Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, pp. 274-277; Domínguez Guillén: **Inicio y extinción...**, pp. 243-246.

⁴⁵⁸ La prueba de la muerte no puede tener lugar por información de prensa. Véase: Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 24-09-2004, Exp. 5574-04, citada *supra*: “Observa esta superioridad que la sentencia recurrida emanada del Juzgador *A-Quo*... sustentó su declaración de inadmisibilidad de la solicitud de declaración de ausencia, en el supuesto normativo establecido en el artículo 418 del Código sustantivo Civil, a través del cual se establece como requisito... para tal declaratoria, que: <... no se tengan noticias, se presume ausente>. Valorando los hechos noticiosos de la prensa regional como elementos de convicción suficiente, para establecer a través del Hecho Notorio Comunicacional, la muerte del ciudadano... en el caso de elementos probatorios para determinar la muerte de un ciudadano, el Hecho Comunicacional, no es el medio conducente para hacer nacer una presunción *Tantum* de certeza; tal cual, lo desprende de su valoración el acta de Defunción y así se establece...”. Véase en sentido contrario, esto es dando crédito a la información de la prensa: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 30-06-2004, <http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2004/junio/390-30-6984-.html>, “... se entiende que la Ley presume ausente a una persona cuando concurren estas dos circunstancias: 1) Que la persona haya desaparecido de su último domicilio o residencia y, 2) Que no se tenga noticias de la persona, ni emanada de ella ni de otro. En el caso planteado no se da la circunstancia anotada en segundo lugar. En efecto como lo afirma la solicitante y se desprende de las páginas de los periódicos que anexo al libelo, aparecen noticias sobre la presunta aparición del cadáver del cónyuge de la peticionaria. Esto fue reseñado en los diarios mencionados como un hecho noticioso. Por otra parte, así como apareció reseñado en la prensa regional y nacional la circunstancia de la presunción de que los restos de huesos encontrados correspondían al ciudadano... también apareció, como hecho notorio Comunicacional en los diarios... que <exámenes antropológicos determinaron que restos óseos eran...> Por los razonamientos antes expuestos, el Tribunal declara Inadmisile la presente solicitud, por carecer de fundamento legal y así se decide”.

4.1.3.3. Con la sentencia definitivamente firme que declara la ausencia (declaración de ausencia)

Como es natural, las dos primeras fases del procedimiento de ausencia terminan cuando se instaura la etapa siguiente. Ello no constituye propiamente un modo de culminación del procedimiento, el cual sigue su curso, pero en una fase más avanzada. Sin embargo, desde el punto de vista técnico jurídico por tratarse de etapas diversas y con efectos sustanciales distintos, la doctrina tradicional ha distinguido que al menos las dos primeras fases del régimen de la ausencia acaban cuando se instaura la siguiente, como es el caso de la presente etapa⁴⁵⁹.

La presente etapa del régimen de la ausencia (presunción de muerte) —que tiende a la protección y preservación de los bienes del ausente— culmina sustancial y formalmente con la sentencia de declaración de ausencia o ausencia declarada. Esto es, con la decisión relativa a la fase que estudiaremos de seguidas.

4.2. *Ausencia declarada (declaración de ausencia)*⁴⁶⁰

4.2.1. Supuestos

La declaración de ausencia según el artículo 421 del Código Civil presupone que hayan transcurrido dos años, de la ausencia presunta, si el causante no dejó mandatario para la administración de sus bienes o tres años para el caso de que se dejara mandatario⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ Véase: Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 428.

⁴⁶⁰ Véase: ibíd., pp. 430-435; La Roche: ob. cit., pp. 304-311; Marín Echeverría: ob. cit., pp. 218-228; Graterón Garrido: ob. cit., pp. 368-373; Hung Vaillant: ob. cit., pp. 449-457; Ochoa G.: ob. cit., pp. 199-206; Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I**..., pp. 470-478.

⁴⁶¹ Véase: Gravina: ob. cit., p. 108, “Para obtener la declaración de ausencia es necesario: 1. Que exista la ausencia presunta, es decir, que existan hechos que la motiven; 2. Que hayan transcurrido dos o tres años de la ausencia presunta. Los tres años se refieren a la hipótesis de que el ausente haya dejado mandatario para la administración de sus bienes”.

La diferencia se justifica, según Aguilar Gorrondona, pues la designación del mandatario supone la previsión de un alejamiento prolongado, por lo que es relevante la suerte del mandatario; por otra parte, no se requiere que el apoderado este facultado para administrar todos los bienes del ausente⁴⁶². Tampoco importa que el mandatario haya muerto o renunciado, porque lo relevante es haber provisto a la administración de los intereses⁴⁶³.

Se trata de una etapa con efectos más definidos y permanentes que la anterior, y aun cuando continúa la situación de expectación, el Legislador considera que se constituye en un estado más permanente que amerita tomar medidas más acordes⁴⁶⁴. Esto porque la etapa anterior de “presunción de ausencia” se encamina a la defensa de los intereses del ausente y a mantener su patrimonio, mientras que la “declaración de ausencia” tiene una finalidad distinta pues se orienta mayormente por los intereses de los herederos del ausente. Ello pues, como bien indica Ramírez al referirse a la declaración de ausencia, si la incertidumbre continúa, a medida que pasan los días más grave va haciéndose la situación del ausente y la de los interesados; vehementes sospechas van surgiendo con el transcurso del tiempo⁴⁶⁵. De allí que, una vez comprobados los supuestos que dan lugar a la presunción de ausencia, puedan los interesados, solicitar la declaratoria judicial de la fase siguiente, a saber, la “declaración de ausencia”.

Según indicamos⁴⁶⁶, la ley no prevé la necesidad de que la etapa anterior de presunción de ausencia sea declarada judicialmente, aunque algunos señalan que se precisa de un auto expreso⁴⁶⁷. Por nuestra parte, según indicamos, adherimos

⁴⁶² Aguilar Gorrondona: ob. cit., pp. 430-431.

⁴⁶³ Domínici: ob. cit., p. 90.

⁴⁶⁴ La Roche: ob. cit., p. 305.

⁴⁶⁵ Ramírez: ob. cit., p. 342, de allí que el autor citando a Ricci indique que para los juriscultos romanos las leyes relativas al ausente eran leyes de tutela y de defensa de sus intereses, en cambio para los legisladores modernos las providencias legislativas se convierten en daño del ausente y, casi para castigarlo por su ausencia, lo privan de rentas a fin de entregárselas a los herederos.

⁴⁶⁶ Véase *supra* N° 4.1.2.

⁴⁶⁷ Véase: Hung Vaillant: ob. cit., p. 447. Señala el autor que nada dice nuestro Código acerca de un auto expreso que declare formalmente la presunción de ausencia aunque

la doctrina aboga porque así sea para que pueda ser declarada judicialmente la ausencia (cita a La Roche: ob. cit., p. 305 y Marín Echeverría: ob. cit., p. 215). Véase también: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 09-12-2002, Exp. 23.026, citada *supra*; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 24-05-2004, Exp. 23.898, citada *supra*: Se deja constancia que a partir de la fecha de la publicación de la presente decisión, comenzara a transcurrir el lapso establecido en el artículo 421 de Código Civil; Véase: Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil, y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 08-01-2008, Exp. 070741, citada *supra*: “Ahora bien, analizada como ha sido la Institución de la ausencia y sus diversas fases, se observa en el caso bajo análisis, que la parte interesada ha solicitado la declaración de ausencia del ciudadano... Sin embargo también se observa que no existe en las actas elemento alguno que nos permita determinar que fue agotada por las solicitantes, la fase de la presunción de ausencia antes examinada, sino que por el contrario, se ejerció la acción directamente para que se efectuara la declaración de ausencia del mencionado ciudadano, siendo que como se explicó *supra*, debe existir un pronunciamiento judicial previo, donde se haya constatado que la persona se presumía ausente, porque no regresó nunca, porque se hizo todo lo necesario para encontrarlo, inclusive ante las oficinas de extranjería pertinentes, o ante otras instituciones, así como través de la radio, y que resultaron inútiles todas las gestiones hechas y que por todo el lapso de tiempo transcurrido sin tener noticias de la persona, desconocen donde se encuentra dicho ciudadano; lo cual crearía convicción en quien decida de que en efecto, conforme a los artículos que rigen la presunción de ausencia antes expuestos, se constataron las circunstancias de que la persona desapareció de su último domicilio o residencia y que no se tuvo ninguna noticia de ella de ninguna forma, todo ello recabado en un pronunciamiento judicial previo y en protección o garantía de los derechos tanto de la persona de quien se duda que exista como de los derechos de algún reclamante suyo. Por ello, siendo que se trata de un procedimiento dividido en fases, en el cual cada una de las circunstancias que hagan presumir la ausencia, deben estar determinadas por un órgano jurisdiccional, lo cual dará efectiva certeza al hecho de la ausencia presunta y subsiguientemente, podría hacer procedente la declaratoria de ausencia, tal y como se explicó en el anterior análisis; esta juzgadora concluye que no se cumplieron los requisitos exigidos en la Ley, para hacer procedente la apertura de la fase de declaratoria de ausencia, en razón de lo cual la acción interpuesta resulta inadmisibles, por tanto difiere quien aquí juzga del criterio expresado por el Tribunal de la causa. En consecuencia, deberá confirmarse la decisión recurrida, pero con la motivación expresada en el presente fallo. Así se establece”. Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 15-04-2009, Exp. C-1008, <http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2009/.../1141-15-C-1008-C-1008.html>, “... las tres

a la opinión que señala que la fase anterior de presunción de ausencia no precisa ser declarada judicialmente por auto expreso⁴⁶⁸. Por lo que la presente etapa no requiere previamente del nombramiento de un representante de los bienes correspondientes a la presunción de ausencia⁴⁶⁹. Sin embargo, además de dicha omisión legal, tal fase previa, según indicamos, constituye un trámite no contencioso que pretende preservar los intereses del presunto ausente designando un representante, situación que bien pudo no ser necesaria. Al efecto, indica acertadamente Domínici, que “Háyase o no proveído sobre la presunción de ausencia, período durante el cual puede el Juez abstenerse de resolver... vienen luego los trámites que deben observarse para la declaración de ausencia, dado que haya continuado ésta y aunque nadie se haya presentado pidiendo resolución alguna acerca de la presunción antedicha”⁴⁷⁰.

No parece cónsono con la tutela judicial efectiva que tiene rango constitucional y propugna prescindir de los formalismos inútiles⁴⁷¹, pretender imponer formalmente una etapa no estrictamente necesaria cuando ha mediado tiempo considerable que le permitiría al Juzgador constatar directamente los presupuestos

etapas están correlacionadas la una de la otra, se suceden a medida que aumenta la probabilidad de muerte del presunto ausente, en las cuales se pasa de la protección preponderante de los intereses del ausente, a la protección predominante de los intereses de aquellas personas cuyos derechos dependen de la muerte del ausente. Ahora bien, de un examen del caso de autos observa este Tribunal; examinadas las pruebas aportadas por la parte solicitante que no existe en las actas ningún alegato o medio de prueba que permita determinar el agotamiento de la fase de presunción de ausencia, ejerciendo de forma directa la solicitud de Declaración de Ausencia sin tomar en cuenta que para la admisión de la misma era necesario una decisión judicial previa de la presunción de ausencia...”; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 09-02-2012, Exp. 10.137, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2012/febrero/962-9-10137-.html>, “No se puede intentar la declaración de ausencia, sin antes proponer la solicitud de presunción de ausencia, razón por la cual se debe declarar inadmisibile la presente demanda”.

⁴⁶⁸ Véase *supra* N° 4.1.2. Ramírez: ob. cit., p. 340; Gravina: ob. cit., p. 107.

⁴⁶⁹ De Belaúnde L. De R.: ob. cit., p. 62, indica: “esta declaración judicial de ausencia no supone, necesariamente el previo nombramiento de un curador”. Este último equivale al representante de los bienes en la fase de presunción de ausencia de nuestro Derecho.

⁴⁷⁰ Domínici: ob. cit., p. 88.

⁴⁷¹ Recuérdesse los artículos 26 y 257 del Texto Constitucional.

para acceder propiamente a la fase imprescindible del proceso. Supongamos que el ausente lleve 10 años desaparecido, ¿tendría sentido exigir un administrador de sus bienes para esperar dos o tres años más para poder acceder a la declaración de ausencia? Una vez declarada la ausencia ordinaria los interesados deberán constituir garantía para acceder a la posesión provisional y luego esperar diez años para acceder a la posesión definitiva de los bienes, por lo que no cabría alegar una suerte de peligro a los bienes del ausente por prescindir de la fase de presunción de ausencia. En conclusión, la misma no constituye una fase sustancialmente necesaria, los bienes del ausente no quedan más protegidos por la adición de dicha fase sino por la constitución de las debidas garantías en el lapso de declaración de ausencia y el transcurso integral de la misma en los supuestos de ley para acceder a la fase definitiva. De allí la importancia de ver las instituciones en su finalidad más que en su forma, o más aún, mal se puede ver una forma que ni siquiera el Legislador pretendió imponer.

Se piensa, que la presente etapa de declaración de ausencia puede solicitarse sin que sea estrictamente necesario haber declarado judicialmente la fase previa de presunción de ausencia. Sin embargo, como es natural, sí es absolutamente necesario demostrarle al Juzgador que han transcurrido los lapsos indicados en el referido artículo 421 del Código Civil⁴⁷². Pues al efecto, se señala acertadamente que debe preceder a la declaración de ausencia; en primer lugar, la

⁴⁷² Véase algunas decisiones que declaran la ausencia previa comprobación de los supuestos al margen de la existencia de auto expreso que previamente declare la presunción de ausencia: Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 20-07-2006, Exp. 2004-S-3892, citada *supra*; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 05-08-2004, Exp. 19.499, <http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2004/agosto/959-5-19499-1.html>; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 19-10-2004, <http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/959-19-16897-1.html>; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, Sent. 21-09-2006, Exp. 7247, citada *supra*; Tribunal de Primera Instancia de Juicio de Niños, Niñas y Adolescentes, de la Circunscripción Judicial del Estado Apure, Sent. 25-01-2012, Exp. CP21-J-2010-000221, citada *supra*; entre otras.

comprobación de que ha transcurrido el tiempo de ausencia presunta señalado por la ley e igualmente el carácter con que obran los aspirantes, para luego seguir el procedimiento que al efecto establecen los artículos 422 y siguientes del Código Civil⁴⁷³ al que nos referiremos inmediatamente⁴⁷⁴. Se aprecia decisión judicial que insta a la parte a consignar prueba del cumplimiento de los presupuestos de la fase anterior, más no propiamente de la sentencia de presunción de ausencia⁴⁷⁵. Por lo que no debe confundirse la declaración judicial de la presunción de ausencia que no es *per se* necesaria para acceder a la fase siguiente con la imprescindible acreditación de los presupuestos de ley al Juez que conoce de la solicitud de “declaración de ausencia”, ante quien debe probarse lo conducente a falta de la citada sentencia que se pronuncie sobre la presunción de ausencia.

Por ello, concluimos en otra oportunidad: “Adherimos a la opinión que señala que la fase anterior de presunción de ausencia no precisa ser declarada judicialmente por auto expreso, porque el nombramiento del administrador bien pudo no ser necesario, aunque algunos señalan lo contrario a efectos de acceder

⁴⁷³ Ramírez: ob. cit., p. 343.

⁴⁷⁴ Véase *infra* N° 4.2.3.

⁴⁷⁵ Véase: Juzgado de Primera instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 10-01-2008, Exp. 25.538, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/enero/223-10-07-14567-.html>, “De la revisión de los recaudos consignados, se constata que la solicitante no acredita lo exigido en los artículos 421 y 422 del Código Civil, es decir, no anexó ninguna prueba demostrativa, indiciaria o elemento probatorio alguno que ponga en evidencia la ocurrencia de la desaparición así como el transcurso de dos años desde su ocurrencia. En consecuencia, se concluye que no se encuentran llenos los extremos para iniciar la fase declarativa de la ausencia pues no se ha acreditado su presunción por lo que procedente resulta instar a la parte actora a dar cumplimiento a lo preceptuado en el citado artículo 422 del Código Civil. Por las razones antes expuestas, este Juzgado, ordena el presente Despacho Saneador instando al accionante, a lo siguiente: Consignar nuevo libelo de demanda en el que se exprese de forma detallada, los fundamentos de hecho que hacen suponer por parte de la accionante la ausencia, acompañando a tal efecto los recaudos en los que conste la desaparición... tales como denuncias ante organismos policiales o administrativos, diligencias relativas a la búsqueda, justificativo de testigos, acuses de recibo de telegramas, cartas o misivas... así como cualquier otro medio de prueba que permita presumir la ausencia y el tiempo de la misma”.

a la presente etapa. Lo importante será demostrarle al Juzgador que han transcurrido los lapsos indicados en el referido artículo 221 del Código Civil⁴⁷⁶.

Finalmente, los lapsos indicados (2 o 3 años) se computan desde que se dejó de tener noticias del presunto ausente⁴⁷⁷. Situación que confirma que la declaración de ausencia, en el caso de existir auto expreso de presunción de ausencia, no se computa a partir de ésta sino de la prueba de las últimas noticias, por cuanto, en todo caso, dicho auto tendría un carácter simplemente declarativo.

La solicitud o demanda de declaración de ausencia debe contener, además de los requisitos de todo libelo, una relación o inventario de los bienes del ausente⁴⁷⁸, a los fines de poder considerar posteriormente la respectiva posesión provisional y constitución de garantía. Debe acompañarse, igualmente, instrumento que acredite la legitimación activa⁴⁷⁹ del solicitante.

4.2.2. Legitimación activa

Del artículo 421 del Código Civil se desprende la legitimación activa en esta fase de la ausencia, a saber, quienes pueden solicitar la declaración de ausencia: i. Los presuntos herederos *ab intestato*: Las personas que heredarían al ausente si éste hubiera fallecido sin dejar testamento. Creemos, según indicamos⁴⁸⁰, que el Estado

⁴⁷⁶ Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, p. 471.

⁴⁷⁷ Véase: Sanojo: ob. cit., p. 90, señala que es obvio que la fecha de las últimas noticias debe considerarse el día en que el individuo estaba en un lugar, según se ha sabido después, y no cuando llegó la noticia, puesto que la incertidumbre sobre su existencia comienza en el primero de aquellos; Domínici: ob. cit., p. 88, términos que deben contarse, no desde la fecha en que llegaron las noticias sino desde el día a que ellas se refieren, porque desde entonces comienza la incertidumbre; Serrano y Serrano: ob. cit., p. 356, si no hay noticias, el punto de arranque del cómputo es el día en que ocurrió la desaparición. En sentido contrario, Somarriva y Alessandri R. y otros: ob. cit., p. 385, con base en que las noticias se tienen cuando llegan y no cuando se expiden.

⁴⁷⁸ Borrero Vanegas y Brigard Pérez: ob. cit., p. 71. Véase también: Tobías: ob. cit., p. 181, el inventario tiene por objeto individualizar los bienes del ausente.

⁴⁷⁹ Véase *infra* N° 4.2.2.

⁴⁸⁰ Véase *supra* N° 3.2.

podría tener interés en el procedimiento de ausencia, no porque se trate de un proceso de orden público pues, según veremos, no es tal, sino precisamente ante el supuesto de una herencia yacente con miras a declararse “vacante”, en cuyo caso, en nuestra opinión, la persona jurídica por excelencia tendría legitimación. ii. Los herederos testamentarios, si los hubiere, así como legatarios. Contradictoriamente con los anteriores, por tener intereses opuestos. iii. Quien tenga sobre los bienes del ausente derechos que dependan de su muerte: tal es el caso, por ejemplo, del nudo propietario de un bien sobre el cual el ausente tenga un usufructo vitalicio⁴⁸¹.

Dentro de este último rubro con carácter enunciativo la doctrina incluye entre los legitimados, el beneficiario de un seguro de vida del ausente, los acreedores de una prestación subordinada en su exigibilidad o existencia a la condición de la muerte del desaparecido, el deudor de una renta vitalicia a favor del ausente o el donante cuando la donación había sido hecha con cláusula de reversión en caso de muerte del donatario, el mandatario, el socio que pueda verse afectado por la muerte del asociado desaparecido, el co-contratante cuyas obligaciones se extinguen por la muerte del otro contratante, y el deudor alimentario del ausente⁴⁸².

⁴⁸¹ Véase: Ramírez: ob. cit., pp. 342-343, la ley autoriza a los presuntos herederos *ab intestato* y contradictoriamente con ellos, a los herederos testamentarios y quien tenga sobre los bienes del ausente derechos que dependan de su muerte. Las otras personas que, además de los herederos *ab intestato* y los testamentarios pueden tener derechos dependientes de la muerte del ausente, son los legatarios, aunque también puede darse este caso de derechos eventuales a favor, por ejemplo, del individuo a quien deban pasar los bienes que el ausente tenía en usufructo hasta el día de su fallecimiento. “Contradictoriamente, dice la ley, debe ejercerse el derecho a solicitar la declaración de ausencia; debe, pues, haber contención entre las personas que sustentan intereses opuestos, como entre los presuntos herederos *ab intestato* y los testamentarios o entre aquéllos y los legatarios; y la importancia de esa controversia judicial resalta ante la consideración acerca de la conveniencia de que las distintas cuestiones se diluciden previamente, quedando esclarecido de una vez quiénes son las personas que han de llegar a la posesión de los bienes del ausente”.

⁴⁸² Tobías: ob. cit., p. 131, agrega el autor que se ha negado, en cambio, la legitimación del albacea, a quien le incumbe ejecutar la voluntad del testador y que tiene derecho a una eventual remuneración por su trabajo.

El caso particular del cónyuge requiere una precisión. Según el artículo 425 del Código Civil⁴⁸³, el cónyuge puede, además de solicitar la declaratoria de ausencia, hacer oposición a tal solicitud, lo que se justifica por su interés en que no se disuelva la comunidad conyugal. La doctrina señala que, si ello es así, no podría el cónyuge separado de bienes contradecir la solicitud, aunque subsista su carácter de heredero para solicitarla⁴⁸⁴. Sin embargo, creemos que, aun en el caso indicado por la doctrina, subsiste la legitimación del cónyuge en contradecir la solicitud, en razón de otros efectos personales derivados de la ausencia y que le afectarían, tales como la exclusión del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes, o la situación respecto al matrimonio.

Es de aclarar que el concubino o concubina también tendría legitimación pero que por tratarse de una situación de hecho la misma debe ser probada, bien sea por declaración judicial⁴⁸⁵ o mediante su inscripción ante el Registro del

⁴⁸³ Que dispone: “El cónyuge podrá contradecir, en el juicio a que se refiere esta Sección, la solicitud sobre declaración de ausencia del otro cónyuge”.

⁴⁸⁴ Véase: Binstock: ob. cit., p. 34; Marín Echeverría: ob. cit., p. 221; Ramírez: ob. cit., pp. 343-344, indica el autor: “la ley autoriza al cónyuge presente para contradecir en el juicio prevenido por el artículo 423, la solicitud sobre declaración de ausencia. El cónyuge presente puede resultar perjudicado con esa declaración, esté o no separado legalmente, puesto que subsistiendo el matrimonio, conserva sus derechos en éste. Y de pensarse es que no sería extraño que para él no fuese dudoso el paradero del ausente y que estuviera en el interés de uno u otro o de ambos guardar silencio sobre el particular”.

⁴⁸⁵ Véase: Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 20-07-2006, Exp. 2004-S-3892, citada *supra*: “... si la solicitante pretende partir y liquidar los bienes habidos en la comunidad concubinaria que afirma existió entre ella y su presuntamente ausente concubino, ha debido acompañar al escrito introductorio de la solicitud copia certificada de la declaración judicial de la existencia del mismo. De allí este juzgador no puede conceder la posesión de los bienes del ausente, hasta tanto no se cumpla con todas las formalidades establecidas en la ley”. Véase en sentido semejante: Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 22-03-2006, Exp. 00-5927 (revisada en original), señala que en lo que respecta a la legitimación de la actora por su condición alegada de “concubina”, “el concubinato es una situación fáctica o de hecho, que precisa ser probada para reclamar sus efectos. Situación ésta que no ha sido probada... Sin embargo observa quien aquí sentencia que, la solicitante en su condición de madre

Estado Civil⁴⁸⁶. De allí que algunos indiquen que la enumeración de las personas legitimadas para promover el proceso de declaración de ausencia no se puede entender como taxativa, pues existen personas distintas a las referidas que pueden ver afectados sus derechos por la ausencia de un individuo⁴⁸⁷. La frase “derechos que dependan” de la muerte del ausente, es suficientemente amplia, a los fines de la legitimación activa. Sin embargo, según indicamos respecto de la fase anterior, ha de tratarse de un interés jurídico, por lo que la amistad no constituye título suficiente a los fines de la legitimación activa del procedimiento bajo análisis por no configurar una relación o situación jurídica⁴⁸⁸.

Por otra parte, no están legitimados los acreedores del ausente pues sus derechos no se subordinan a la muerte de éste⁴⁸⁹. Se coincide casi unánimemente⁴⁹⁰ en la carencia de facultades de los acreedores del ausente para solicitar la figura, por cuanto esa circunstancia en nada influye en el cobro de sus créditos, además de que carecerían de todo interés en concretar la sucesión *mortis causa*⁴⁹¹.

Según tuvimos ocasión de referir⁴⁹² no apreciamos que en nuestro procedimiento de ausencia tenga legitimación activa el Ministerio Público⁴⁹³, a diferencia

y representante legal de la menor de edad ... hija del ciudadano... —cuya desaparición se alega—”, tiene legitimación en su carácter de heredera *ab intestato*.

⁴⁸⁶ Véase: Ley Orgánica de Registro Civil, artículos 117 al 122. Sobre este punto de la prueba de la unión estable de hecho puede consultarse con provecho el trabajo de Varela Cáceres, Edison Lucio: “Una lección. La unión estable de hecho (Comentario a la sentencia N° RC.000326, de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia)”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 1. Caracas, 2013, pp. 37 y ss.

⁴⁸⁷ Borrero Vanegas y Brigard Pérez: ob. cit., p. 42; Tobías: ob. cit., p. 131.

⁴⁸⁸ Véase *supra* N° 4.1.1.

⁴⁸⁹ Véase: Gherzi: ob. cit., p. 175; Orrego Acuña: **La muerte presunta**. p. 2, no pueden pedirla los acreedores del ausente porque su interés pecuniario no está subordinado a la muerte del desaparecido.

⁴⁹⁰ Véase no obstante: Corral Talciani: “Ausencia...”, pp. 10-11, quien indica que ante la situación de ausencia “... los acreedores no pueden hacer efectivos sus créditos...”.

⁴⁹¹ Tobías: ob. cit., p. 132.

⁴⁹² Véase: Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, p. 473.

⁴⁹³ Véase, sin embargo, referencia que se hace en un proceso de colocación en familia sustituta: Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente del Segundo Circuito de

de otras legislaciones⁴⁹⁴, dada la clara redacción del artículo 421 del Código Civil, en concordancia con el Código adjetivo⁴⁹⁵. Su intervención o participación ni siquiera está prevista en el Código adjetivo para el procedimiento bajo estudio⁴⁹⁶, a diferencia también de otras legislaciones⁴⁹⁷, por lo que no resulta

la Circunscripción Judicial del Estado Sucre, 27-03-2006, Exp. 1846, <http://sucresj.gov.ve/decisiones/2006/marzo/1239-27-1846-150.html>, “En fecha... se realizó la audiencia oral en la presente causa, y en vista de que no se presentó la madre biológica de la niña, la representación Fiscal solicitó se hiciera la declaración de ausencia de ambos padres para proceder a la colección Familiar solicitada. Seguidamente la abogada... en su carácter de defensora judicial *ad litem*, manifiesta que se adhiere a lo solicitado por la Representación Fiscal...”.

⁴⁹⁴ Véase: Binstock: ob. cit., p. 32, en algunas legislaciones el procedimiento puede ser iniciado por cualquier parte interesada o por el Ministerio Fiscal; Serrano Alonso: ob. cit., p. 152, que señala que en la legislación española puede solicitar la declaración de fallecimiento cualquier persona que tenga interés en ella y el Ministerio Público; Lete del Río: ob. cit., p. 182; Moreno Quesada y otros: ob. cit., p. 137; Díez-Picazo y Gullón: ob. cit., p. 283; Martínez De Aguirre Aldaz: ob. cit., p. 498; Serrano y Serrano: ob. cit., pp. 116 y 354. En el Derecho argentino, igualmente el Ministerio Público puede solicitar la declaración de ausencia (Morello: ob. cit., p. 91) y en el Derecho mexicano (Tapia Ramírez: ob. cit., p. 148); Italia (Trabucchi: ob. cit., p. 82); Colombia (Borrero Vanegas y Brigard Pérez: ob. cit., pp. 67 y 100, este último en relación con la presunción de muerte por desaparecimiento (Bravo Casas: ob. cit., p. 47); en la legislación peruana (De Belaúnde L. De R.: ob. cit., p. 62).

⁴⁹⁵ No se aprecia en la enumeración del artículo 130 del Código de Procedimiento Civil (interdicción, inhabilitación, oposición y nulidad de matrimonio).

⁴⁹⁶ Véase artículo 131 del Código de Procedimiento Civil: el Ministerio Público debe intervenir en las mismas causas que ha podido promover, divorcio y separación de cuerpos contenciosa, rectificación de los actos del estado civil y filiación, tacha de instrumentos y demás casos previstos en la ley. Véase, contrariamente, la legislación de Honduras cuyo Código Civil señala en su artículo 85: “La presunción de muerte deberá declararse con audiencia del Ministerio Público, por el Juez del último domicilio que el desaparecido hubiere tenido en el territorio de la República, si constare”.

⁴⁹⁷ Véase respecto a México: Baqueiro y Buenrostro: ob. cit., p. 201, “El Ministerio Público velará por los intereses del ausente, será oído en todos los juicios que tengan relación con ese, en las declaraciones de ausencia y presunción de muerte”. Véase respecto del ordenamiento dominicano: Guzmán: **La teoría de la ausencia**: “Nuestro Código Civil establece que el Ministerio Fiscal está encargado de velar por los intereses del presunto durante la permanencia en el *supra* citado estado, y para cualquier procedimiento es requerida su opinión”.

pertinente su notificación a los fines de su intervención en el procedimiento bajo análisis⁴⁹⁸, a diferencia igualmente de otros países⁴⁹⁹. Ello obedece a que

⁴⁹⁸ Véase, sin embargo, la decisión que ordena notificación al Ministerio Público, porque ubica impropiamente el procedimiento dentro de la “rectificación de los actos del estado civil” y adicionalmente ordena reposición. Decimos impropiamente porque el procedimiento para la rectificación y cambios relativos al estado civil es el previsto en los artículos 768 y ss. del Código de Procedimiento Civil; la “ausencia” no supone rectificación o error en un estado civil previo que se requiera rectificar sino que responde a una situación especial sobre la existencia de la persona. Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Auto 27-10-2006, Exp. 8243, <http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/282-27-8243-.html>: “Revisadas como han sido las actas procesales que conforman el expediente N° 8243, contentivo de la solicitud que por declaración de ausencia presentara la ciudadana... el Tribunal observa: Que el artículo 131 ordinal 3°, del Código de Procedimiento Civil, establece: <El Ministerio Público debe intervenir... En las causas relativas a la rectificación de los actos del estado civil y a la filiación>, se evidencia que en el presente procedimiento no fue ordenada en su oportunidad la notificación de la representación del Ministerio Público, siendo éste un requisito esencial para la validez del acto, conforme a lo establecido en el referido artículo y en el 132 *eiusdem*. En consecuencia, este Juzgado anula el auto dictado... y ordena reponer la causa, de conformidad con lo establecido en el artículo 211 del Código de procedimiento Civil, al estado de dictar nuevo auto de admisión ordenando la notificar del Fiscal del Ministerio Público, en atención a los aludidos artículos 131 y 132 de la norma anteriormente mencionada”. Véase también en sentido semejante, ordenando notificación al Ministerio Público: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 08-08-2007, Exp. 26.504, citada *supra*: “... e igualmente de conformidad con lo establecido en el artículo 132 del Código de Procedimiento Civil, se ordenó la notificación del Fiscal del Ministerio Público, librándose cartel y boleta en la misma fecha...”; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 02-07-2007, Exp. 17.700, citada *supra*: “... ordenando la notificación de las partes, así como del Ministerio Público”; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 24-03-2008, Exp. 2007-7759, citada *supra*: “... comparece la Fiscal del Ministerio Público, manifestando que no tiene objeción con respecto a la solicitud. Solicita su continuación una vez que conste en autos las correspondientes publicaciones... Asimismo, la representación del Ministerio Público no objeto la presente solicitud”.

⁴⁹⁹ Véase: Borrero Vanegas y Brigard Pérez: ob. cit., p. 73, en relación con Colombia indican que se debe notificar al agente del Ministerio Público a fin de que intervenga como

la fase de la declaración de ausencia no tiene lugar en protección del ausente sino de los terceros interesados⁵⁰⁰, a diferencia, por ejemplo, del procedimiento de incapacitación que tiene lugar únicamente en interés del presunto incapaz. Por otra parte, nuestro ordenamiento no dispone la extinción de la subjetividad jurídica del individuo a diferencia de otras legislaciones, lo que justificaría en las mismas la intervención del Ministerio Fiscal. Pues, como agrega Tobías, la tramitación bien podría considerarse aun así “una cuestión que incumbe principalmente a intereses privados”⁵⁰¹.

También se admite legitimación en otros ordenamientos al agente diplomático o consular si el ausente es extranjero⁵⁰². Finalmente, es de señalar, respecto a las personas indicadas, que “no” existe obligación de instaurar el procedimiento.

4.2.3. Procedimiento

Afirma acertadamente Gravina: “Para que se declare la ausencia no basta la existencia de circunstancias de hecho señaladas en la presunción de ausencia sino que es necesario un procedimiento especial”⁵⁰³. El procedimiento está contenido en los artículos 421 al 425 del Código Civil, destacando los siguientes:

Artículo 422.- Acreditados los hechos que expresa el artículo anterior, el Juzgado ordenará que se emplace a la persona de cuya ausencia se trata para que comparezca o dé aviso, en forma auténtica, de su existencia, en el lapso de tres

parte en el proceso; Bercovitz y Rodríguez-Cano: ob. cit., pp. 110-111, indica respecto a España, que la intervención del Ministerio Fiscal así como las amplias facultades concedidas al Juez vienen dadas por tratarse de una materia que afecta el estado civil de la persona, aunque sea de un modo parcial.

⁵⁰⁰ Véase: Coviello: ob. cit., p. 205, el autor no considera que en esta materia se le daba conceder legitimación al Ministerio Público porque la declaración de ausencia se hace en interés de los que tienen derecho al patrimonio del ausente y no en interés de éste (citado por Binstock: ob. cit., p. 32).

⁵⁰¹ Tobías: ob. cit., p. 133.

⁵⁰² Véase Colombia según indica Naranjo Ochoa: ob. cit., p. 223.

⁵⁰³ Gravina: ob. cit., p. 108.

meses. Este emplazamiento se hará por medio de publicación en un periódico, repetida cada quince días durante el lapso de comparecencia⁵⁰⁴.

Artículo 423.- Si transcurrido el lapso de la citación, no comparece el ausente ni por sí ni por apoderado, ni da aviso en forma auténtica de su existencia, el Juzgado le nombrará un defensor con quien se seguirá juicio ordinario sobre la declaración de ausencia.

Artículo 424.- En cualquier estado del juicio, se le declarará terminado al comparecer el citado u obtenerse en forma auténtica noticia de su existencia. La sentencia que cause ejecutoria se publicará también en un periódico.

4.2.3.1. Publicidad

Se aprecia de las normas citadas que, previa comprobación de los supuestos de ley⁵⁰⁵, el Juzgador debe ordenar el emplazamiento o citación del ausente, por periódico cada quince días durante tres meses, lo que evidencia una publicidad especialísima tendente a lograr el conocimiento del ausente por sí mismo o por medio de terceros⁵⁰⁶. Señala Ramírez que en atención a la facilidad de comunicaciones con todo el mundo, las cuales aumentan cada día, las publicaciones con esos plazos son suficientes para informar al ausente del juicio

⁵⁰⁴ Véase auto de admisión de solicitud de declaración de ausencia y edicto emplazamiento en: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 03-02-2004, Exp. 14209, <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2004/febrero/102-3-14.209-.html>, “SE HACE SABER: Al ciudadano... cuyo último domicilio conocido es... que... solicitó su DECLARACIÓN DE AUSENCIA, de conformidad con lo establecido en el artículo 421 del Código Civil, y en caso de que no comparezca por sí, ni mediante apoderado judicial, ni dé aviso en forma auténtica de su existencia, se le nombrará Defensor con quien se entenderá por los trámites del juicio ordinario el procedimiento de Declaración de Ausencia. El presente Edicto deberá ser publicado durante tres (3) meses, con intervalo de quince (15) días entre uno y otro, en el Diario... conforme a lo establecido en el artículo 422 *eiusdem*”.

⁵⁰⁵ Sobre éstos véase *supra* N° 4.2.1.

⁵⁰⁶ Para que éste pueda conocer el proceso en caso de que se encuentre en el país o que estando en el exterior alguien le pueda dar cuenta o noticia del mismo.

emprendido o quizá para adquirir certeza de su existencia o fallecimiento⁵⁰⁷. Es estrictamente necesario y fundamental la convocatoria o emplazamiento al ausente por la prensa a los fines de que tenga conocimiento del procedimiento. La publicidad es fundamental en el presente proceso⁵⁰⁸, pues, aun cuando sabemos que lo es en cualquier procedimiento, es vital en el que nos ocupa porque —a diferencia de otros juicios— de aparecer el ausente se extingue o culmina el proceso.

La publicación parece tener por finalidad exclusiva “citar al ausente” al proceso, como modo inclusive de resguardar el debido proceso. Sin embargo, la publicación del edicto no debe perseguir solamente la citación del ausente, sino también la invitación genérica a cualquiera que tenga noticias del ausente a comunicarlas al Tribunal⁵⁰⁹. El edicto debe contener el apercibimiento de que se declarará la ausencia si el presunto ausente no se presenta. Pero su falta de comparecencia no supone en modo alguno la obligatoriedad para el Tribunal de declarar la misma, si no están dadas las condiciones objetivas previstas por la ley⁵¹⁰.

Si con posterioridad a dicho lapso de emplazamiento el ausente no se ha hecho presente en el juicio que pretende declararlo tal, debe nombrársele un defensor para la continuación del proceso judicial de ausencia, el cual, según indica el artículo 423 del Código sustantivo, continuará por los trámites del procedimiento ordinario⁵¹¹. De manera que esta última tramitación se sustan-

⁵⁰⁷ Ramírez: ob. cit., p. 343.

⁵⁰⁸ Baquero y Buenrostro: ob. cit., p. 197; Díez-Picazo y Gullón: ob. cit., p. 283.

⁵⁰⁹ Tobías: ob. cit., p. 146, la publicación debería hacerse en la jurisdicción del Juez interviniente, o en otro diario de mayor circulación.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 145.

⁵¹¹ Véase: Ramírez: ob. cit., p. 343, “... y es vencido el plazo de la citación sin haber comparecido aquél personalmente o por medio de apoderado, o sin dar aviso en forma auténtica de su existencia, cuando procede el nombramiento del defensor con quien se seguirá juicio ordinario sobre la declaración de ausencia y quien corresponde, por tanto, discutir en pleno campo judicial la pertinencia de dicha declaración, rematando todo con la publicación de la sentencia que cause ejecutoria, a fin de que ésta pueda llegar a conocimiento del ausente y de los otros interesados”.

ciará en lo sucesivo de conformidad con las normas adjetivas previstas al efecto en el Código de Procedimiento Civil, artículos 338 y ss. Esto es, luego de la contestación de la demanda se abrirá el correspondiente lapso ordinario de promoción y subsiguiente evacuación de pruebas, informes y sentencia. Las diligencias indicadas tienen doble propósito: llevar al ánimo del Juez que existen el estado de ausencia y hacer llegar tal noticia al desaparecido⁵¹².

4.2.3.2. Designación de defensor y continuación por el juicio ordinario

Vencido el lapso de emplazamiento del presunto ausente sin que se tengan noticias de éste, el tribunal le designará defensor, continuándose el juicio ordinario, a saber, citación del citado defensor, contestación, pruebas, informes y sentencia. Por lo que esta etapa —a decir de La Roche— comporta dos facetas: la primera de carácter sumaria, pertinente a la demostración por los interesados de que se ha producido la presunción de ausencia, y que termina con el emplazamiento; la segunda, el juicio ordinario propiamente hablando, que comienza con la citación del defensor designado más las sucesivas etapas procesales, terminando en sentencia definitiva, declarando ausente al sujeto⁵¹³. En el mismo sentido indica Marín Echeverría que, ciertamente, en esta fase tiene lugar el desarrollo de un proceso ordinario porque así lo dispone el propio artículo 423 del Código Civil⁵¹⁴. Y de allí su ubicación formal dentro de la jurisdicción contenciosa⁵¹⁵. Dada la remisión al procedimiento ordinario en la materia de ausencia, la tramitación a seguirse según aquel⁵¹⁶, por lo que cualquier variación en este sentido puede propiciar una reposición de la causa⁵¹⁷.

⁵¹² Domínici: ob. cit., p. 91.

⁵¹³ La Roche: ob. cit., p. 307.

⁵¹⁴ Marín Echeverría: ob. cit., p. 220.

⁵¹⁵ Véase *supra* N° 3.3.2.

⁵¹⁶ Esto es, veinte días para contestar la demanda, quince días para promover pruebas y veinte para evacuarlas, etc.

⁵¹⁷ Véase: Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Auto de 06-06-2003, Exp. 26.000, el cual repuso la causa el estado en que se cite nuevamente al defensor judicial designado, por cuanto en su citación se indicaba que debía comparecer dentro de los diez días siguientes a su citación para que expusiera lo conducente, siendo que de

Las facultades del defensor del ausente están limitadas —a decir de La Roche— a la defensa del proceso y su representación judicial; debe adoptar todas las medidas necesarias para demostrar que el sujeto vive, destruir la incertidumbre en cuanto a su existencia, es decir, desvirtuar todas aquellas circunstancias o hechos que concurran a originar la declaratoria de ausencia⁵¹⁸. El defensor judicial debe contestar la solicitud (que en estado del proceso asume la forma de una demanda) y debe hacer lo necesario para desvirtuar la ausencia, por ende, a pesar de la especialidad del proceso, está obligado a contestar la demanda y, de no hacerlo, ciertamente la consecuencia será la reposición de la causa⁵¹⁹. No creemos que la especialidad del procedimiento de ausencia pueda hacer pensar que la función del defensor judicial sería intrascendente; contrariamente, se trata de un proceso donde se está debatiendo la incertidumbre sobre la existencia jurídica de la persona natural con importantes consecuencias patrimoniales y personales por lo que cualquier trasgresión sustancial en este sentido podría dar lugar a reposición, amén de la responsabilidad civil de tal auxiliar de justicia⁵²⁰. Pensamos que, al igual que sucede a nivel pro-

conformidad con el artículo 423 del Código Civil el lapso para comparecer debía ser de veinte días dada la remisión al procedimiento ordinario (revisada en original).

⁵¹⁸ La Roche: ob. cit., p. 307. En el mismo sentido, Marín Echeverría: ob. cit., p. 221, la razón que justifica el nombramiento del defensor es evitar en la medida de lo posible la declaratoria de ausencia; Domínici: ob. cit., p. 92, el defensor nombrado especialmente, está obligado a contestar la solicitud como si se tratase de una demanda ordinaria, y podrá oponer todas las defensas o excepciones que considere conducentes; promover pruebas y hacer uso de todos los recursos legales, hasta que se dicte sentencia, la cual es apelable.

⁵¹⁹ Véase: Domínguez Guillén: “Comentarios sobre...”, pp. 429-435 y 437-440, indicamos que la tendencia de la jurisprudencia acertadamente ha sido la reposición de la causa en caso de que el defensor *ad litem* no de contestación al acto fundamental de la demanda, posición a nuestro criterio correcta a los fines de preservar el derecho a la defensa del demandado.

⁵²⁰ Véase: Opinión de Salvador Yannuzzi: el defensor debe ser activo y si el defensor no actúa se le puede exigir responsabilidad profesional (disciplinaria) y de haber causado un daño por su omisión, responsabilidad civil. Sin embargo, no puede perderse de vista que el defensor tiene el deber de lealtad procesal y su función como la de cualquier abogado, es colaborar con el Juez en la búsqueda de la verdad (mandato de la Ley de Abogados y del Código de Procedimiento Civil), por lo que al controlar las pruebas, no es solamente para neutralizar sus efectos de ser el caso, por no cumplirse con las condiciones exigidas por la Ley para su promoción (ofrecimiento) o evacuación, y en

cesal en cualquier otro procedimiento judicial, si se hace presente un apoderado judicial⁵²¹ que asuma la representación del ausente cesan las funciones del defensor judicial o *ad litem*, porque es bien sabido la preeminencia que tiene aquel sobre éste en cuanto a facultades y conocimientos de los hechos⁵²². Obviamente, nos referimos al caso de que el poder haya sido otorgado antes de la ausencia, porque de haber sido conferido durante la misma, el otorgamiento auténtico del mandato es prueba de la existencia del sujeto y, por ende, causa de culminación del procedimiento. El defensor, ciertamente, deberá estar vigilante en el resto del curso del proceso ordinario y, en especial, en la fase probatoria.

4.2.3.3. Pruebas

La libertad probatoria que rige en nuestro sistema sigue presente en el procedimiento que nos ocupa en que, ciertamente, el actor deberá acreditar hacer todo lo necesario para evidenciar la desaparición y falta de noticias del ausente.

Recordemos que, dada tal incertidumbre, se suele oficiar a una cantidad de entes oficiales que puedan dar cuenta del destino o movimiento de la persona⁵²³,

ésta para que se lleve a cabo de acuerdo a las exigencias legales de manera seria. Así mismo, si debe ejercer el contradictorio, debe hacerlo, con fundamento para ello”.

⁵²¹ Basta con un poder o mandato judicial general para asumir cualquier asunto judicial o administrativo donde tenga interés la persona, sin precisar a nuestro criterio referencia expresa al procedimiento especial de ausencia, pues es bien sabido que las referencias en tales casos son enunciativas dada la imposibilidad de enumerar todos los supuestos.

⁵²² Véase: Domínguez Guillén: “Comentarios sobre...”, p. 454.

⁵²³ Tales como el Consejo Nacional Electoral, Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (movimiento migratorio), Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, etc. Véase en este sentido: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 24-05-2004, Exp. 23.898, citada *supra*; Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 25-03-2004, Exp. 00-6032 (revisada en original); Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 22-03-2006, Exp. 00-5927 (revisada en original); entre otras. Véase también sobre la posibilidad de oficiar a “representación diplomática” en caso de que se trate de una persona extranjera: Juzgado

a los fines de descartar que se tenga noticias de su existencia. Se aprecia también la posibilidad de la prueba testimonial⁵²⁴. Por tratarse de un procedimiento que no opera de oficio, y marcado en esta fase por el interés de los terceros, creemos que la necesidad de oficiar a dichos entes es una carga que pesa sobre los legitimados⁵²⁵; éstos deben promover la respectiva prueba de informes⁵²⁶ o testimonial⁵²⁷, según los casos, en la fase probatoria correspondiente⁵²⁸. Sin embargo, algunos Juzgadores nos informaron que de no hacerlo

Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 09-12-2002, Exp. 23.026, citada *supra*.

⁵²⁴ Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 05-08-2004, Exp. 19.499, citada *supra*: "... En virtud de que la parte actora en la etapa probatoria del presente proceso... promovió pruebas, específicamente la declaración de los testigos... los cuales fueron apreciados y valorados por este Juzgador conforme lo previsto en el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, ya que los mismos estuvieron contestes en corroborar los hechos alegados por la parte actora en su escrito libelar, cabeza de autos, de la ausencia del ciudadano... es por lo que la solicitud de declaración de ausencia del ciudadano... hecha por su hermano... debe ser declarada con lugar"; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 19-10-2004, citada *supra*; Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 21-07-2004, Exp. 01-7247 (revisada en original); Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 31-05-2004, Exp. 26.000 (revisada en original). Véase auto de admisión de testigos en juicio de ausencia: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Auto del 08-03-2006, Exp. 15050, <http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/marzo/102-8-15.050-.html>.

⁵²⁵ Véase: Opinión de Salvador Yannuzzi, quien, según veremos *infra* N° 7, no comparte la actuación oficiosa del Juzgador en el proceso que nos ocupa.

⁵²⁶ Véase artículo 433 Código de Procedimiento Civil.

⁵²⁷ Véase artículos 431, 477 y ss. del Código de Procedimiento Civil.

⁵²⁸ Véase: Binstock: ob. cit., p. 27. El supuesto de la carencia de noticias se trata de una prueba negativa, por lo que no sería posible atribuir la carga de la misma a los legitimados de la acción por la imposibilidad de su realización; por lo que a decir de la autora dicha prueba resulta del procedimiento, al finalizar el período que se abre para el ausente aparezca o de noticias de su existencia y ello no se produzca. Lo que podría exigirse a los legitimados es que justificaran que se practicaron las diligencias necesarias para saber de la existencia del desaparecido, sin ningún resultado.

la parte, de oficio proceden a “oficiar” a los entes correspondientes a objeto que informen de los movimientos o destino del pretendido ausente⁵²⁹.

La persona que puso en movimiento el procedimiento debe acreditar los extremos requeridos para la declaración, ofreciendo la prueba necesaria para ese fin⁵³⁰. En cuanto a los medios de prueba, se puede recurrir a todos los admitidos⁵³¹. Salvador Yannuzzi nos comenta que sería particularmente útil igualmente la prueba de informes a las entidades bancarias a los fines de informar la última operación realizada por el presunto ausente⁵³². Obviamente también, en dicha prueba de informes, se puede incluir cualquier ente público o privado que formaba parte de las actividades del sujeto en su ámbito laboral, deportivo o recreacional, para que igualmente dé cuenta del último movimiento del individuo.

Los legitimados, como es natural a los fines de probar la “ausencia”, esto es, la desaparición y la falta de noticias del sujeto, han de acreditar haber practicado las diligencias necesarias para lograr la aparición o ubicación del presunto ausente. Se trata, a decir de Orgaz, de ofrecer pruebas que susciten dudas razonables sobre si la persona vive o no⁵³³.

Cualquier prueba que haga cesar la incertidumbre sobre la existencia podría ser suficiente a los fines de la improcedencia de la acción, como, por ejemplo, las noticias que sobre el ausente diere el órgano consular o diplomático, así como una entidad bancaria⁵³⁴. Es obvio que no todos los entes oficiados

⁵²⁹ Véase *infra* N° 7. Veremos que tal posibilidad es discutible.

⁵³⁰ Tobías: ob. cit., p. 148.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 150.

⁵³² Véase: Opinión de Salvador Yannuzzi: “Además de las que mencionas creo que podría requerirse información sobre los aspectos siguientes: Requerir al banco o bancos en los que tenía depósitos, que señalen desde cuando no se moviliza la cuenta. Requerir a las operadoras de tarjetas de crédito, de las que era titular el ausente, que indiquen cuál fue la última transacción que se hizo. Si hubo algún requerimiento de su paradero, mediante medios de comunicación masivo, aportar dichos elementos”.

⁵³³ Orgaz: ob. cit., p. 62. Véase también: Orrego Acuña: **La muerte presunta**. p. 2, los interesados deben justificar que se ignora el paradero del desaparecido.

⁵³⁴ Véase: Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 25-03-2004,

deben estar contestes en la respuesta afirmativa sobre la existencia o contacto; una sola respuesta rompe la incertidumbre sobre la existencia siendo causa suficiente para que el Juzgador dé por acreditada la existencia del individuo. Pretender una multiplicidad de pruebas a favor de la existencia, cursando una o varias sobre la misma en el expediente, es hacer nugatoria la prueba de la existencia, pues recordemos que es perfectamente posible que el sujeto se alejara voluntariamente y pretenda dejar la menor prueba posible de ello. El Juzgador sólo podría rechazar la prueba efectiva sobre la existencia de la persona por una circunstancia asociada a la promoción, evacuación o valoración de la prueba misma, mas no a su carácter aislado.

Pues, como bien indica Serrano, es evidente que las noticias no tienen por qué emanar directamente del ausente, ya que se tienen noticias cuando alguien, por ejemplo, como los servicios diplomáticos o consulares, dan noticia del ausente, pues resultaría absurdo que existiendo tales noticias por vía consular, por ejemplo, se pudiese declarar el fallecimiento por no emanar la información directamente del ausente⁵³⁵. En modo alguno podría pretenderse que los entes oficiales estén contestes en informar que la persona ha tenido contacto con los mismos; la sola respuesta de uno de tales rompe la incertidumbre sobre la existencia del individuo. De allí que se aprecie en los procedimientos relativos a la materia que generalmente ninguno de tales entes informe sobre la existencia o contacto del ausente. Curiosamente, encontramos un solo expediente revisado en original en que fue declarada sin lugar la ausencia,

Exp. 00-6032 (revisada en original), señala que del informe de la Fiscalía General de la República se desprende que la cuenta bancaria ubicada en Francia perteneciente al pretendido ausente fue movilizada (10-10-1997) con posterioridad a la fecha de su desaparición (03-04-1997) siendo ésta otra información que hace presumir la existencia del ciudadano... Por otra parte, la Embajada de Francia informa que el ciudadano “tuvo contacto” con dicha Embajada el 17-11-2000, expresión que denota que el citado ciudadano se encuentra vivo. La Juzgadora considera que la información posterior enviada meses después donde señala que la renovación de la matrícula no precisa la presencia del interesado pues “pudo haber sido hecha” por su hija, dada su carácter genérico e hipotético no desvirtúa la primera información. Con base en lo anterior se declara sin lugar la declaración de ausencia.

⁵³⁵ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 355.

dada la respuesta afirmativa del ente diplomático así como la movilización bancaria con posterioridad a la desaparición⁵³⁶, situación que no es común en el procedimiento bajo estudio en que los entes se encuentran contestes en la carencia de noticias o contacto con el ausente. Siendo que si se pretende seguir sosteniendo la ausencia aun con tales pruebas de la existencia —por lo demás poco comunes en el foro— se haría nugatoria precisamente la prueba capaz de acreditar la existencia. De allí que sostengamos que en modo alguno se podría pretender una suerte de pluralidad de pruebas sobre la existencia. A nuestro entender, una prueba bien podría ser suficiente para acreditar la vida y desvirtuar la incertidumbre que caracteriza la ausencia.

Advierte acertadamente Binstock sobre la necesidad de una especial atención en la valoración de las pruebas por las trascendentes consecuencias patrimoniales y personales que conlleva la declaración, pero no puede caerse en el absurdo de exigir plena prueba, pues ello implicaría la demostración de la muerte y no la prueba de la presunción de la misma⁵³⁷. Se indica que, con el objeto de probar todos los presupuestos de la ausencia, se pueden utilizar cualesquiera de los medios de prueba reconocidos por la ley: actas del estado civil, testimonios, petición de informes a las autoridades nacionales, diplomáticas o consulares, etcétera⁵³⁸.

En todo caso, el Juez examinará el material probatorio y las circunstancias del caso concreto a fin de hacer el correspondiente pronunciamiento. Tobías refiere un interesante caso que tuvo lugar en Argentina en 1978, en que la cónyuge había pedido la muerte presunta de su marido de quien carecía de noticias hace tres años, pero cuya desaparición coincidía con la previa comisión de actos ilícitos que habían determinado la formación de numerosos procesos penales contra el ausente. El juez de primera instancia consideró que las diligencias e investigaciones tendentes a dar con la persona del ausente no habían sido lo suficientemente exhaustivas y serias; y que la profusión de causas penales lo llevaban a la convicción de que el alejamiento tenía por finalidad “eludir la

⁵³⁶ Véase: sentencia citada inmediatamente *supra*.

⁵³⁷ Binstok: ob. cit., p. 28.

⁵³⁸ Borrero Vanegas y Brigard Pérez: ob. cit., p. 74.

acción de la justicia”⁵³⁹. Agrega el autor, que la exhaustividad de las investigaciones hubiese llevado al mismo resultado, pues la demostración de los presupuestos normativos no era suficiente para llegar al convencimiento de la posibilidad de muerte, pero el Tribunal de la apelación declaró la ausencia con la sola comprobación de las condiciones de ley, omitiendo la valoración de las circunstancias que habían precedido a la desaparición⁵⁴⁰. Ciertamente, la apreciación de los requisitos de ley es cuestión que examinará el Juzgador a la luz del supuesto concreto; en todo caso, la decisión definitiva de la presente fase de declaración de ausencia, no sólo es apelable dado su carácter formalmente contencioso, sino que es susceptible de recurso de casación.

En efecto, la presente fase de declaración de ausencia, responde formalmente a un procedimiento contencioso, toda vez que el artículo 423 del Código Civil le concede formalmente a este proceso todas las garantías procesales de un juicio ordinario, inclusive desde la contestación de la demanda, una vez nombrado el defensor judicial. Dada la importancia de la materia en juego, y a los fines de que tenga conocimiento del proceso el ausente, se prevé un sistema de publicidad amplio y especial, con emplazamiento por carteles cada quince días durante tres meses, según el artículo 422 *eiusdem*. Por otra parte, la referencia a la legitimación también demuestra que estamos ante un procedimiento contencioso o contradictorio, pues el artículo 421 *eiusdem* señala: “los presuntos herederos *ab-intestato* y contradictoriamente con ellos los herederos testamentarios”⁵⁴¹. El punto cobra interés práctico, según indicamos, pues en virtud de la Resolución del Tribunal Supremo de Justicia que le otorga el conocimiento de asuntos de jurisdicción voluntaria a los Juzgados de Municipio, queda claro que esta fase del procedimiento bajo análisis continúa a cargo de los Tribunales de Primera Instancia Civil⁵⁴².

⁵³⁹ Tobías: ob. cit., pp. 152-153. Véase en sentido semejante, comentario de: Moisset de Espanés, Luis: **La ausencia con presunción de fallecimiento y el requisito de la falta de noticias**. <http://www.acader.unc.edu.ar/artausenciafaltadenoticias.pdf>, p. 4, “... en muchos casos la falta de noticias no es elemento suficiente, se precisa que se lleve al ánimo del Juez que la ausencia es inexplicable, pues puede deberse a un disgusto familiar o igual cabe decir del que se oculta de la justicia”.

⁵⁴⁰ Tobías: ob. cit., p. 153.

⁵⁴¹ Véase: Binstock: ob. cit., p. 30.

⁵⁴² Véase *supra* N° 3.3.2.

Así pues, las importantes consecuencias que se desprenden de la declaración de ausencia para el ámbito patrimonial y personal del ausente no pueden tener lugar sino ante la tramitación formal del proceso, previo cumplimiento de los requisitos legales y con las debidas garantías que el Código sustantivo impone a través de normas adjetivas. Esto último, pues el juicio de ausencia está regulada en el Código Civil que a su vez remite en lo relativo al procedimiento ordinario al Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, no obstante las referencias doctrinales, y al margen de la forma que asume tal procedimiento, no ha faltado quien con base en su “naturaleza” y no en su “forma”, se oriente por considerarlo dentro de la jurisdicción voluntaria. Al efecto, algunos Juzgadores de Municipio se muestran dudosos sobre el carácter sustancial del juicio ordinario de ausencia, considerando que bien podrían asumir su conocimiento y “no” únicamente el de presunción de muerte por accidente que tiene claro matiz no contencioso⁵⁴³.

⁵⁴³ Véase en este sentido: la opinión del Juez Segundo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Richard Rodríguez Blaise (consulta electrónica 09-02-2012), sobre la naturaleza del procedimiento de ausencia señala: “En todo caso, la mayoría de los autores consideran que lo determinante es que se trate de un asunto en que no haya un verdadero conflicto de intereses entre los sujetos intervinientes en la relación procesal; que las decisiones a adoptarse no causen estado, es decir no produzcan cosa juzgada; y que además, el juez actúe con un fin anticipativo o preventivo. Desde este punto de vista, sin fijar una posición concluyente, me inclino por considerar que tanto el procedimiento en el régimen ordinario de la declaración de ausencia como en el de presunción de muerte por accidente, obedecen a asuntos de jurisdicción voluntaria o graciosa, aun cuando la norma contenida en el artículo 423 del Código Civil, consagre la continuación del procedimiento por el juicio ordinario. En efecto, entiendo que la voluntad del legislador fue acoger el trámite procedimental del juicio ordinario, no por tratarse de un asunto contencioso, sino porque tiene un amplio lapso probatorio y ofrece más garantías procesales a los interesados. Cabe considerar, parafraseando al maestro Dr. Ricardo Henríquez La Roche, que en los asuntos de jurisdicción voluntaria puede haber contradicción, intereses opuestos, y no por ello se convierte en un asunto contencioso”; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y Protección de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 12-06-2013, Exp. 24.199, <http://aragua.tsj.gov.ve/decisiones/2013/junio/224-12-24.199-.html>, “... habiendo concluido esta juzgadora en que el procedimiento de declaración de ausencia, es en su esencia de jurisdicción voluntaria”.

4.2.3.4. Sentencia

La sentencia definitiva que declara la ausencia, como es natural, debe reunir las formalidades de ley referidas en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, esto es, debe cumplir con los requisitos de la sentencia en general⁵⁴⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico vigente, las sentencias en materia de ausencia, no tienen consulta a diferencia de otros procedimientos⁵⁴⁵ y de otras legislaciones⁵⁴⁶. Esto es, no precisa ser revisada de oficio por el Juez superior; su revisión amerita el ejercicio del recurso de apelación. Circunstancia que ratifica que no estamos en presencia de un procedimiento de orden público sino de mero interés privado.

A tenor del citado artículo 424 del Código Civil, la sentencia ejecutoriada que declare la ausencia también deberá ser publicada en la prensa⁵⁴⁷, amén del registro previsto en la Ley Orgánica de Registro Civil, artículo 3 N° 11, para todas las sentencias que declaren sus fases.

Luego del *iter* procedimental que supone la fase intermedia del juicio ordinario de ausencia, a los fines de llegar a la declaración de ausencia, es obvio que el

⁵⁴⁴ Véase en general con relación al incumplimiento de tales requisitos: Martínez Riviello, Fernando: **La sentencia judicial en la teoría general del proceso. Con especial referencia al proceso civil venezolano**. Ediciones Paredes, Caracas, 2011, pp. 196 y ss.

⁵⁴⁵ Como es el caso de la interdicción e inhabilitación judicial. Véase: artículo 736 del Código de Procedimiento Civil.

⁵⁴⁶ Véase: Borrero Vanegas y Brigard Pérez: ob. cit., p. 77. Indican que de conformidad con el artículo 386 Código de Procedimiento Civil se acostumbra a enviarla a consulta en caso de no ser apelada con fundamento en la expresión: "... debe consultarse las sentencias que decreten la interdicción, las que fueren adversas a quien estuvo representado por curador *ad litem*..."

⁵⁴⁷ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, Sent. 21-09-2006, Exp. 7247, citada *supra*: "... La presente decisión se publicará en un diario de mayor circulación en el país, una vez que quede ejecutoriada, de conformidad con el último aparte del artículo 424 del Código Civil".

Juzgador tiene dos opciones: Declarar sin lugar la ausencia por considerar que no están dados los extremos de ley, o que en el curso del procedimiento se acreditó la existencia del sujeto, por ejemplo, a través de la información suministrada por algún ente oficial o privado, o se corroboró la muerte del sujeto. Señalamos que cualquiera de tales supuestos conlleva al fin del procedimiento, pero pudiera acontecer que el Juzgador deduzca lo anterior al terminar la fase procedimental en estudio. Tal sentencia, ciertamente, será apelable y también susceptible de recurso de casación⁵⁴⁸ dado el carácter formalmente contencioso de la presente fase.

Ahora bien, el Juzgador del material probatorio puede considerar acreditada la situación de incertidumbre que pesa sobre el ausente y, en tal caso, culminaría la presente fase en lo que sería el destino normal que pretendió el solicitante, a saber, en la “declaración de ausencia”, esto es, en la declaratoria con lugar de la misma. De seguidas, veamos los efectos que propicia esta última.

4.2.4. Efectos⁵⁴⁹

En relación con este punto debemos considerar los artículos 426 al 433 del Código Civil, los cuales podemos resumir así:

i. Apertura de los actos de última voluntad del ausente, ejecutoriada la sentencia que declare la ausencia y a solicitud de cualquier interesado (artículo 426, encabezado). Indica Ramírez que el testamento cerrado no puede ser abierto sin previa comprobación de la muerte del testador, porque siendo esencialmente revocable a voluntad de éste, sus efectos tienen que ser posteriores al fallecimiento. Pero resultando enteramente anómala la situación del ausente,

⁵⁴⁸ Según el artículo 312 N° 2 del Código de Procedimiento Civil, podrá proponerse recurso de casación contra la sentencia de “... última instancia que se dicten en los procedimientos especiales contenciosos sobre el estado y la capacidad de las personas”. Esto, aun cuando desde el punto de vista del concepto amplio del estado civil es discutible la inclusión de la ausencia, sí pudiera incluirse desde un punto de vista “amplísimo”.

⁵⁴⁹ Véase: Aguilar Gorrondona: ob. cit., pp. 432-434; La Roche: ob. cit., pp. 308-310; Marín Echeverría: ob. cit., pp. 222-225; Hung Vaillant: ob. cit., pp. 452-457; Gravina: ob. cit., pp. 109-110; Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, pp. 474-477.

a quien no puede presumirse muerto pero tampoco vivo, los efectos legales de la situación tienen que seguir la misma suerte y de aquí nace su singularidad. Se trata de un derecho excepcional que protege tres intereses: los del ausente, los del heredero y de la sociedad, que quedarían lesionados al permanecer indefinida la situación del primero. De allí que el Legislador, contrariando normas fundamentales en materia de testamento, permite, por excepción, la apertura de los actos de última voluntad, sin llenar previamente la formalidad de constatar la muerte del testador⁵⁵⁰. Y esto es obvio, pues el procedimiento de ausencia acontece ante la imposibilidad de constatar la muerte del individuo.

Así pues, aunque en nuestro ordenamiento, como es lógico, los actos de última voluntad del sujeto precisan, según su denominación lo sugiere, de la muerte del individuo, la situación particular del ausente se asimila a esta última a los fines de hacer en principio efectivas las últimas disposiciones del causante.

ii. La posesión provisional de los bienes del ausente por parte de sus herederos, si éste hubiere muerto el día de las últimas noticias de su existencia o los herederos de aquéllos (artículo 426, primer apartado). La principal finalidad de la declaración de ausencia estriba en obtener la posesión provisional de los bienes del ausente, posesión que tiene lugar una vez ejecutoriado el fallo que ha pronunciado aquélla y a instancia de los herederos del ausente. Si bien la posesión corresponde al dueño de los bienes como manifestación de la propiedad, se trata igualmente de una especialidad que se justifica por la situación anormal que la ley quiere remediar, habida consideración del interés antes mencionado, más en previsión de posibles daños, a fin de mantener la integridad del patrimonio del ausente, se precisa la necesidad de afianzar las resultas de la administración⁵⁵¹. Se requiere caución o que el Juez tome otras medidas de previsión según las circunstancias.

La posesión provisional se presenta como un paso intermedio y necesario entre el transcurso considerable del tiempo y el tránsito hacia la posesión definitiva (en la fase siguiente) de parte de los causahabientes legitimados.

⁵⁵⁰ Ramírez: ob. cit., p. 344.

⁵⁵¹ *Ibíd.*, p. 345.

En todos los casos anteriores, en virtud del artículo 426, último apartado, se debe dar caución o garantía⁵⁵² hipotecaria, prendaria o fideyusoria (fianza), por una cantidad que fijará el juez, o mediante cualesquiera otras precauciones que el Juez estime convenientes en interés del ausente, si no pudieren prestar la caución. Esto último constituye un elemento positivo que tiende a flexibilizar el instituto y hace menos onerosa la carga procesal pecuniaria para los legitimados (aunque no pareciera ser muy utilizado en la práctica)⁵⁵³. Como ejemplo de tal posibilidad, la doctrina refiere el caso de ordenar al heredero la rendición periódica de cuentas o de designar personas que fiscalicen su administración⁵⁵⁴, según las circunstancias. En tal caso, el Juzgador tomará en cuenta algunos aspectos, como la calidad de las personas, su grado de parentesco y otros elementos que le conduzcan a una determinación prudencial⁵⁵⁵. De tal suerte, que la correspondiente declaración de ausencia precisa del cumplimiento de dichas formalidades⁵⁵⁶, que pretenden asegurar la buena gestión del poseedor, para el caso de regreso del ausente⁵⁵⁷. De allí que el no cumplimiento de tales condiciones no permite acceder a la posesión provisional de los bienes del ausente⁵⁵⁸. No sucede en nuestra legislación

⁵⁵² Véase: Domínici: ob. cit., p. 95, la caución que ordena la ley se funda en que los tenedores provisionales de los bienes, son durante este período, más que otra cosa, depositarios o administradores de ellos.

⁵⁵³ Véase *infra* N° 7.

⁵⁵⁴ Véase: Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 432.

⁵⁵⁵ Ramírez: ob. cit., p. 345, agrega “puesto que la calidad de las personas, resultante de su conducta pública y privada, puede o no ser una garantía para el ausente, y porque mientras más próximo el parentesco con él, es de suponer mayor interés de parte de los aspirantes en la conservación de los bienes, los cuales al fin bien pueden pertenecerles”; Domínici: ob. cit., pp. 95-96, la calidad personal de los herederos, el grado de parentesco, etc., lo disculparán de emplear rigurosamente precauciones, atento a que los más allegados al ausente han de ser los más interesados en conservar intereses que al fin vendrán a ser de ellos.

⁵⁵⁶ Véase: Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 20-07-2006, Exp. 2004-S-3892, citada *supra*: “Declara con lugar, la solicitud de declaración de ausencia del ciudadano... asimismo sobre los bienes del ausente, es menester seguir con las formalidades establecidas en la ley...”.

⁵⁵⁷ Sanojo: ob. cit., p. 97.

⁵⁵⁸ Véase: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 28-09-2011, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/>

como en otras materias donde los parientes cercanos están exonerados de constituir garantía⁵⁵⁹.

La posesión provisional debe darse por formal inventario⁵⁶⁰, según lo dispone expresamente el artículo 429 encabezado del Código Civil. Declarada con lugar la ausencia, la posesión provisional debe tener lugar una vez establecido formal inventario y previo cumplimiento de las debidas formalidades de ley⁵⁶¹.

Tal posesión otorga a los que la obtienen y a sus sucesores, la “administración” de los bienes del ausente, el “derecho de ejercer en juicio las acciones” que a éste competan y el “goce de los bienes” en la proporción correspondiente

septiembre/961-28-10263-11-.html, “según pudo corroborar este Juzgado, a pesar que los coherederos del declarado... solicitaron por ante este Juzgado la apertura de los actos de última voluntad y la declaratoria de posesión provisional de sus bienes, no se constituyó la caución exigida, motivo por el cual, no se declaró la posesión provisional de sus bienes”.

⁵⁵⁹ En el Derecho mexicano, refiere Baqueiro y Buenrostro: ob. cit., p. 200, el cónyuge, los descendientes y ascendientes están excluidos de esta obligación.

⁵⁶⁰ Véase: Domínic: ob. cit., p. 99, el inventario garantiza al ausente y asegurará a los poseedores provisionales que no se les hará responsables de mayor valor que el recibido; Binstock: ob. cit., p. 53, señala que a falta de norma en esta materia, por aplicación analógica, el inventario debe levantarse de conformidad con el artículo 1025 del Código Civil relativo a las normas de la herencia y los gastos del mismo corren por cuenta del ausente; Sanojo: ob. cit., p. 98. En el mismo sentido, en la doctrina extranjera: Tobías: ob. cit., p. 182, ha de entenderse que con relación al inventario se aplicarán los principios relativos a la sucesión *mortis causa*.

⁵⁶¹ Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 22-03-2006, Exp. 00-5927 (revisada en original); Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 21-07-2004, Exp. 01-7247 (revisada en original); Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 31-05-2004, Exp. 26.000 (revisada en original), de conformidad con el artículo 426 del Código Civil, “la posesión provisional de los bienes del ausente además de la sentencia que declare la ausencia precisa del cumplimiento de las garantías o requisitos que prevé dicha norma. De allí que no puede este Juzgador conceder la posesión provisional de los bienes del ausente a los solicitantes de la declaración de ausencia hasta tanto no se cumplan con las debidas formalidades de ley”.

(artículo 428 del Código Civil)⁵⁶². Según el artículo 433 *eiusdem*, en el mismo sentido las acciones que deban dirigirse contra el ausente se dirigirán contra quienes hubieren obtenido la posesión provisional⁵⁶³. En cuanto al goce, debemos tener en cuenta el artículo 429 del Código Civil, apartados 1 y 2, los ascendientes, descendientes y el cónyuge hacen suyo el producto íntegro de las rentas de los bienes del ausente desde el día que obtuvieron la posesión provisional, las demás personas hacen suyas la mitad de dichas rentas en los cinco primeros años a partir de que se obtuvo la posesión provisional de los bienes del ausente y luego en su totalidad (ejemplo: parientes colaterales o legatarios).

En cuanto a tal administración de los bienes, ello también está previsto en el artículo 429 del Código Civil:

La posesión provisional deberá darse por formal inventario; y los que la obtengan no podrán sin autorización judicial dada con conocimiento de causa ejecutar ningún acto que traspase los límites de una simple administración.

⁵⁶² Que dispone: “La posesión provisional da a los que la obtienen y a sus sucesores, la administración de los bienes del ausente, el derecho de ejercer en juicio las acciones que a éste competan y el goce de las rentas de sus bienes en la proporción que se establece en el artículo siguiente”.

⁵⁶³ Véase declarando con lugar la apelación del auto que suspendió el proceso principal de cobro de bolívars hasta no sea resuelta la declaración de ausencia en atención al artículo 433 del Código Civil: Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño y del Adolescente, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira Sent. 26-01-2009, Exp. 1929, citada *supra*; Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño y del Adolescente, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 22-01-2009, Exp. 08-3214, <http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2009/enero/1322-22-08-3214-007.html>. Por nuestra parte, dudamos de la pertinencia de tales decisiones toda vez que la suspensión del proceso no está expresamente prevista en la ley mientras tiene lugar la declaración de ausencia. Precisamente, la forma de solventar tal situación en la fase previa a la declaratoria de ausencia, esto es, en la etapa de presunción de ausencia, es de conformidad con el artículo 419 del Código Civil: “Nombrar quien represente al ausente en juicio” que tendrá las mismas facultades que el defensor del no presente. Así pues la primera fase del régimen ordinario de la ausencia permite precaver los intereses del ausente incluyendo los procesales. El artículo 144 del Código de Procedimiento Civil dispone que por la muerte la causa quedará suspendida mientras se cita a los herederos, pero ello no es extensible al caso que nos ocupa, el cual cuenta con normas especiales contenidas en el Código sustantivo. Véase *supra* N° 4.1.2.

Los ascendientes, descendientes y el cónyuge, que tengan la posesión provisional, hacen suyo el producto íntegro de las rentas de los bienes del ausente desde el día en que obtuvieron la posesión.

Las demás personas harán suya la mitad de dichas rentas en los cinco primeros años, a contar desde el día en que obtuvieron la posesión; y harán suyo el total de dichas rentas después de este plazo.

El Juez acordará, si lo creyere conveniente, la venta en totalidad o en parte de los bienes muebles, determinando el empleo que deba darse al precio para dejarlo asegurado, y cuidará de que se cumpla esta determinación.

Según dicha norma, se requiere “autorización judicial” para los “actos que exceden de la simple administración”⁵⁶⁴ y “el Juez puede si lo creyere conveniente ordenar la venta en totalidad o en parte de los bienes muebles”, determinando el empleo que debe dársele al precio para dejarlo asegurado, y cuidará de que se cumpla esta determinación. Se aprecia decisión judicial que en materia de inmuebles, indica que no está prevista en principio la posibilidad de actos de disposición en la presente etapa⁵⁶⁵. Sin embargo, la primera parte de la norma citada pareciera permitir estos últimos por vía excepcional previa

⁵⁶⁴ Véase: Domínici: ob. cit., pp. 99-100, la prohibición de enajenar y gravar los inmuebles del ausente, confirman que los poseedores son respecto del ausente, depositarios con facultad de administrar... los poseedores provisorios están autorizados en suma, únicamente para ejecutar y celebrar actos de simple administración.

⁵⁶⁵ Véase caso en que el Juzgador consideró que la disposición de los inmuebles no proceda en fase de declaración de ausencia, por autorización judicial sino que precisa de la fase siguiente, esto es, la presunción de muerte: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 11-10-2004, <http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/962-11-7168-.html>, “Declara: Primero: Sin lugar la solicitud de autorización para venta de los derechos y acciones sobre dos bienes inmuebles, pedida por la ciudadana... por ser improcedente conforme a derecho, habida consideración que previamente debe producirse la presunción de muerte a que se contraen los artículos del 434 al 437 del Código Civil”. Véase también: Alessandri R. y otros: ob. cit., p. 393, indican que la enajenación de un bien en esta etapa con omisión de requisitos legales, hace que adolezca de nulidad relativa, cuya prescripción comenzará a contarse después de reaparecido el ausente.

autorización judicial (sin distinguir entre bienes muebles e inmuebles). Por lo que así lo admite acertadamente la doctrina previa comprobación de la “evidente necesidad” del acto de que se trate⁵⁶⁶. Así por ejemplo, se admite de conformidad con el citado artículo 429 del Código Civil, que la división amigable de los bienes bajo posesión provisional —a diferencia de la posesión definitiva— precisa autorización judicial por tratarse de un acto que excede de la simple administración⁵⁶⁷.

iii. El ejercicio provisional de los derechos sobre los bienes del ausente (artículo 426 del Código Civil, segundo apartado). También todos los que tengan sobre los bienes del ausente, derechos que dependan de la condición de su muerte, están autorizados para solicitar en juicio contencioso con los herederos, que se les acuerde el ejercicio provisional de los mismos⁵⁶⁸.

Se aclara expresamente que no solo procede en esta fase la posesión provisional de los “bienes” sino también el “ejercicio provisional de los derechos” sobre ciertos bienes del ausente. Dándole así una connotación jurídicamente más amplia, extensible a cualquier derecho sobre bienes, al margen de la discusión relativa a los derechos que implican “posesión”.

iv. La liberación provisional de las obligaciones que dependan de la muerte del ausente. Igualmente que se puede solicitar provisionalmente la posesión de los bienes del ausente y el ejercicio de ciertos derechos que dependan de su existencia, correlativamente la misma idea orienta la posibilidad de solicitar la liberación

⁵⁶⁶ Véase: Ramírez: ob. cit., p. 346, la posesión provisional da a los que la obtienen y a sus sucesores la administración de los bienes del ausente pero aquéllos no pueden enajenar ni gravar bienes inmuebles, ni ejecutar acto alguno que traspase la simple administración, sin autorización judicial, lo cual es perfectamente razonable porque el ausente puede volver, según lo prevé la ley. Esa autorización debe fundarse en un completo conocimiento de causa, esto es, en la prueba de la necesidad o utilidad de la enajenación o gravamen.

⁵⁶⁷ Véase: Escovar León, Ramón: “Notas sobre la partición hereditaria”. En: *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. N° 147 (Nueva etapa N° 6). Caracas, 1983, p. 97.

⁵⁶⁸ Ídem.

provisional de obligaciones supeditadas a la muerte del ausente. Entre éstas cabe citar la obligación de alimentos que se le debía al ausente.

v. La disolución de la comunidad conyugal, no obstante subsistir el vínculo matrimonial⁵⁶⁹. Esto, pues, de conformidad con el artículo 173, apartado segundo del Código Civil, la ausencia declarada constituye una de las causas de la disolución de la comunidad de gananciales⁵⁷⁰.

La comunidad conyugal sólo se disuelve por las causales taxativas de ley, siendo una de ellas la “ausencia declarada”, a tenor de la citada norma del Código sustantivo. La declaración judicial de dicho estado, hace cesar de

⁵⁶⁹ Véase sobre la situación del matrimonio, *infra* N° 4.3.2.

⁵⁷⁰ Véase: Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 14-11-2006, Exp. 6.073-06, <http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/350-14-6073-06-96.html>, “... el artículo 173 del Código Civil, prohíbe la disolución y liquidación de la comunidad de bienes de manera voluntaria, y en el procedimiento de divorcio salvo, por declaración de nulidad de matrimonio, por la declaración de ausencia, por la quiebra de unos de los cónyuges y por la separación judicial de bienes. Estas causales no dependen de la voluntad de los cónyuges, ni pueden otorgarse en el *iter* procesal; son causales objetivas, legales y taxativas”; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Bancario y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 21-02-2005, Exp. 48.115, <http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2005/febrero/722-21-48.115-106D-210205.html>, “Excepcionalmente, sostiene la doctrina que, fenece la sociedad de gananciales sin extinción del vínculo matrimonial: 1) Por la separación de bienes durante el matrimonio; 2) Por la declaración de ausencia de uno de los cónyuges; 3) Por quiebra de uno de los esposos”; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 09-09-2004, Exp. 450-04-69, <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/533-9-450-04-69-103-04.html>, ubica la declaración de ausencia dentro de los modos excepcionales de culminación de la comunidad conyugal; TSJ/SCC, Sent. 0158 del 22-06-2001, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/junio/rc-0158-220601-00843.html>, “Asimismo, es posible la disolución de dicha comunidad por cualquiera de las causales taxativas mencionadas en el artículo 173, es decir por la declaración de la nulidad del matrimonio, la ausencia declarada, la quiebra de uno de los cónyuges y la separación judicial de bienes”; TSJ/SC, Sent. 489 del 14-04-2005, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/489-140405-04-0613.html>; entre otras.

derecho (*ope legis*) y sin necesidad de declaratoria judicial el régimen patrimonial supletorio que rige al matrimonio.

vi. Posibilidad de obtener pensión alimenticia en caso necesario por parte del cónyuge del ausente, que se determinará por la condición de la familia y la cuantía del patrimonio del ausente (artículo 427 del Código Civil)⁵⁷¹. Podría el cónyuge del ausente precisar auxilio económico adicional⁵⁷². Vale recordar que la procedencia de la pensión de alimentos precisa en general de ciertos requisitos, tales como el vínculo legal, la capacidad económica del obligado y el estado de necesidad del solicitante. Sin embargo, se acota acertadamente que el cónyuge así como el menor de edad no precisa la prueba del estado de necesidad; el deber de socorro económico que impone el artículo 139 del Código Civil a los cónyuges es permanente según las posibilidades de los esposos⁵⁷³.

⁵⁷¹ Que indica: “El cónyuge del ausente, además de lo que le corresponda por convenios de matrimonio y por sucesión, puede, en caso necesario, obtener una pensión alimenticia, que se determinará por la condición de la familia y la cuantía del patrimonio del ausente”.

⁵⁷² Véase: Binstock: ob. cit., p. 48. Agrega, siguiendo a López Herrera, que el cónyuge del ausente podría estar atravesando un período de necesidad, dado que se disuelve la comunidad conyugal y solo cuenta con la posesión provisional de los bienes del ausente, que podrían no producir frutos en cantidad suficiente (ibíd., p. 49).

⁵⁷³ Véase: Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 19-10-2006, Exp. 9324, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/2144-19-9324-.html>, “Ahora bien, es menester señalar que existen diferencias entre el deber de socorro que poseen los cónyuges como una consecuencia derivada del matrimonio emanada del artículo 139 del Código Civil, y la llamada obligación alimentaria propiamente dicha... El primero, como antes se indicó nace con el matrimonio, y no es menester el demostrar necesidad alguna para solicitar y recibir el socorro; mientras que en el segundo, puede tener como fuente, bien una disposición legal, o por acuerdo de voluntades, o bien por disposición testamentaria, e incluso por hecho ilícito; mas en el caso de obligación legal, referida concretamente a personas unidas por vínculos de familia... pueden presentarse dos situaciones, vale decir, aquellos casos en los que vasta probar la condición de familiar en el grado exigido por el legislador, o simplemente la relación de familiaridad, como en el caso de la obligación de alimentos respecto a los hijos menores, e incluso respecto al cónyuge conforme al 139 del Código Civil distinto del 286 *eiusdem*, sin más que probar; mientras que para el resto de los casos de obligación familiar es menester además del vínculo familiar que se demuestre la necesidad de la ayuda, y la capacidad económica de quien por Ley está obligado”; Domínguez Guillén, María Candelaria: **Manual de Derecho de Familia**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2008, pp. 42-43.

Declarada formalmente la ausencia, es forzoso que se modifique la situación del cónyuge presente, quien en virtud de la disminución sufrida en los gananciales, puede quedar sin lo suficiente para sostenerse por ese respecto; y aunque aquella declaratoria produce la extinción de la comunidad, el matrimonio subsiste, sin embargo, produciendo sus efectos, entre los cuales se halla el derecho a obtener alimentos⁵⁷⁴. Ello es extensible igualmente al concubino del ausente⁵⁷⁵, si media declaración judicial de dicha situación de hecho⁵⁷⁶ o la respectiva acta del Registro Civil⁵⁷⁷.

vii. Revocatoria de los poderes o mandatos otorgados por el ausente. Señalamos en la fase anterior que de conformidad con el artículo 419, apartado segundo del Código Civil, en caso de que el presunto ausente dejara constituido mandatario éste tendría la administración de sus bienes y el Juez proveería sólo respecto de los actos para los que dicho apoderado no tuviese facultad⁵⁷⁸. Ahora bien, la declaratoria formal de ausencia, a nuestro criterio, revoca los poderes previos que hubiere otorgado el ausente; de allí que compartimos el criterio de Montull Lavilla en el sentido de que la declaración judicial de ausencia revoca los poderes anteriores, y dicha solución no plantea ulteriores dificultades respecto a la legislación general⁵⁷⁹. Sin embargo, habría que acotar que el poder judicial con-

⁵⁷⁴ Ramírez: ob. cit., p. 347.

⁵⁷⁵ Véase: TSJ/SC, Sent. 1682 del 15-07-2005, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1682-150705-04-3301.html>, “Igualmente, en caso de declaración de ausencia de uno de los miembros de la unión, la otra podrá obtener una pensión alimentaria conforme al artículo 427 del Código Civil”; Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 12-08-2005, Exp. 3398, <http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2005/agosto/1330-12-3398-.html>; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, 04-08-2006, Exp. 10317, <http://monagas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/agosto/1698-4-10.317-.html>.

⁵⁷⁶ Véase: TSJ/SC, Sent. 1682, citada *supra*; Domínguez Guillén, María Candelaria: “Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999”. En: *Revista de Derecho*. N° 17. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005, pp. 221-224 (también en: **Manual de Derecho de Familia**, pp. 441-442).

⁵⁷⁷ Véase: Ley Orgánica de Registro Civil artículos 117 al 122.

⁵⁷⁸ Véase *supra* N° 4.1.2.

⁵⁷⁹ Montull Lavilla: ob. cit., p. 193.

ferido a los efectos de la representación judicial sigue excepcionalmente vigente en el supuesto de que dicho representante judicial se hiciera presente en el juicio de ausencia, con preeminencia sobre el defensor, lo cual tendría sentido a efectos de una eventual apelación de la respectiva sentencia de declaración de ausencia⁵⁸⁰.

En el mismo sentido, indica Serrano que la declaración de ausencia produce la extinción de los poderes generales y especiales, dejados por el ausente, aunque la declaración no se inscriba en el Registro⁵⁸¹. El artículo 1704 N° 3 del Código Civil incluye en las causas de extinción del mandato, la “muerte” del mandante o del mandatario, por lo que la “ausencia declarada” ha de considerarse un supuesto equivalente que responde a la misma esencia de la primera, por lo que resulta procedente la aplicación analógica de la norma al caso bajo estudio.

viii. Tiene lugar la sucesión procesal en los herederos del ausente. Esto lo ha referido la jurisprudencia⁵⁸² por aplicación el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil relativo a la muerte de la parte y que prevé la suspensión de la causa mientras se cita a los herederos. Si bien con la muerte desaparece la capacidad de ser parte, ella no acarrea la extinción del proceso, sino que, en razón del citado artículo del Código adjetivo, operará la sucesión procesal en los herederos del difunto⁵⁸³. El mismo efecto se derivará de la ausencia declarada⁵⁸⁴.

⁵⁸⁰ Véase *supra* N° 4.2.3.

⁵⁸¹ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 297. Véase: *ibíd.*, p. 2, al estudiar el mandato, habrá que incluir entre los modos de extinción de éste, la inscripción en el Registro Central de ausentes.

⁵⁸² Véase: TSJ/SC, Sent. 3145 del 15-12-2004, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/3145-151204-03-2673%20.html>, “... Situaciones que igualmente generan sucesión procesal ocurren en los casos de fallecimiento intestado de alguno de los litigantes, de su ausencia declarada y de extinción de personalidad jurídica en la persona moral o abstracta... Ahora, si la transferencia a título particular de los derechos que se ventilan se produce por causa de muerte, se suspenderá la causa desde que aquélla se haga constar en el expediente, y así se mantendrá hasta que se cite al sucesor a título particular, quien se hará parte de la causa por vía de sucesión procesal... La Sala acota que, en tal hipótesis, se producirá de derecho la perención de la instancia si dentro de los seis primeros meses de tal suspensión, los interesados no hubieren gestionado la continuación de la causa, ni dado cumplimiento a las obligaciones que la Ley les impone para proseguirla”.

⁵⁸³ Véase: Domínguez Guillén: **Inicio y extinción**..., pp. 215-216.

⁵⁸⁴ Véase *supra* N° 4.1.2. en torno a la aplicación del artículo 428 del Código Civil respecto a la fase de la presunción de ausencia.

Queda excluida la posibilidad de intentar en nombre del ausente acciones personalísimas, como por ejemplo, la acción de desconocimiento de la paternidad⁵⁸⁵, inquisición de la paternidad, divorcio, etc.

ix. Exclusión del ejercicio de la patria potestad. Según adelantamos respecto del “no presente”, la ausencia constituye también en ésta y las demás fases, una causa de exclusión absoluta de la patria potestad, porque impide de hecho —mientras la ausencia dure— ejercer las funciones inherentes a dicho régimen de protección. Al reaparecer el ausente, se incorpora sin necesidad de declaratoria judicial a las funciones correspondientes (responsabilidad de crianza, administración y representación) al cuidado de hijo menor no emancipado.

El artículo 262 del Código sustantivo alude expresamente a dicha exclusión, en caso del “declarado ausente”, pero lo cierto es que, como indicamos, por imperativo de la fuerza de los hechos dicha circunstancia o imposibilidad comienza desde antes y de allí que el citado artículo 420 del Código Civil señale que el otro progenitor ejercerá la patria potestad desde la fase anterior, esto es, según indica la norma “desde que ocurra la presunción de ausencia”.

4.2.5. Cesación

Esta etapa de declaración de ausencia presenta la misma forma de cesación o culminación que indicamos respecto de la etapa anterior, esto es, por la prueba de la existencia del ausente, por la prueba de la muerte de éste o por la sentencia de presunción de muerte⁵⁸⁶.

De allí que, la doctrina igualmente señala que la ausencia cesa por la prueba de la vida o de la muerte del ausente. En cuanto a la primera posibilidad, recordemos que, por disposición expresa del artículo 424 del Código Civil en cualquier estado del proceso, éste se declara terminado “al comparecer el citado u obtenerse en forma auténtica noticia de su existencia”. Algunos se refieren a que “vuelve el ausente o se prueba su existencia”, distinguiendo así

⁵⁸⁵ La Roche: ob. cit., p. 309.

⁵⁸⁶ Véase *supra* N° 4.1.3. Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, p. 478.

entre que “vuelva” el ausente y que se tengan noticias de éste⁵⁸⁷. Pero en esencia tal supuesto se reduce a uno solo; la prueba de la existencia o de la vida del ausente, la cual obviamente podrá acontecer porque éste aparezca personalmente o también porque se pruebe su existencia aun cuando no se haga presente.

A lo anterior debe considerarse el artículo 431 del Código Civil⁵⁸⁸, en el sentido de que al cesar los efectos de la ausencia, deberán restituirse los bienes que se tenían en posesión provisional, con las rentas en la debida proporción. Finalmente, ello pudiere eventualmente dar lugar a la ejecución de la garantía constituida.

Aguilar Gorrondona considera que no cabe reclamo por gastos de conservación pero sí en caso de mejoras; en tal caso se puede reclamar la suma menor entre el mayor valor dado a la cosa y el monto de las impensas⁵⁸⁹. La anterior opinión, si bien pudiera aceptarse en esta fase de declaración de ausencia dado el carácter provisional de la posesión así como la existencia de garantía, no resulta precedente según veremos en la siguiente etapa de presunción de muerte⁵⁹⁰.

También cesa la ausencia declarada si se “prueba de una manera cierta la época de la muerte del ausente”, con lo que se abre la sucesión a favor de los herederos, de conformidad con el artículo 432 del Código Civil⁵⁹¹. Pues recordemos

⁵⁸⁷ Véase: Marín Echeverría: ob. cit., p. 228, que aparezca el declarado ausente, que se tengan noticias de su existencia o que se confirme su muerte; Ramírez: ob. cit., p. 347, la posesión provisional cesa antes de declarada la presunción de muerte del ausente, por la vuelta de éste, porque se pruebe su existencia o porque se descubra de una manera cierta la época de su muerte.

⁵⁸⁸ Que señala: “Si durante la posesión provisional vuelve el ausente o se prueba su existencia, cesan los efectos de la declaración de ausencia, salvo, si hay lugar, las garantías de conservación y administración del patrimonio a que se refiere el artículo 419. Los poseedores provisionales de los bienes deben restituirlos con las rentas en la proporción fijada en el artículo 429”.

⁵⁸⁹ Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 434.

⁵⁹⁰ Véase *infra* N° 4.3.3.

⁵⁹¹ Que dispone: “Si durante la posesión provisional se descubre de una manera cierta la época de la muerte del ausente, se abre la sucesión en favor de los que en esa época eran sus herederos; y si fueren otros los que han gozado de los bienes, están obligados a restituirlos con las rentas en la proporción fijada en el artículo 429”.

que la sucesión precisa de la muerte. Finalmente, como indicamos, culmina la fase de la ausencia declarada al tener lugar la sentencia de la fase siguiente, a saber, “la decisión judicial que declare la presunción de muerte”.

Debe observarse el artículo 430 del Código Civil: “Si durante la posesión provisional alguien prueba que al tiempo de las últimas noticias tenía un derecho superior o igual al del poseedor actual, puede excluir a éste de la posesión o hacerse asociar a él; pero no tiene derecho a los frutos, sino desde el día en que proponga la demanda”.

Aguilar Gorrondona critica la norma, pues, a su decir, pretende justificarse como una sanción para quien no solicitó oportunamente la posesión provisional, o como una garantía mínima a la persona del poseedor provisional. Para el autor, la explicación no es satisfactoria, porque la limitación afecta incluso a quien pruebe haberse encontrado sin su culpa en la imposibilidad de pedir la posesión provisional con anterioridad y porque beneficia incluso al poseedor de mala fe⁵⁹². Por su parte, comenta acertadamente Ramírez que ello está en el orden natural de las cosas; mas el reclamante no tiene derecho a frutos sino desde el día en que propuso la demanda, porque el poseedor provisional es de buena fe sin duda alguna, y es principio fundamental, en materia de posesión, que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos y no está obligado a restituir sino lo que recibiere después que sepa que se ha demandado⁵⁹³.

4.3. Muerte presunta (*presunción de muerte*)⁵⁹⁴

4.3.1. Supuestos

La presente etapa se denomina “muerte presunta” o “presunción de muerte”; se traduce en la fase final del régimen de la ausencia. Su denominación tiene

⁵⁹² Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 435.

⁵⁹³ Ramírez: ob. cit., p. 348.

⁵⁹⁴ Véase: Aguilar Gorrondona: ob. cit., pp. 435-437; La Roche: ob. cit., pp. 311-312; Marín Echeverría: ob. cit., pp. 228-233; Graterón Garrido: ob. cit., pp. 373-375; Hung Vaillant: ob. cit., pp. 457-459; Ochoa G.: ob. cit., pp. 206-207; Ramírez: ob. cit., pp. 348-349; Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, pp. 478-485.

lugar en razón de que el transcurso del tiempo y las circunstancias llevan al Legislador a “presumir”, aunque no a asimilar, la muerte del ausente, en el sentido de que se reducen notablemente las posibilidades efectivas de que el ausente regrese o aparezca. Presunción obviamente *iuris tantum*⁵⁹⁵, pues, como indicamos anteriormente, en cualquiera de las etapas del procedimiento, incluyendo la presente, se podrá probar o acreditar la prueba en contrario, a saber, la existencia o la muerte del ausente, siendo tal circunstancia una forma de culminación del procedimiento⁵⁹⁶.

Su denominación “presunción de muerte”, denota, pues, para algunos la utilización del término “presunción” en su sentido técnico jurídico que supone partir de un hecho conocido para llegar a uno desconocido⁵⁹⁷; se conoce la desaparición de la persona de su sede jurídica y la falta de noticias⁵⁹⁸. Pero en el caso venezolano, la muerte es netamente presunta, por lo que la sentencia no llega a asimilarse a la muerte, como única forma de extinción de la persona natural⁵⁹⁹. Sin embargo, en palabras de Ramírez, lo razonable es “conceptuarlo muerto”, pues para la declaración de ausencia han precedido formalidades cuyo cumplimiento basta para que el ausente quede enterado del procedimiento; si no obstante transcurren diez años después de ella, sin que el ausente

⁵⁹⁵ Véase sobre la presunción y la figura en estudio: Álvarez Gutiérrez: ob. cit., pp. 23 y ss. Véase también: Carpio Vélez: ob. cit., p. 85, indica que la declaración de muerte presunta se procede mediante una presunción *iuris tantum* concretada en una resolución judicial que se emite solo cuando ha transcurrido un plano considerable sin tener noticias de la persona declarada ausente.

⁵⁹⁶ Véase *supra* N° 4.1.1.

⁵⁹⁷ Véase artículo 1394 del Código Civil que prevé: “Las presunciones son las consecuencias que la Ley o el Juez sacan de un hecho conocido para establecer otro desconocido”. Con relación a la presunción véase: Marín Pérez: ob. cit., p. 77, presunción es la averiguación de un hecho desconocido deduciéndolo de otro conocido. Si esta presunción la hace la ley, es legal. A su vez, si esa operación lógica admite prueba en contrario, se denomina presunción *iuris tantum*; si, por el contrario, la presunción es absoluta y no admite contradicción, se llama presunción legal *iuris et de iure*.

⁵⁹⁸ Véase: Parra Benítez, Jorge: **Manual de Derecho Civil. Persona, Familia y Derecho de Menores**. 3ª, Edit. Temis. S/l, 1997, p. 118, el hecho conocido es que no se sabe dónde está la persona, ha desaparecido y se ignora su paradero.

⁵⁹⁹ Véase *supra* N° 1.

haya dado señales de vida o hayan pasado más de cien años de su nacimiento⁶⁰⁰. Al respecto dispone el artículo 434 del Código Civil:

Si la ausencia ha continuado por espacio de diez años desde que fue declarada o si han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente, el Juez, a petición de cualquier interesado, declarará la presunción de muerte del ausente, acordará la posesión definitiva de los bienes y la cesación de las garantías que se hayan impuesto. Esta determinación se publicará por la imprenta⁶⁰¹.

La presente etapa es la tercera y última del régimen ordinario de la ausencia, y en ella se acentúa la incertidumbre o, más precisamente, se dificulta la posibilidad de que el ausente regrese. Cabe distinguir dos supuestos en atención a la norma indicada: 1. Que hayan transcurrido más de diez años a partir de la declaración de ausencia; o 2. Que el ausente tenga más de cien años de edad. En el primer caso, lo normal⁶⁰², por decirlo así, precisa del necesario transcurso del tiempo y de la declaratoria judicial de la fase previa. Vale preguntarse si el lapso actual de diez años y que ha sido reducido progresivamente en anteriores reformas del texto sustantivo⁶⁰³, sigue resultando excesivamente largo, considerando que a éste se le adiciona el tiempo que ha de consumirse el procedimiento ordinario de ausencia. En este sentido, se pronunciaron algunos Juzgadores consultados⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ Ramírez: ob. cit., p. 348. Véase: Bianca: ob. cit., p. 291, la muerte presunta acontece cuando la ausencia de la persona persiste por un tiempo considerable determinado.

⁶⁰¹ En la legislación española el lapso para la declaración de fallecimiento son diez años, plazo que se reduce a cinco si dentro de él cumple el ausente setenta y cinco años (Moreno Quesada: ob. cit., p. 139).

⁶⁰² Véase: Juzgado de Primera Instancia Civil, Mercantil, Tránsito, Agrario, Bancario y Constitucional de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, Sent. 26-04-2010, Exp. 1186, <http://trujillo.tsj.gov.ve/decisiones/2010/abril/1609-26-1186-.html>, “fue declarada la presunción de ausencia del ciudadano... en fecha 26 de abril de 1990, han transcurrido 20 años y 28 días; por lo que se verifica el primer requisito exigido por dicho articulado, por lo que es obligatorio para este Juzgado declarar procedente la solicitud de Presunción de Muerte”.

⁶⁰³ Véase *supra* N° 3.2.

⁶⁰⁴ Véase entre otros *infra* N° 7: opinión de Ivan Escalona Silva, que expresa que de *lege ferenda* debería considerarse la reducción del lapso y de las formalidades para acceder a la presunción de muerte, o una suerte de flexibilización en el régimen de la ausencia ordinaria.

al considerar dicho período excesivamente extenso a los fines de acceder a la partición definitiva, dejando a los herederos una larga carga que cumplir.

Ahora bien, ciertamente podría considerarse a futuro una reducción del lapso para acceder a la etapa final del régimen ordinario de la ausencia que siga siendo amplia respecto del régimen especial de la presunción de muerte por accidente. Así, por ejemplo, sería lógico admitir que fuese el doble de esta última, la cual de mantenerse en tres años podría hacer pensar en un período lógico de seis años respecto de la ausencia ordinaria. Ello permitiría seguir manteniendo una diferencia sustancial entre ambos procedimientos dada su naturaleza, a la vez que le ahorraría a los legitimados unos años de espera luego de cumplir todas las formalidades de ley. Es una simple recomendación, pues está claro que, considerando los trámites previos del procedimiento en cuestión para acceder a la presente etapa, el solicitante verá transcurrir igualmente un número considerable de años.

En cuanto al segundo supuesto que prevé la norma bajo análisis, se aprecia que —de conformidad con dicha disposición— en caso de que la persona tenga más de cien años de edad no es necesario dejar transcurrir los diez años a partir de la declaración. Esto porque el promedio de vida del venezolano, que podría ubicarse alrededor de los setenta y cinco años, permite presumir la muerte en el caso de superar sobremanera dicha edad⁶⁰⁵.

Por ende, habría que distinguir dos supuestos distintos previstos en el artículo 434 del Código Civil: 1. “Si la ausencia ha continuado por espacio de diez años desde que fue declarada”; 2. “Si han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente”. Ciertamente, el primero de tales supuestos, por disposición de la propia norma citada, precisa —en nuestro concepto— de una sentencia que declare la ausencia, de allí la expresión “declarada” que alude a la decisión del órgano judicial y del transcurso de diez. En este último sentido,

⁶⁰⁵ Véase: Marín Echeverría: ob. cit., p. 230; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 11-08-2011, Exp. 5100-2008, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/agosto/1329-11-5100-03-D.html>.

se pronuncian decisiones judiciales⁶⁰⁶. Ahora bien, si se está en presencia del segundo supuesto de la norma, a saber, una persona con más de cien años de edad, la presunción de muerte de la persona desaparecida no requiere la declaratoria de la fase previa⁶⁰⁷. En tal caso, ante la efectiva posibilidad de muerte, el legislador ha reducido la declaratoria de la presunción de muerte a la acreditación de los supuestos legales⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 04-07-2006, Exp. 18.028, citada *supra*: “La parte solicitante, en virtud de haber transcurrido más de diez años desde que el Juzgado... declaró ausente al ciudadano... peticiona de conformidad con el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil la declaratoria de muerte del ciudadano... solicitando además que se acuerde la posesión definitiva de los derechos y acciones que posee sobre un bien inmueble que consta de terreno propio...”; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 28-09-2011, citada *supra*: “la declaración de presunción muerte de quien haya sido declarado ausente procede en dos supuestos: 1) Cuando la ausencia ha continuado por espacio de diez años desde que fue declarada; 2) Cuando han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente... solicita la declaración de presunción de muerte de su padre... cuya ausencia fue declarada desde hace catorce años y tres meses”.

⁶⁰⁷ Véase: Hung Vaillant: ob. cit., pp. 457-458, “La ley prevé dos supuestos diferentes para la declaratoria judicial de la presunción de muerte. El primer supuesto lo constituye la concurrencia de dos hechos: a. Que hubiere sido declarada judicialmente la ausencia de conformidad con los artículos 421 a 425 del Código Civil; y b. Que transcurrido diez años contados a partir de la fecha de la declaración judicial de ausencia sin que se hubieren tenido noticias del ausente. El segundo supuesto para la declaración de presunción de muerte lo constituye el hecho de haber transcurrido cien años contados a partir de la fecha del nacimiento de la persona sin que se hubieren tenido noticias de su existencia. Debe hacerse notar que en este segundo supuesto no es necesario que se hubiese declarado la ausencia presunta ni tampoco es necesaria la declaración judicial de ausencia”. Véase también: Marín Echeverría: ob. cit., p. 230, no se precisa de la declaratoria de ausencia, pero en todo caso el juez debe cumplir previamente con la realización del inventario de manera que exista claridad respecto de los bienes sobre lo que tendrá lugar la posesión definitiva.

⁶⁰⁸ A saber, el transcurso de más de cien años del nacimiento del ausente, la legitimación, etc. Véase este supuesto en: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 01-06-2005, Exp. 41831 (revisada en original), que al efecto indica: “Ahora bien, corresponde analizar las pruebas presentadas por la solicitante en aras de

En este sentido, indica una decisión judicial que del artículo 432 del Código Civil “... se puede observar que nuestro legislador patrio, estableció un supuesto especial de declaración de presunción de muerte, consistente en que una persona tenga más de cien años de edad. Tal supuesto especial fue creado tomando en cuenta la edad promedio del venezolano. Por tal razón, el legislador consideró que una persona con más de cien años, existen altas probabilidades de que la misma haya fallecido, suprimiendo por ello para dichos casos, que se tenga que pasar por el procedimiento de declaración de ausencia previo, como tiene que ser seguido generalmente”⁶⁰⁹. En sentido semejante se aprecia la decisión judicial de una persona que a la fecha de la sentencia contaría con ciento once años⁶¹⁰. Nos ubicamos así dentro de aquellas legislaciones que toman en cuenta la edad del ausente a los efectos de la presunción de muerte⁶¹¹.

Si no estamos ante el supuesto de la persona con más de cien años de edad, es requisito estrictamente necesario entonces la previa “declaración de ausencia”⁶¹², en razón de que en esta fase de presunción de muerte (artículo 434 del Código

demostrar sus dichos... En consecuencia, dicho documento demuestra que en realidad el ciudadano... tiene más de cien años ya que desde la fecha de la emisión del mismo hasta la presente fecha han transcurrido más de cien años... En fuerza de todas las anteriores consideraciones... Declara la presunción de muerte...”.

⁶⁰⁹ Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 01-06-2005, Exp. 41831 (revisada en original).

⁶¹⁰ Véase declarando con lugar presunción de muerte aunque con nombramiento de defensor *ad litem* que consagra la ley respecto de la etapa previa de declaración de ausencia: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 11-08-2011, Exp. 5100-2008, citada *supra*: “De lo que se evidencia que en caso de que dicha ciudadana estuviera viva, en los actuales momentos contaría con 111 años de edad, lo que no es viable para un venezolano cuando el promedio de vida no supera los setenta y cinco años, resultando ilógico pensar que la madre del solicitante aún estuviera con vida”.

⁶¹¹ Véase: Tobías: ob. cit., pp. 116-117, alude a la irrelevancia de la edad del ausente, en el Derecho argentino a los efectos de la declaración de presunción de muerte. Indica que otras legislaciones la edad avanzada se toma en cuenta para abreviar el plazo.

⁶¹² Recordemos que la primera fase o presunción de ausencia, a nuestro criterio no precisa de auto expreso del Tribunal sino de acreditarle al Juzgador del cumplimiento de tales extremos. Véase *supra* N° 4.2.1.

Civil) no se precisan las garantías procesales de la declaratoria de ausencia (artículos 422 y 423 del Código Civil) que incluyen el emplazamiento del ausente por carteles, el nombramiento de su defensor y la continuación por el juicio ordinario; no parece conveniente que, en todos los casos, ante una materia tan delicada se prescindiera de tales formalidades procesales, a nuestro juicio, esenciales para la mejor garantía de los derechos del ausente. De allí, la acertada distinción que el Legislador realizó atenuando el trámite del proceso, cuando el ausente ha superado —al margen del tiempo de la desaparición— el siglo de vida.

La Ley establece un lapso de diez años en condiciones normales para acceder a la presunción de muerte que propicia la posesión definitiva, tiempo que ha sido considerado razonable y amplio a los fines del regreso del ausente⁶¹³. Sin embargo, tal lapso modernamente pudiera resultar exagerado dada la extensión que el procedimiento puede alcanzar en la práctica y vistas las modernas posibilidades de comunicación. Y de allí que algunos Juzgadores consultados se pronuncian por su reducción, siendo al parecer la tendencia moderna⁶¹⁴.

Ahora bien, cualquier interesado podrá participar en esta etapa mediante la posesión o liberación definitiva de los bienes del ausente sin haber intervenido en la fase anterior y en la respectiva posesión provisional. La norma alude “a petición de cualquier interesado”, por lo que la legitimación activa, subsiste para terceros con interés jurídico y herederos⁶¹⁵. La Ley no señala procedimiento especial en esta fase, a diferencia de la declaración de ausencia, pero

⁶¹³ Véase: Palacios Ochoa: **La no presencia y la ausencia**, citado *supra*: “en cuanto al establecimiento de 10 años a partir de la declaración de ausencia creemos que están cubiertas razonablemente por este lapso de tiempo, las posibilidades del ausente para presentarse y recuperar lo que <de derecho> le corresponda. Igualmente el lapso estipulado en 100 años a partir del nacimiento de la persona para el establecimiento la declaratoria de muerte cubre sin dejar lugar a equívoco y suponemos que los casos presentados ante los tribunales competentes alegando esta causa son muy escasos, con lo cual quedaría demostrado que en el Código Civil se han establecido lapsos que no pretenden perjudicar al que, por algún motivo desaparece de su domicilio, siendo el espíritu de la norma resguardar los intereses del ausente, del no presente o del presunto fallecido”.

⁶¹⁴ Véase *infra* N° 7.

⁶¹⁵ Véase *supra* N° 4.1.1. y 4.2.2.

se indica que el Juez debe constatar la procedencia de las circunstancias que permiten la presunción de muerte⁶¹⁶; es obvio que, además de comprobar los presupuestos necesarios, el juez deberá mandar a instruir las pruebas que crea conducentes⁶¹⁷. De allí que el Juzgador tienda a comprobar el cumplimiento de los presupuestos necesarios a través de diversos elementos probatorios a los fines de declarar con lugar la presunción de muerte⁶¹⁸.

No indica la Ley cual es el Tribunal competente para la declaración de presunción de muerte, pero es natural que sea el mismo competente para conocer de la declaración de ausencia⁶¹⁹, esto es, el mismo Juzgado ante el que se ventiló la “declaración de ausencia”⁶²⁰. De allí que se afirme que no hay necesidad de tramitar un nuevo juicio sino que la presunción será declarada por el Juez previa constatación de los extremos que la hacen procedente⁶²¹. Creemos

⁶¹⁶ Véase: Hung Vaillant: ob. cit., p. 458; Aguilar Gorronzona: ob. cit., p. 436, “no es necesario intentar un nuevo juicio para obtener la correspondiente decisión del Juez; pero sí se requiere la constatación judicial de que procede la presunción de muerte”.

⁶¹⁷ Véase: Sanojo: ob. cit., p. 110; Domínici: ob. cit., p. 107.

⁶¹⁸ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 04-07-2006, Exp. 18.028, citada *supra*: “En virtud de lo expuesto, quien aquí juzga considera evidente que desde el 21 de marzo de 1994, fecha en que el Tribunal... declaró ausente al ciudadano... hasta la presente fecha, han transcurrido más de diez años, sin que el declarado ausente se haya hecho presente o se tenga noticias de él, tal como lo señala el artículo 434 del Código Civil, razón por la cual este Tribunal considera satisfechos los extremos de Ley para declarar la presunción de muerte del ausente”.

⁶¹⁹ Sanojo: ob. cit., p. 110.

⁶²⁰ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 02-03-2005, <http://cojedes.tsj.gov.ve/decisiones/2005/marzo/1328-2-5003-.html>, “Por cuanto de la revisión del escrito y recaudos se desprende que la acción principal de solicitud de Declaratoria de Ausencia del ciudadano... se inició en el Juzgado Tercero de Familia y Menores... quien en fecha 21 de marzo de 1994, dictó decisión que Declaró Ausente al mencionado... De la norma anteriormente transcrita, se desprende que es el Juzgado Tercero de Familia y Menores... donde debe haber continuidad del proceso, y en consecuencia conocer y decidir la presente solicitud de Declaratoria de Muerte... ya que es allí donde se inició y se dictó sentencia de Declaratoria de Ausencia y donde cursan las actuaciones originales contenidas en el Expediente...”.

⁶²¹ Hung Vaillant: ob. cit., p. 458.

que por constituir la presente fase una prolongación necesaria de la anterior, debería seguirse tramitando ante el Juez de Primera Instancia Civil que conoció el juicio contencioso de declaración de ausencia, no obstante la citada Resolución del Tribunal Supremo de Justicia de 2009⁶²².

Finalmente, el citado artículo 434 del Código Civil indica, en cuanto a la decisión que dicta la presunción de muerte, que “esta determinación se publicará por imprenta”. La norma prevé la necesaria publicidad de la sentencia que establezca la presunción de muerte, siendo suficiente una sola publicación a los fines de la debida divulgación⁶²³. La decisión judicial que declara la presunción de muerte, debe publicarse por la imprenta, porque además de que la presunción puede desaparecer ante la prueba en contrario, puesto que el ausente puede estar vivo, como lo prevé la ley, importa que esa determinación sea susceptible de llegar a su conocimiento, no menos que la de los terceros⁶²⁴.

La sentencia que declara con lugar la presunción de muerte, debe cumplir con la debida publicidad de ley⁶²⁵, para que puedan reclamarse sus efectos.

⁶²² En vista de que la doctrina califica la presente etapa como no contenciosa o de jurisdicción voluntaria, algunos podrían sostener que en vista de la citada Resolución del Tribunal Supremo de Justicia de 2009, el asunto correspondería a los Tribunales de Municipio. Sin embargo, nos parece más adecuado procesalmente sostener la permanencia de la competencia de los Tribunales de Primera Instancia, toda vez que la presente fase es una continuación o prolongación de la previa (declaración de ausencia que es formalmente contenciosa), y respecto de la cual se presenta adecuado el contacto directo del Juez que conoció de los pormenores de la misma.

⁶²³ Véase sin embargo disponiendo una publicidad mayor: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 04-07-2006, Exp. 18.028, citada *supra*: “Tercero: Conforme a lo dispuesto en el artículo 434 del Código Civil, en concordancia con los artículos 231 y 692 del Código de Procedimiento Civil, este Tribunal dispone la publicación de un extracto de la presente decisión por medio de Edicto que deberá ser fijado en la puerta del Tribunal y publicado en los Diarios... que son los de mayor circulación nacional y regional respectivamente, durante sesenta días dos veces por semana”.

⁶²⁴ Ramírez: ob. cit., pp. 348-349.

⁶²⁵ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 16-04-2008, Exp. 8006, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2008/.../130-16-8006-6132.html>.

También, como las dictadas en otras fases, debe ser registrada (Ley Orgánica de Registro Civil, artículo 3 N° 11).

4.3.2. Efectos

En la presente etapa se incrementa la incertidumbre sobre la existencia de la persona y se aleja la esperanza de que el sujeto retorne. Ello, sin lugar a dudas, se refleja en los efectos de esta fase, entre los que suele citar los siguientes:

i. Posesión definitiva de los bienes⁶²⁶ y cesación de las garantías constituidas⁶²⁷ (artículo 434 del Código Civil): La doctrina refiere que pueden solicitar la posesión definitiva incluso quienes no tenían la posesión provisional⁶²⁸ y así lo confirma alguna decisión judicial⁶²⁹, lo cual es obvio considerando que es perfectamente posible que no se tuviese la misma en razón de no haber constituido garantía o porque no se participó en el proceso de “declaración de ausencia”. Tal petición estará a cargo de los interesados y herederos⁶³⁰.

⁶²⁶ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 04-07-2006, Exp. 18.028, citada *supra*, se declara la presunción de muerte y “se acuerda a favor de los co-propietarios... así como de todos los coherederos del ciudadano... la posesión definitiva de los derechos y acciones que a este último le corresponden o le pudieren corresponder sobre un inmueble...”.

⁶²⁷ Véase: Sanojo: ob. cit., p. 110, con el decreto de posesión definitiva se deben cancelar las fianzas y demás garantías, pero si no lo hiciere el Juzgador, la cancelación siempre tiene lugar por falta de objeto; Ramírez: ob. cit., p. 348, supone la cancelación de las fianzas y la cesación de las demás garantías que se hayan impuesto.

⁶²⁸ Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 436.

⁶²⁹ Véase: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 28-09-2011, citada *supra*, que parafraseando a Aguilar Gorrondona señala: “Aunque la hipótesis normal es que al declararse la presunción de muerte, los poseedores provisionales se conviertan en poseedores definitivos, lo cierto es que las personas que tenían derecho a pedir la posesión provisional, pero no la obtuvieron (por ejemplo: por no haberla solicitado, por no otorgar las garantías requeridas, etc.), pueden pedir la posesión definitiva de los bienes del ausente (a pesar de no haber tenido antes la posesión provisional de ellos)”.

⁶³⁰ Véase en cuanto a la prueba de la condición de heredero en esta fase: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 28-09-2011, citada *supra*: “el cumplimiento de esta obligación fiscal, a criterio de

Tal posesión definitiva, a criterio de Serrano, no se puede decir que no sea perfecta, porque lo que se adquiere es el dominio pleno sobre los bienes y derechos de la herencia en la misma extensión que el ausente los tuviera⁶³¹.

Así pues, el transcurso de un tiempo de ley sustancialmente largo, amén de las formalidades y garantías en cabeza de los legitimados o interesados que han participado en el juicio de ausencia, permite en la presente etapa que la “posesión provisional” de los bienes o derechos del ausente se convierta en “posesión definitiva”, y por tal la cesación de la caución⁶³², garantías o medidas adoptadas en la fase anterior.

ii. Se podrá proceder a la partición y disponer libremente de los bienes (artículo 435 del Código Civil): Tiene lugar en esta etapa la partición definitiva, esto es, la libre disposición de los bienes del presunto muerto y, por ende, también cesa toda vigilancia de administración y toda dependencia de la autoridad judicial⁶³³. Ello se presenta como una simple y necesaria consecuencia de la posesión definitiva.

La libre disposición de los bienes es sin duda el objetivo y efecto fundamental que persiguen inicialmente los legitimados que dieron curso al presente procedimiento. Así pues, bien puede decirse que para ellos todo el proceso de ausencia, con inclusión de las dos etapas previas, encuentra sentido a través del presente momento de indudable relevancia patrimonial.

quien aquí sentencia, no constituye por sí sólo plena prueba que determina la condición de herederos de determinadas personas que aparezcan como declarantes y herederos en el formulario anteriormente indicado, sino que para probar tal condición debe ir adminiculada con otros medios probatorios que demuestren la filiación con el causante”.

⁶³¹ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 413.

⁶³² Véase: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 28-09-2011, citada *supra*: “declara la Presunción de Muerte del ausente... Se declara la cesación de las garantías que se hayan impuesto a los herederos o a quien tenga sobre los bienes del presunto muerto derechos que dependan de la condición de su muerte...”.

⁶³³ Ramírez: ob. cit., p. 349.

iii. Liberación definitiva de las obligaciones que dependían del ausente⁶³⁴. Así como la declaración de ausencia propicia la liberación provisional de aquellas obligaciones pecuniarias que dependan de la muerte del ausente, tales como la obligación de alimentos⁶³⁵; en la presente fase final del procedimiento de ausencia, dicha liberación es definitiva, de tal suerte que cesan las cauciones, garantías o medidas que se hayan constituido al efecto. La obligación solo resurgirá o se activará con el retorno del ausente.

iv. No se disuelve el matrimonio⁶³⁶: aspecto que constituye uno de los más controversiales e interesantes del tema en estudio, que ciertamente precisaría un pronunciamiento legislativo futuro.

No existe disposición alguna —a diferencia de otras legislaciones⁶³⁷— en nuestro ordenamiento que consagre la declaración de ausencia o de presunción de muerte como causa de extinción del matrimonio o causal de divorcio. Surge la duda entonces, respecto a la suerte del ámbito personal del cónyuge del ausente.

⁶³⁴ Por aplicación analógica según Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 436.

⁶³⁵ Véase *supra* N° 4.2.4.

⁶³⁶ Véase: Domínic: ob. cit., pp. 97 y 120, el matrimonio no se disuelve en ningún caso por la ausencia de uno de los cónyuges. Por tanto, la ausencia no produce en ninguno de sus períodos el efecto de disolver el matrimonio. Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 434.

⁶³⁷ Así en el Derecho español, Moreno Quesada: ob. cit., p. 138, indica que la necesidad de contar con el ausente en las titularidades y tareas compartidas, es causa para pedir la separación o divorcio (artículos 82-7 y 86-3 del Código Civil); Díez-Picazo y Gullón: ob. cit., p. 287; Tomé Tamame, Juan Carlos: **Separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro: causas, requisitos e iter procedimental**. junio, 2003. <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200306-135594510331541.html>, “tercera causa de divorcio debe existir como requisito ineludible el cese efectivo de la convivencia conyugal, al menos, durante dos años de manera ininterrumpida, estableciendo el artículo 86.3 dos sub-apartados complementarios o adicionales a este requisito: <a) desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos>”. En el Derecho mexicano, la presunción de muerte disuelve el matrimonio y la declaración de ausencia es causal de divorcio

De conformidad con el artículo 122 del Código Civil⁶³⁸ si el cónyuge del ausente contrae matrimonio, a pesar de la prohibición, el mismo no puede impugnarse mientras dure la ausencia⁶³⁹. Binstock señala que el impedimento subsiste sólo que el Legislador respeta la situación creada por el nuevo matrimonio, pero que una vez que regrese el desaparecido, cesan las dos presunciones y queda en vigor el vínculo matrimonial, sin importar si el cónyuge del desaparecido ha contraído un nuevo matrimonio, pues éste queda anulado con base en el impedimento de vínculo anterior⁶⁴⁰. Igual situación se precia en el Derecho italiano⁶⁴¹. Solución que acertadamente para algunos peca de simplista y poco realista⁶⁴² y que no resuelve la situación personal del cónyuge del ausente o presunto muerto, respecto a la libertad y seguridad jurídica sobre el destino de su estado matrimonial.

De tal suerte, que el problema subsiste no obstante la citada disposición del Código sustantivo. Se piensa inmediatamente en la posibilidad de que la conducta del ausente pueda subsumirse dentro de la causal de divorcio contencioso correspondiente al abandono voluntario⁶⁴³, y la doctrina no se muestra pacífica en este sentido. Indica Binstock que la ausencia no encaja en la causal de abandono, pues éste debe ser voluntario y ello sólo se plantearía cuando las circunstancias respecto a la época de comienzo de la ausencia demuestra alguna culpa imputable al cónyuge

(Tapia Ramírez: ob. cit., p. 155; Baqueiro y Buenrostro: ob. cit., pp. 199 y 201). En el colombiano la sentencia de presunción de muerte disuelve el matrimonio (Valencia Zea y Ortiz Monsalve: ob. cit., p. 330; Naranjo Ochoa: ob. cit., p. 225). En el Derecho peruano según el artículo 64 del Código Civil, la declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido (De Belaúnde L. De R.: ob. cit., p. 63).

⁶³⁸ Que indica: "... En el caso de este artículo, el matrimonio contraído por el cónyuge de un presunto o declarado ausente, no puede atacarse mientras dure la ausencia...".

⁶³⁹ Véase: La Roche: ob. cit., p. 310.

⁶⁴⁰ Binstock: ob. cit., p. 43.

⁶⁴¹ Véase: Trabucchi: ob. cit., p. 83, la ausencia no disuelve el matrimonio, pero si el cónyuge del ausente contrae matrimonio no podrá impugnarse mientras dure la ausencia de conformidad con el artículo 117 del Código Civil italiano; Santoro Passarelli: ob. cit., p. 13, el matrimonio no se disuelve pero se debilita el vínculo conyugal y si se contrae matrimonio podrá ser anulado *ex nunc*. Véase igualmente respecto del Derecho belga: Laurent: ob. cit., pp. 346-347.

⁶⁴² Bercovitz y Rodríguez-Cano: ob. cit., p. 127.

⁶⁴³ Véase: artículo 185 N° 2 del Código Civil.

ausente; aunque, no obstante, cita a Herrera Mendoza: "... si es incierta la existencia misma del ausente, más incierta tiene que ser su voluntad"⁶⁴⁴. En el mismo sentido, indica Hung Vaillant que, a su parecer, "para que la declaratoria judicial de ausencia pudiese ser alegada como causal de divorcio, creemos que el interesado en tal declaración deberá alegar la voluntariedad de la ausencia; ya que la citada causal no se refiere a abandono puro y simple sino a aquel que puede ser calificado como voluntario"⁶⁴⁵. Sin embargo, se afirma acertadamente que referirse a "abandono voluntario" es una redundancia porque no es concebible el abandono involuntario⁶⁴⁶. De allí que se afirme que el abandono se presume voluntario⁶⁴⁷.

Por su parte, La Roche indica acertadamente que si bien no existe disposición expresa, la ausencia declarada constata una situación de hecho, que tipifica la causal segunda del artículo 185 del Código Civil, por lo que puede solicitarse la disolución del vínculo matrimonial con fundamento a dicho abandono⁶⁴⁸. Pretender que el caso del ausente no puede subsumirse en dicha causa porque la desaparición "pudo" ser involuntaria, no se corresponde con la realidad del instituto, pues el Legislador no califica ni se pronuncia en torno al carácter involuntario o voluntario de la desconexión del ausente a su sede jurídica.

Al respecto, Lorenzo Herrera Mendoza indica que "la vía de la acción de divorcio la tenemos en Venezuela bastante obstruida, en lo referente a consortes de los cuales uno ha desaparecido y se ignora su paradero; a menos que las circunstancias respectivas de la época de comienzo de la ausencia proporcionen hechos que demuestren alguna culpa, imputable como infracción grave de los deberes conyugales"⁶⁴⁹. Sin embargo, luego de pasearse por tal problemática en

⁶⁴⁴ Binstock: ob. cit., p. 42.

⁶⁴⁵ Hung Vaillant: ob. cit., p. 456.

⁶⁴⁶ Véase: Belluscio, Augusto César: **Manual de Derecho de Familia**. T. I. 7ª, Edit. Astrea. Buenos Aires, 2002, p. 462, el abandono supone en sí una acción u omisión voluntaria pues de lo contrario no sería tal sino mera separación o dejación del hogar.

⁶⁴⁷ Véase: Domínguez Guillén: **Manual de Derecho de Familia**, pp. 163-164.

⁶⁴⁸ La Roche: ob. cit., p. 310.

⁶⁴⁹ Herrera Mendoza, Lorenzo: "La disolución del matrimonio por la muerte presunta del ausente". En: **Estudios sobre Derecho Internacional Privado y temas conexos**. El Cojo S.A. Caracas, 1960, p. 336.

el Derecho venezolano, Herrera Mendoza concluye que cuando la ausencia se ha prolongado por tantos años debe ampararse al cónyuge como ser humano, en opinión del autor, a petición del cónyuge presente y, sin más requisitos que la sentencia contentiva de aquella presunción *iuris*, debe admitirse la disolución del matrimonio y expedirse la debida constancia. Agrega el autor que si en la etapa final de la ausencia, la sucesión fue abierta y liquidada, la sociedad conyugal se extinguió y se liquidó, fue pagado al Fisco, distribuido los bienes y los sucesores pueden disponer libremente de éstos, sería absurdo que el presunto viudo o viuda no pudiera disponer de su propia persona⁶⁵⁰. Vale recordar que técnicamente en materia de ausencia, no tiene lugar propiamente “sucesión”, a diferencia de la muerte.

En el mismo sentido se pronuncia Binstock al señalar que se adhiere a la posición de Herrera Mendoza y agrega que podría admitirse que la prohibición de nuevo matrimonio no se eliminase antes de la declaración de presunción de muerte, es decir, antes de que se dictasen las medidas definitivas de carácter patrimonial; pero una vez concedida ésta, lo que implica su disposición, nada justifica que se mantenga esta restricción para el cónyuge del desaparecido, pues ella significa dejar sin amparo sus derechos personales⁶⁵¹.

En nuestro criterio, interpretar que se precisa esperar la fase final de la presunción de muerte o posesión definitiva no constituye una salida satisfactoria a los derechos del cónyuge, a quien se le impone una larga y extensa espera. Por otra parte, no es posible concluir una consecuencia tan grave *ope legis*, como la disolución automática del vínculo conyugal si ésta no está expresamente prevista en la ley. Ello, amén que el cónyuge del ausente bien podría no estar interesado en esa radical consecuencia no consagrada en la ley. De allí que creemos que la forma procesal de amparar los derechos del cónyuge del

⁶⁵⁰ *Ibíd.*, p. 338, indica que si el presunto viudo no pudiese disponer su persona y se mantuviera incólume el vínculo anterior se habría cuidado únicamente a la conservación del matrimonio, sin impartirle la protección adecuada la persona central de este drama.

⁶⁵¹ Binstock: *ob. cit.*, p. 44, la autora lo refiere al caso particular de la presunción de muerte por accidente, donde la posesión definitiva tiene lugar tres años después de la declaratoria del artículo 438 del Código Civil.

ausente, es admitiendo la posibilidad del divorcio contencioso con base en la causal de abandono⁶⁵². Ello permitiría salvaguardar los derechos personalísimos del cónyuge presente sin pretender que éste espere por largos años a la fase final de la presunción de muerte. De allí que, según hemos indicado en otra oportunidad, la simple “ausencia” a falta de disposición expresa encuadra en la citada causal de abandono voluntario⁶⁵³. Inclusive, a falta de previsión expresa que consagre la ausencia declarada como causal de divorcio (que supone una fase intermedia pero formalmente avanzada del juicio) valdría aceptar que la desaparición del cónyuge en fase de simple presunción de ausencia, bien pudiera configurar la causal de abandono⁶⁵⁴.

Por otra parte, en cuanto a la consideración de que la desaparición del ausente no encuadra en la exigencia de “voluntario” o intencional del abandono, habría que considerar que: i. El abandono se presume “voluntario”⁶⁵⁵;

⁶⁵² Esto es tanto en la presunción de ausencia, como en la declaración de ausencia como en la presunción de muerte.

⁶⁵³ Véase: Domínguez Guillén: **Manual de Derecho de Familia**, p. 170, “Finalmente, cabe preguntarse si la situación del <ausente>, es decir, aquel del que se duda de su existencia, podría subsumirse en la presente causal, y la doctrina generalmente responde negativamente alegando que no puede sostenerse la <voluntariedad> del abandono, respecto del ausente. De allí que sería útil consagrar la <ausencia declarada o declaración de ausencia> como causal de divorcio autónoma tal como considerado por el Proyecto de Código Civil de 1931 pues en nuestro derecho vigente tampoco figura la presunción de muerte como causa de extinción del vínculo conyugal. Pero actualmente, la única opción posible sería subsumir tal situación en la presente causal, a los fines de no dejar al cónyuge del ausente en una situación de incertidumbre indefinida violatoria de sus derechos personales, y porque además el abandono ha de presumirse voluntario, al margen de las circunstancias que propician la ausencia”.

⁶⁵⁴ Véase decisión relativa a solicitud de divorcio contencioso alegando que el demandado se había ido a vivir al exterior e invocando el artículo 417 del Código Civil relativo a la “no presencia” que el Tribunal inadmite porque considera que se estaba solicitando adicionalmente la declaración de ausencia: Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 15-05-2012, Exp. AP11-V-2012-000322, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2012/mayo/2122-15-AP11-V-2012-000322-PJ0072012000124.html>.

⁶⁵⁵ Véase: Bocaranda Espinosa, Juan José: **Guía Informática Derecho de Familia**. T. I. Tipografía Principios. Caracas, 1994, p. 613-614, indica que basta la prueba del abandono, puesto que la voluntariedad del mismo se presume, según ha indicado la Corte.

ii. La desaparición del ausente pudo ser voluntaria o involuntaria —según indicamos— y, ello le es indiferente al Legislador pues éste sólo tiende a regular sus efectos, al punto que se dice que el ausente podría seguir con su vida y sus relaciones en otro lugar. La ley no presume el carácter involuntario de la ausencia o desaparición por lo que no cabe extender tal idea a los fines de considerarla subsumible en la causal de abandono. ¿Quién puede asegurar que el ausente no tenía la intención de desaparecer? iii. No se puede sacrificar la vida y el estado civil del cónyuge del ausente por un formalismo u omisión del Legislador, pues el Derecho existe por y para la persona, por lo que el orden legal debe darle una salida al problema planteado.

¿Qué sentido tiene indicar que si el cónyuge del ausente contrae nuevo matrimonio éste no se puede impugnar mientras dure la ausencia? En tal caso de regresar el ausente, el matrimonio posterior es nulo por subsistencia del vínculo anterior con toda la problemática que ello puede conllevar en las relaciones familiares y de filiación. En consecuencia, en aras de no sacrificar la protección del cónyuge presente en función de una triste omisión del Legislador a la vez que se le conceden las debidas garantías procesales, es que pensamos que debe admitirse la posibilidad de divorcio por vía de abandono. Pues, como bien indica Lacruz, “hay que reconocer que tales separación y divorcio no son consecuencia directa de la ausencia declarada, sino de la ruptura de la convivencia conyugal”⁶⁵⁶, lo que trae consigo un necesario incumplimiento de los deberes inherentes al matrimonio. Esto para el caso de que la conducta conyugal, anterior a la desaparición del ausente, no configure *per se* una causal de divorcio⁶⁵⁷ distinta al abandono. De allí que indicáramos: “Pues la disolución automática a partir de un largo período⁶⁵⁸ no luce consecuente con las normas de la materia. A nuestro criterio, la salida más lógica en el ordenamiento vigente es incluir la ausencia en la citada causal de abandono al margen de la etapa de que se trate. No tiene sentido lógico sostener que el abandono del ausente no es voluntario cuando todo abandono se presume tal”⁶⁵⁹.

⁶⁵⁶ Lacruz Berdejo y otros: ob. cit., p. 208.

⁶⁵⁷ Establecida en el artículo 185 del Código Civil.

⁶⁵⁸ Véase: Herrera Mendoza: ob. cit., p. 338. En sentido semejante: Binstock: ob. cit., p. 44.

⁶⁵⁹ Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, p. 481.

No obstante lo indicado, sería ideal que en una futura reforma el Legislador se pronunciara en este sentido. No realizó el Legislador de 1982 previsión alguna respecto de la declaración de ausencia como causal de divorcio —como había sido previsto en Proyecto de Código Civil de 1931—, y tampoco consideró como causa de disolución del vínculo conyugal la presunción de muerte. Por lo que subsiste, en tal caso, el matrimonio con toda la problemática que ello plantea⁶⁶⁰. El Proyecto de Ley sobre Igualdad Jurídica de las personas en cuanto al matrimonio y la familia de 1975, en su artículo 189 disponía: “Todo matrimonio válido se disuelve por la muerte o la declaración judicial de muerte presunta de uno de los cónyuges y por divorcio”. Por su parte el Proyecto de Ley que regula el Matrimonio y su disolución de 1979, contenía una disposición idéntica a la anterior, y en su artículo 164 indica que la presunción de muerte de uno de los cónyuges extingue el matrimonio desde el momento mismo en que es declarada judicialmente, pero si después de dicha declaración volviere el ausente o se probare su existencia, el matrimonio podrá restablecerse y recobrar todos sus efectos si el otro cónyuge no ha contraído nuevo matrimonio y ambos así lo solicitan mediante simple declaración ante el funcionario encargado del Registro Civil del matrimonio⁶⁶¹. Obsérvese que tales Proyectos planteaban la “extinción” automática del vínculo matrimonial, en la fase final de presunción de muerte, lo que supone dos inconvenientes; que un efecto tan grave y definitivo podría no corresponderse con la voluntad del cónyuge del ausente y que de corresponderse supondría el transcurso de un tiempo excesivamente largo.

La mejor posición, a nuestro criterio, se presenta como causal de divorcio —como acontece en otras legislaciones⁶⁶²—, porque concede al cónyuge del ausente la opción de esperar el retorno del ausente sin extinción automática u *ope legis* del vínculo matrimonial amén que no se precisaría esperar el largo período de ley

⁶⁶⁰ **Código Civil de Venezuela. Artículos 184 al 185-A.** Ediciones de la Biblioteca, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1998, p. 62.

⁶⁶¹ Véase: **Código Civil de Venezuela. Artículos 184 al 185-A**, ob. cit., p. 62.

⁶⁶² Véase en la legislación mexicana: Baqueiro y Buenrostro: ob. cit., p. 201, “la declaración de ausencia es causa de divorcio, pero ni la declaración de ausencia ni la presunción de muerte son suficientes, por sí solas, para destruir el vínculo conyugal, por lo tanto el ausente, que regresa continúa casado”.

impuesto hasta la presunción de muerte, sino que bastaría con la “ausencia declarada”. El Proyecto de Código Civil de 1931 consideraba el divorcio a partir de los dos años de esta última, y al efecto indicaba: El transcurso de dos años desde la fecha de la sentencia firme que declaró la ausencia de uno de los cónyuges. El fundamento de esta causal de divorcio está en que, a partir de aquel lapso, se acentúa en demasía, la improbabilidad del retorno del cónyuge ausente, destruyéndose el objeto del matrimonio, caso en el cual resulta inhumano condenar al cónyuge presente a un eterno celibato, bajo pena de incurrir en adulterio. Y además hay cierta culpabilidad en la conducta del cónyuge que se ausentaba y durante el largo tiempo de dos años, ninguna noticia o informe envía al cónyuge presente⁶⁶³.

Considerar la disolución automática del vínculo conyugal por la presunción de muerte, es inconveniente desde la perspectiva que extingue el matrimonio al margen de la voluntad de los esposos sin que esté probada la muerte. Por eso pensamos que la mejor solución de *lege ferenda* sería consagrar “la ausencia declarada” como causal autónoma de divorcio.

La situación en otros países es diferente, y así por ejemplo en el Derecho argentino es válido el segundo matrimonio⁶⁶⁴, aun cuando Moisset se manifiesta por considerar válido el primer matrimonio (la reaparición del ausente anula el segundo matrimonio) en el mismo sentido del Derecho canónico pues el regreso del ausente denota que el primer vínculo matrimonial nunca se extinguió⁶⁶⁵. Afirma la doctrina argentina, respecto de tal ordenamiento, que el vínculo matrimonial no se disuelve con la sentencia de muerte presunta sino únicamente de producirse el nuevo matrimonio⁶⁶⁶. En el Derecho chileno la disolución del matrimonio opera de derecho según la doctrina⁶⁶⁷. En España,

⁶⁶³ *Boletín de la Comisión Codificadora Nacional*, N° 6, julio de 1937, p. 25.

⁶⁶⁴ Véase: Moisset de Espanés, Luis: **Los pingüinos y la ausencia con presunción de fallecimiento**. www.acader.unc.edu.ar/artlospinguinosyausencia.pdf.

⁶⁶⁵ Moisset de Espanés: **La ausencia y la Ley 14.394**, pp. 27-28.

⁶⁶⁶ Véase: Tobías: ob. cit., pp. 209 y 214. La opinión del autor citado es que la sentencia sí extingue el vínculo matrimonial, pues en dicho ordenamiento la sentencia propicia la extinción de la personalidad y en coherencia no se puede afirmar la subsistencia de un vínculo que por naturaleza requiere la existencia de dos sujetos o cónyuges.

⁶⁶⁷ Véase respecto del Derecho chileno: Corral Talciani, Hernán: “La disolución del matrimonio por muerte presunta de uno de los cónyuges”. En: *Revista de Derecho*

la ausencia se perfila como causa de separación, y la presunción de fallecimiento como disolución del vínculo⁶⁶⁸.

En cuanto a la continuación de la utilización del apellido de casada por parte de la cónyuge del ausente es evidente toda vez el vínculo matrimonial sigue vigente⁶⁶⁹. Aunque el artículo 137 del Código Civil prevé la continuación de la utilización del apellido en caso de viudez mientras no se contraiga nuevas nupcias.

v. Presunción de paternidad: Para La Roche, en esta etapa cesa la presunción de paternidad de conformidad con los artículos 201 y 213 del Código Civil, puesto que ha quedado constatada la separación⁶⁷⁰. Para algunos se sigue aplicando la presunción de paternidad, no obstante la ausencia⁶⁷¹. Otros indican que la ausencia podría constituir uno de los supuestos excepcionálísimos en que pudiera

de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 19. Valparaíso, 1998, p. 101, www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/download/400/373, “No hay por tanto excepción alguna a la indisolubilidad, ya que en tal caso se supone que el cónyuge desaparecido ha fallecido, y por ello se reputa disuelto el matrimonio. Por lo mismo, en caso de comprobarse la existencia del declarado fallecido el vínculo matrimonial no puede seguir reputándose extinguido y revivirá con efecto retroactivo”; Orrego Acuña: **La muerte presunta**. p. 9, “Del tenor de los artículos 42 y 43 de la Ley de Matrimonio Civil, se deduce que la disolución del matrimonio opera *ipso iure*, cuando, declarada la muerte presunta, transcurren los plazos de uno, cinco y diez años, sin que sea necesario que se dicte el decreto de posesión definitiva o que se dicte otra resolución judicial que declare la disolución del matrimonio”.

⁶⁶⁸ Véase: Carrasco Perera: ob. cit., p. 145, el cónyuge del ausente podrá pedir la separación legal o el divorcio (artículo 86.3 del Código Civil español); Aguilar Benítez y otros: ob. cit., p. 85; Lacruz Berdejo y otros: ob. cit., pp. 207-208, refieren que el artículo 85 del Código Civil español indica que el matrimonio se disuelve por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por divorcio.

⁶⁶⁹ Véase: artículo 137 del Código Civil, según el cual en caso de viudez se puede continuar utilizando hasta contraer nuevas nupcias. Véase también respecto al Derecho argentino: Moisset de Espanés, Luis: **El apellido de la mujer casada y la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento**, www.acader.unc.edu.ar/artausencial.pdf, indica que el carácter integrativo de la ley debe consentir la facultad de permitir libremente el uso del apellido del marido ausente.

⁶⁷⁰ La Roche: ob. cit., p. 310.

⁶⁷¹ Véase: Binstock: ob. cit., pp. 44 y ss. el desaparecido que regresa podrá desconocer a los hijos que su cónyuge dio a luz trescientos días después de la desaparición.

ceder la presunción de paternidad en aras de la verdad de la filiación previo ejercicio de las correspondientes acciones judiciales. En nuestro criterio, ésta es la posición acertada, según tuvimos oportunidad de indicar⁶⁷². Pues la sentencia que declara la ausencia constituye *per se* prueba de la imposibilidad de la filiación paterna matrimonial. En el Derecho español, según refiere la doctrina, la presunción de paternidad cesa con la ausencia⁶⁷³. La tendencia jurisprudencial moderna con soporte constitucional (artículo 56) apunta a la verdad de la filiación⁶⁷⁴,

⁶⁷² Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: “El reconocimiento voluntario de la filiación”. En: *Revista de Derecho*. N° 23. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2006, pp. 44-47. Señalamos que “pensamos que es prudente concluir que la impugnación de la paternidad por un sujeto distinto al padre (bien sea la madre, el hijo o un tercero) es posible en base a principios generales en materia de filiación, pero ciertamente precisa de intervención judicial y debe quedar reducida a casos excepcionales. A nuestro criterio, ciertamente un supuesto justificado sería la inequívoca separación permanente de los cónyuges acreditada mediante juicio de divorcio o de ausencia. Creemos que tal interpretación es la forma lógica de combinar el principio de la verdad de la filiación con el sentido de la presunción de paternidad” (también en: Domínguez Guillén: **Manual de Derecho de Familia**, pp. 306-307).

⁶⁷³ Véase: Carrasco Perera: ob. cit., p. 145; en razón del artículo 116 del Código Civil español, cesarían de presumirse como matrimoniales los hijos que tuviera la mujer a partir del día trescientos siguiente a la situación de desaparición o ausencia del marido; Lete del Río: ob. cit., p. 174, si el período legal de concepción de un hijo coincide con el tiempo constatado de desaparición del marido no será de aplicación la presunción legal de paternidad a que se refiere el artículo 116 del Código Civil; Lacruz Berdejo y otros: ob. cit., p. 199; Albaladejo: ob. cit., p. 351.

⁶⁷⁴ Véase: aunque exige la concurrencia de los interesados que incluye al cónyuge de la madre: TSJ/SC, Sent. 1443 del 14-08-2008, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1443-140808-05-0062.html>, “no pueden los órganos administrativos abstenerse de registrar un acta de nacimiento solicitada por la madre de una filiación extramatrimonial, fundamentando la negativa en la presunción establecida en el artículo 201 del Código Civil, cuando exista concurrencias de voluntades de las partes involucradas, ya que la resolución de la controversia en virtud del conflicto surgido entre la paternidad biológica y la legal, dada la preeminencia que debe tener la identidad biológica sobre la identidad legal, todo ello de conformidad con lo expuesto en el artículo 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Véase sobre el referido principio: Varela Cáceres, Edison Lucio: “La identidad biológica y la filiación: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, N° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*.

lo que es perfectamente sostenible en el caso que nos ocupa, ante la prueba evidente de la “ausencia” del cónyuge de la madre.

vi. Puede dar lugar a la ocurrencia del siniestro (equivalente a la muerte en el seguro de vida)⁶⁷⁵. En razón que la verificación del siniestro en el contrato de

Nº 134. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2009, pp. 219 y ss. Aguilar Camero, Ramón Alfredo: **La filiación paterna. Consideraciones sobre el nuevo régimen legal y su fundamento constitucional**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2013, *passim*.

⁶⁷⁵ Véase: Superintendencia de Seguros: “Notificación de siniestros en los seguros de vida en caso de supervivencia”, Dictámenes 2004, citado *supra*: “La segunda de las interrogantes expuestas, a juicio de esta Superintendencia de Seguros, contiene como planteamiento de fondo la determinación de la oportunidad en la cual se verifica el siniestro, en razón de la imposibilidad material del asegurado o de sus herederos de probar su supervivencia. En efecto, las normas sobre los no presentes y los ausentes, previstas en los artículos 418 al 444 del Código Civil, están concebidas para determinar la condición legal de la persona desaparecida de su último domicilio o residencia, respecto de la cual la legislación aplicable presume su ausencia, por lo que mediando instancia de parte interesada y transcurridos dos o tres años de dicha desaparición, según el caso, así es declarada por el tribunal competente. La declaración de ausencia produce efectos provisionales en cuanto a la posesión y el ejercicio de derechos sobre los bienes del ausente, medidas que sólo podrán acordarse previo otorgamiento de una caución hipotecaria, prendaria o fiduciaria. Pasados que sean diez años desde que fue declarada la ausencia, o si han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente, el juez, a petición de cualquier interesado, declarará la presunción de muerte del ausente y acordará la posesión definitiva de los bienes, con lo cual se podrá proceder a la partición y a la libre disposición de los mismos. En el caso de una persona que se encontrare en un naufragio, incendio, terremoto, guerra u otro siniestro semejante, de la cual no se ha tenido noticia de su existencia, se presume que ha muerto, lo cual será declarado por el juez, a petición de cualquier interesado, pasados tres años, a contar desde la declaratoria de ausencia, el tribunal, a petición de parte, acordará la posesión definitiva de los bienes. De lo expuesto, debe concluirse que antes de los diez años resulta imposible, para cualquiera de las dos partes, constatar la existencia del asegurado ausente, siendo la sentencia dictada al efecto el documento probatorio del fallecimiento del desaparecido, otorgando fe pública de que el asegurado vivía o no para el momento en que se verificó la fecha límite acordada en el contrato de seguro. Por lo tanto, a los fines de preservar la equidad entre las partes contratantes, esta Superintendencia de Seguros considera procedente aplicar lo previsto en los artículos 418 al 444 del Código Civil, de manera que en la hipótesis de desaparición del asegurado el contrato de seguro quedará diferido hasta que

seguro de vida, tiene lugar por la “muerte” y la sentencia de presunción de muerte, constituye el estado más cercano y asimilable a la misma, se ha considerado que dicha presunción hace pertinente la respectiva indemnización por tal concepto. Criterio lógico, pues lo contrario haría imposible la materialización del contrato en supuestos de ausencia.

vii. Exclusión del ejercicio de la patria potestad. Según hemos reiterado⁶⁷⁶, la ausencia en cualquiera de sus fases, e inclusive la no presencia, constituye una circunstancia que impide de hecho y sin necesidad de expresa declaración judicial, el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad. Así pues esta última ni siquiera se extingue en nuestro Derecho en esta fase final del proceso, toda vez que subsiste —aunque leve— la posibilidad de que el ausente retorne, en cuyo caso automáticamente se incorporará o ejercerá los atributos del régimen indicado.

Ni siquiera en esta etapa culminante del proceso de ausencia, el instituto se asimila en nuestro derecho a la muerte, la cual sí constituye causa de extinción de la patria potestad. De allí que inclusive en la etapa de presunción de muerte, se produce la exclusión del ejercicio de la patria potestad. Otras legislaciones, como la argentina, donde la presunción de fallecimiento extingue la personalidad, dicha declaración provoca la “extinción de la patria potestad”⁶⁷⁷, para llegar al mismo efecto que nuestro ordenamiento y agregar que “la reaparición determina que la extinción quede sin efecto y se restablezca como corolario, la patria potestad”⁶⁷⁸.

el órgano judicial declare la presunción de muerte del ausente, que éste vuelva o que en forma auténtica se pruebe su existencia, lo que ocurra primero. En síntesis, el artículo 39 de la Ley del Contrato de Seguro es de aplicación general en los seguros de vida bajo la modalidad de supervivencia, sólo que en los casos de los no presentes y de los ausentes, la ocurrencia del siniestro estará determinada por cualquiera de los hechos mencionados en la última parte del párrafo anterior, siendo a partir de ese momento que comenzará a correr el lapso de los cinco días hábiles, en virtud de constituir un hecho ajeno a la voluntad del asegurado o de sus herederos”.

⁶⁷⁶ Véase *supra* números: 2.3., 4.1.2. y 4.2.4.

⁶⁷⁷ Tobías: ob. cit., p. 221.

⁶⁷⁸ *Ibíd.*, p. 264.

Sin embargo, dado el carácter definitivo e irreversible de la extinción de la patria respecto a la titularidad de la misma, entre cuyas causas se ubica entre otras la muerte, la mayoría, la emancipación (Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, artículo 356)⁶⁷⁹ y vista la posibilidad aunque lejana de que el ausente regrese, reiteramos que nuestro ordenamiento optó por consagrar el mejor sistema respecto de los efectos de la ausencia, inspirado en la legislación francesa. Mal podría considerarse la extinción que apareja carácter irreversible del régimen de la patria potestad, en tanto exista la posibilidad de retorno del progenitor⁶⁸⁰. La esencia de la ausencia radica en la incertidumbre y en función de tal debe orientarse su regulación y efectos.

4.3.3. Cesación⁶⁸¹

i. Si volviere el ausente o se probare su existencia después de la posesión definitiva, según el artículo 436 del Código Civil, recobrará los bienes en el estado en que se encuentren⁶⁸² —fórmula que viene arrastrándose del Código Napoleón, según acota la doctrina⁶⁸³— y se mantiene actualmente en el artículo 130 del Código Civil francés⁶⁸⁴. El ausente que retorna tendrá derecho a

⁶⁷⁹ Véase: Domínguez Guillén: **Ensayos...**, pp. 144-145; Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, pp. 355-356.

⁶⁸⁰ Aunque por el tiempo que en la práctica puede durar el procedimiento del régimen ordinario de la ausencia, lo más factible en la presente etapa será estar próximo a la mayoría de los hijos del ausente.

⁶⁸¹ Véase: Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, pp. 483-485.

⁶⁸² Véase: Domínic: ob. cit., p. 109, el ausente recobrará los bienes en el estado en que se encuentren. Si se hallan desmejorados o deteriorados así los recibirá, sin averiguar si ello provino de culpa del poseedor, porque éste los tenía con título legal, y no está obligado a responder de pérdidas sino en caso de dolo.

⁶⁸³ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 420, el ausente que sobrevive tiene derecho a sus bienes en el estado en que se encuentren. Tal fórmula estaba consagrada en el artículo 132 del Código Napoleón. De allí la tomó el artículo 325 del Proyecto de Código Civil de Florencio García Goyena de 1851 y el artículo 39 del Código italiano de 1865.

⁶⁸⁴ Véase: **Código Civil francés / Code Civil Edición Bilingüe**. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Trad. Álvaro Núñez Iglesias. Madrid-Barcelona, 2005, p. 104, "El ausente cuya existencia se haga constar judicialmente recobrará sus bienes, y los que hubiera debido recibir durante su ausencia, en el estado en que se encuentren,

reclamar el precio de los que hayan sido enajenados, si aún se debiere, o los bienes provenientes del empleo de este precio.

En opinión de Ramírez, ello puede resolverse en una expropiación, como quiera que vuelto el ausente, lo cual no es imposible, acaso se encuentre con que todo su patrimonio ha desaparecido y sin derecho a reclamo, ya que la ley autoriza a los poseedores para disponer libremente de los bienes; él, al regresar, sólo tiene derecho para recobrar los bienes en el estado en que se encuentren y para reclamar el precio de los que hayan sido enajenados, si aun se debiere, o los bienes provenientes del empleo de este precio⁶⁸⁵. Se trata así de una norma excepcional que pretende preservar la seguridad de las relaciones jurídicas asociadas a los bienes del ausente en beneficio tanto de los herederos como de los terceros que han participado en las mismas. Si bien este último se erige como propietario inicial, era lógico y justo dadas las formalidades procesales previas y el largo tiempo de incertidumbre para llegar a la presente fase, que los interesados puedan disponer de los bienes en posesión definitiva sin mayor temor que la simple devolución de lo adquirido o sustituido. Pretender más, ciertamente no justificaría para tales interesados la puesta en movimiento de todo el engranaje procedimental que supone el instituto de la ausencia.

Los bienes existentes —según refiere Tobías— deben ser restituidos “en el estado en que se hallasen”, lo que comprende, según la opinión general, tanto el “estado material” como el “estado jurídico”⁶⁸⁶. El estado jurídico significa que el presunto muerto que retorna debe soportar los gravámenes constituidos sobre los bienes (hipotecas, prendas, etc.) y los derechos establecidos por

así como el precio de los que se le hubieren vendido y los bienes adquiridos con los capitales y rentas devengados a su favor”. Véase en sentido semejante en el Derecho chileno: Corral Talciani: **Desaparición**..., p. 469, tiene derecho a reclamar sus bienes pero solo en el estado en que se hallaren. En el Derecho español: Lete del Río: ob. cit., p. 183, en el que se “recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieren vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido...”; Bercovitz y Rodríguez-Cano: ob. cit., p. 126; Serrano y Serrano: ob. cit., pp. 410-411, tal disposición debe interpretarse en sentido amplio.

⁶⁸⁵ Ramírez: ob. cit., p. 349.

⁶⁸⁶ Tobías: ob. cit., p. 243.

el sucesor en relación con aquellos (arrendamientos). En cuanto al estado material, el reaparecido recibirá los bienes con las disminuciones y deterioros que se hubiesen producido⁶⁸⁷.

A diferencia de la fase de posesión provisional donde se admite la posibilidad de una rendición de cuentas⁶⁸⁸, en esta fase de posesión definitiva donde inclusive han cesado las garantías existentes en la posesión provisional, compartimos la opinión de Serrano que en principio no es posible pretender una rendición de cuentas, toda vez que los sucesores cumplen simplemente con entregar el patrimonio o los bienes que los hayan sustituido⁶⁸⁹. Desde luego, el ausente que retorna no puede exigir de su heredero responsabilidad por mala gestión, porque éste tiene un dominio pleno sobre los bienes⁶⁹⁰. Si se plantea alguna cuestión de este orden no se resolverá por la rendición de cuentas, sino por el ejercicio de otras acciones, salvo que la rendición se dirija no a la devolución del patrimonio sino a la cuantía de alguna parte alícuota del ausente y conocer el importe de los frutos percibidos y dejados de percibir⁶⁹¹. En todo

⁶⁸⁷ *Ibíd.*, p. 244.

⁶⁸⁸ Véase: TSJ/SCC accidental, Sent. 00193 del 25-04-2003, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/abril/rc-00193-250403-02251.html>, “En cuanto a las personas que pueden ser legitimados pasivos en el juicio de cuentas, la enumeración contenida en el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil es de carácter enunciativo y no taxativo; en razón de ello, pueden ser legitimados pasivos el tutor, el socio, el administrador, el apoderado, el encargado de intereses ajenos, los herederos que tengan la posesión provisional de los bienes del declarado ausente...”. Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Bancario del Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 12-04-2007, Exp. 2005/7697, <http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2007/abril/741-12-2005-7697-.html>, Encontramos entre las instituciones reguladas por el Código Civil, que dan lugar a la obligación de rendir cuentas y al derecho correlativo de exigir las... la administración de los bienes del ausente, por quienes obtienen la posesión provisional y por los sucesores del declarado ausente (artículo 428 del Código Civil); Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 25-06-2009, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/junio/530-26-11.385-S2-112-09.html>.

⁶⁸⁹ Serrano y Serrano: *ob. cit.*, p. 227.

⁶⁹⁰ *Ibíd.*, p. 422.

⁶⁹¹ *Ibíd.*, pp. 227-228.

caso, no puede el ausente que retorna reclamar rentas o frutos por los bienes que se le han de devolver sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto⁶⁹².

Apunta la doctrina que la devolución de los bienes sólo es posible exigirla del poseedor definitivo⁶⁹³, o a sus herederos⁶⁹⁴, por ello en el supuesto de enajenación, el ausente que regresa solo puede pedir el pago y no el bien, ello a fin de garantizar la seguridad jurídica. Pues el derecho del ausente que retorna para nada afecta al que adquiere onerosamente: el tercero que contrata con los herederos de aquél, puesto que la enajenación es completamente inatacable, ya que el ausente se tendrá que conformar con el precio obtenido o con los bienes en que éste se haya invertido⁶⁹⁵.

Se agrega que el reaparecido podrá reclamar el precio de los bienes que hayan sido enajenados, si aún se debiere, o los bienes provenientes del empleo de este precio. En función de ello puede concluirse que los bienes o derechos sustituidos a los bienes del ausente reaparecido se incluyen en dicho supuesto. Al efecto, la doctrina argentina alude al principio de “subrogación real”, para denotar que los actos de enajenación celebrados por el causahabiente donde otros bienes hubieren venido a ocupar el lugar de los enajenados tendrán la condición de los reemplazados⁶⁹⁶. Lo que ciertamente incluye los bienes obtenidos por permuta, dación en pago o cualquier otro título o contrato.

De allí que se concluya que solo la consumición total del bien libera a los sucesores de la facultad de restituirlo. Sin embargo, la doctrina extranjera se pregunta si dicho principio rige aun en el caso de que se pueda demostrar que el precio de la enajenación se consumió redundando en un beneficio o ventaja

⁶⁹² *Ibíd.*, p. 422.

⁶⁹³ Aguilar Gorronzona: *ob. cit.*, p. 437.

⁶⁹⁴ Serrano y Serrano: *ob. cit.*, p. 412, toda vez que los herederos, suceden por el solo hecho de la muerte, en todos sus derechos y obligaciones, quedan sujetos al mismo régimen de aquél.

⁶⁹⁵ *Ibíd.*, p. 411.

⁶⁹⁶ Tobías: *ob. cit.*, pp. 244-245.

para el sucesor como el pago de una deuda personal, en cuyo caso para algunos no sería descartable la aplicación de la acción de enriquecimiento sin causa⁶⁹⁷. Sin embargo, no creemos que ello resulte aplicable en nuestro Derecho, porque la norma no da pie para tales interpretaciones subjetivas; la posibilidad de reclamar el bien o el precio tiene lugar cuando éste se encuentra en el patrimonio del causahabiente. No hay lugar para distinciones infundadas sobre la motivación de la salida del bien o el destino del mismo; el bien pudo ser enajenado a título oneroso o a título gratuito, sin que aun en este último caso haya nada que reclamar. Menor razón habría para pretender devolución alegando que el uso de un dinero se hizo en beneficio del poseedor definitivo. Reiteramos que el largo y costoso *iter* procesal que tuvo que asumir el legitimado, es lo que justifica la norma indicada, que consagra una solución justa y orientada por la seguridad jurídica dada la particularidad de la situación.

La acción del ausente para recuperar sus bienes es imprescriptible, pues la causa de la posesión de los herederos o legatarios lleva consigo el deber impuesto legalmente de restituir los bienes al ausente que regresa⁶⁹⁸. Se agrega que el reaparecido podrá también accionar contra el adquirente del sucesor cuando se debiera el precio de la enajenación, en cuyo caso no se trataría propiamente de una acción subrogatoria pues se ejercería en nombre propio⁶⁹⁹. Se ha indicado inclusive que no es descartable, un fenómeno de sucesión más amplio *ope legis*, vinculados a otros derechos emergentes del contrato de enajenación, tales como nulidad, rescisión, etc. que propiciaría una tutela más enérgica de los derechos del reaparecido⁷⁰⁰.

Finalmente, si se extinguieron obligaciones dependientes de la vida del ausente que ha regresado, revivirán con su presencia⁷⁰¹. Lo referido tiene sentido, según explica la doctrina en que en cualquier momento en que el ausente regrese,

⁶⁹⁷ Ibid., pp. 245-246.

⁶⁹⁸ Véase: Binstock: ob. cit., p. 64; Domínic: ob. cit., p. 110.

⁶⁹⁹ Tobías: ob. cit., p. 249, agrega que de hecho se podría pensar que dicha acción queda perdida para el sucesor y simultáneamente atribuida al reaparecido.

⁷⁰⁰ Ídem.

⁷⁰¹ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 423.

deberá recobrar su bienes, pero debe tomarse en cuenta el período de la ausencia en el cual regresa, pues a medida que es mayor el lapso de ausencia, menos probabilidades tendrá de recobrar íntegramente los bienes⁷⁰². Ciertamente, en la fase final del régimen de ausencia, el transcurso de los lapsos precedido por las formalidades de ley, deben crear algún beneficio a favor de los terceros con relación de los efectos patrimoniales que pretendieron alcanzar desde un comienzo.

Como hemos señalado reiteradamente en nuestro Derecho, ni siquiera en esta etapa, la “presunción de muerte” se asimila propiamente a la “muerte”⁷⁰³, pues nuestro ordenamiento prevé aun en tal fase el posible retorno del ausente⁷⁰⁴. Por ello, la única forma de perder la personalidad en Venezuela es con la muerte fisiológica y no con la presunción en estudio.

Indica Domínici que las donaciones que los poseedores hayan hecho son irrevocables, pues era necesario dar a la posesión definitiva los singulares atributos de la propiedad, ora en obsequio a los poseedores que han esperado todo el tiempo señalado en la ley y en interés de la causa pública, para la cual es importante que el dominio de las cosas adquiera la debida estabilidad y certeza⁷⁰⁵. Nada puede reclamarse en la posesión definitiva por enajenaciones a título gratuito o por deterioros⁷⁰⁶. En España, a diferencia de nuestra legislación, existe una norma que indica respecto de disposiciones a título gratuito que “los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento”⁷⁰⁷. Nuestro derecho, por su parte, a falta de distinción, consagra a favor del causahabiente en la última fase de la ausencia la disponibilidad inmediata de los bienes, bien sea a título oneroso o a título gratuito.

⁷⁰² Baqueiro y Buenrostro: ob. cit., p. 201.

⁷⁰³ Véase *supra* N° 3.3.3.

⁷⁰⁴ Véase Binstock: ob. cit., p. 15, “Sin embargo, y a pesar de la semejanza de los efectos de este pronunciamiento judicial con la muerte, no puede equipararse a una verdadera declaración de muerte, en razón de que el legislador contempla un posible regreso del ausente y regula esta circunstancia”.

⁷⁰⁵ Domínici: ob. cit., p. 109.

⁷⁰⁶ Binstock: ob. cit., p. 63.

⁷⁰⁷ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 411.

En cuanto a los gastos de conservación y de mejoras, en opinión de Aguilar Gorrondona, no podrán los poseedores reclamar los primeros, mas sí los segundos, pero, la suma menor entre las impensas y el mayor valor dado a la cosa⁷⁰⁸. Por su parte, Domínici indica que el poseedor tiene derecho a reclamar pago por mejoras según el principio jurídico de que ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro; no se debe indemnización por gastos de conservación pero sí por las reparaciones mayores, porque sin ellas habrían perecido las cosas que se restituye⁷⁰⁹.

Sin embargo, la aplicación de dicho principio en la materia en estudio es discutible, toda vez que la norma general sin distingos consagra la recepción de los bienes al regreso del ausente “en el estado en que se encuentren”. Si ello es así sería injusto o al menos inconsecuente que se puedan reclamar las mejoras sobre los bienes mas no se responda por los perjuicios o deterioro en esos mismos bienes. De allí que la idea que inspira la norma se orienta en que el heredero o poseedor ha de saber que el bien en toda su extensión y gastos tendrá que ser devuelto al ausente en caso de retorno, sin posibilidad de reclamo alguno. Si no se responde por destrucción, deterioro o donación no tiene sentido lógico que se pueda reclamar por mejoras, porque la suerte del bien ha entrado en dominio y destino de su causahabiente.

De allí que explica acertadamente Arrazola: “El ausente recobrará sus bienes en el estado que tengan. Estas palabras son bien significativas: ha convertido, por ejemplo, una huerta en jardín, ha derribado una casa para hacer distinto empleo del terreno, ha constituido en los campos una servidumbre, ha dejado perder una cosecha por una negligencia, todo esto ocasionará, en efecto, daños postreros, pero no están sujetos a indemnización alguna. Que el poseedor haya usado o abusado nada significa para dar derecho alguno al ausente; pero ¿qué sucederá en el caso contrario, cuando, en lugar de disminuir el valor de los bienes del ausente y deteriorarse, ha habido reparaciones, mejoras y útiles reformas? A pesar de esto el ausente nada tendrá que abonar, por lo mismo que en caso

⁷⁰⁸ Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 437.

⁷⁰⁹ Domínici: ob. cit., pp. 109-110.

contrario, nada le es lícito pedir. El poseedor no tiene responsabilidad por el modo como administró los bienes y el ausente tampoco por el modo en que los recibe. Atiéndase únicamente al estado en que se encuentran y este estado tanto puede ser próspero como desfavorable”⁷¹⁰. Tal argumento es reforzado por Mucius Scaevola en función de la máxima *qui sentit commodum sentire debet et incommodum*. Y concluye que el heredero si puede pues disponer a título oneroso y gratuito, si no está obligado a restituir frutos, rentas o productos, debe estar por otro lado, obligado a no reclamar nada con motivo de las mejoras que en dichos bienes haya podido realizar⁷¹¹.

ii. Si se descubriere de una manera cierta la época de la muerte del ausente (artículo 437 del Código Civil): los que en esa época eran sus herederos o legatarios, o hubiesen adquirido algún derecho a causa de su muerte, o sus sucesores, podrán intentar las acciones que les competan, salvo los derechos que los poseedores hayan adquirido por prescripción o por percepción de frutos de buena fe.

De tal suerte, que cualquiera de las decisiones judiciales dictadas en las diversas fases de la ausencia perderá sentido o eficacia, de probarse la existencia o la muerte del ausente⁷¹². Pues, según indicamos, se discute que tales decisiones hagan cosa juzgada.

5. Presunción de muerte por accidente⁷¹³

El régimen ordinario de la ausencia que, según analizamos⁷¹⁴, consta de tres fases o etapas, mediando para acceder a las dos últimas el necesario transcurso

⁷¹⁰ Citado en Serrano y Serrano: ob. cit., p. 420.

⁷¹¹ Citado en ibíd., pp. 420-421.

⁷¹² Véase: Sala Primera del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 20-03-2006, Exp. 26.713, citada *supra*.

⁷¹³ Véase: Binstock: ob. cit., pp. 21-67; Aguilar Gorrondona: ob. cit., pp. 438-439; La Roche: ob. cit., pp. 311-312; Marín Echeverría: ob. cit., pp. 233-235; Graterón Garrido: ob. cit., pp. 375-377; Hung Vaillant: ob. cit., pp. 459-462; Ochoa G.: ob. cit., pp. 207-208; Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I...**, pp. 485-492.

⁷¹⁴ Véase *supra* N° 4.

del tiempo traducido en años⁷¹⁵, resulta considerablemente largo y prolongado para asumirlo en aquellas circunstancias de accidentes o siniestros especiales. Ello, pues, en estos últimos casos, la ocurrencia cierta de un evento fatal atenúa aún más las posibilidades de vida del ausente y correlativamente aumentan las probabilidades de su muerte. De allí que acertadamente el Legislador consagró un procedimiento específico para tales casos, marcados sustancialmente por la evidente abreviación o reducción del tiempo transcurrido en las fases estudiadas respecto del procedimiento ordinario de ausencia, amén de la eliminación de la primera fase de esta última, a saber, la presunción de ausencia.

Se distingue así respecto de la ausencia dos procedimientos: uno ordinario y otro especial o extraordinario. El primero de ellos supone la desaparición del sujeto de su sede jurídica en condiciones que podríamos denominar “normales” por no mediar siniestro. A tal régimen, y a sus detalles procedimentales, ya nos referimos. En tanto que el procedimiento especial, extraordinario o abreviado de la ausencia, tiene lugar en caso de siniestros. La “presunción de muerte por accidente” supone la desaparición del individuo en circunstancias especiales que hacen aumentar la presunción de fallecimiento, o, más precisamente, alejan con mayor efectividad la posibilidad de que el ausente regrese dadas las particulares condiciones de su desaparición. De allí la justificación legal que supone la supresión de una etapa del procedimiento ordinario de ausencia y la reducción sustancial de los plazos para acceder a la fase siguiente.

Una situación semejante se aprecia en el Derecho español en que, según indica una decisión judicial, tradicionalmente en dicho ordenamiento se distinguen dos supuestos a efectos de la declaración de fallecimiento por consecuencia de la ausencia: un supuesto ordinario en que una persona desaparece de un domicilio o del lugar donde se encontraba en circunstancias completamente normales, sin que exista ningún suceso extraordinario que justifique una sospecha de muerte, y otro, en que la desaparición se produce a partir de un hecho extraordinario que hace sospechar fundadamente que el desaparecido pudo fallecer como consecuencia de ese suceso al producirse una situación de

⁷¹⁵ Esto es, dos o tres años de la presunción de ausencia y diez años a partir de la declaración de ausencia.

riesgo inminente de muerte, pero que como no ha aparecido el cadáver no puede verificarse y afirmar la muerte del que ha sufrido dicho riesgo. Distinción contenida en los artículos 193 y 194 del Código Civil español; el supuesto ordinario lo recoge el artículo 193 N° 1 y 2 y la situación extraordinaria está prevista en el artículo 193 N° 3 y con carácter particular el artículo 194⁷¹⁶. En ambos supuestos debe producirse la desaparición, pero lo que realmente los diferencia son las distintas causas en que se produce la misma; una en circunstancias normales y otra como consecuencia de un suceso anormal de riesgo para la vida⁷¹⁷.

Cuando la persona desaparece en oportunidad de hallarse presente en un hecho o lugar en que existió un potencial riesgo de muerte, la reducción de los plazos es general en las legislaciones y la regulación se explica debido a que las mencionadas circunstancias que rodean a la desaparición, robustecen las probabilidades de la muerte. Cuando mayores son éstas, menor es la exigencia legal respecto del transcurso del tiempo⁷¹⁸.

“La presunción de muerte por accidente es una situación que se produce inmediatamente después de la ocurrencia de algún siniestro, que arroje como consecuencia la desaparición física de la persona, o resulta imposible encontrarle y se tengan pruebas o indicios al menos, de la presencia de la persona en el accidente”⁷¹⁹.

Señala Binstock que el desarrollo de las comunicaciones, las técnicas aeronáuticas, el maquinismo, el incremento en la circulación, dificultan las ausencias que cada vez se hacen más raras, pues es poco probable que no se pueda averiguar el paradero de una persona o que ésta no pueda dar noticia de su

⁷¹⁶ Cobo Plana, Juan José: **Compendio de Jurisprudencia Civil. Derecho Civil. Parte General**. Dickinson. Madrid, 1997, p. 43, cita auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección 3ª) del 16-01-1995.

⁷¹⁷ Ídem.

⁷¹⁸ Tobías: ob. cit., p. 118.

⁷¹⁹ Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 15-10-2008, Exp. 30.759, citada *supra*.

existencia; pero, al mismo tiempo, todas estas circunstancias crean frecuentes situaciones de peligro para la vida humana, de las que resultan desapariciones de personas que no pueden ser probadas. No podría aplicarse en tales hipótesis el régimen ordinario de la ausencia que tiene como denominador común la falta prolongada de noticias, pues, en los casos indicados, la duda surge instantáneamente, por ir unida a la desaparición en circunstancias de peligro que acentúan la probabilidad de muerte⁷²⁰. Y el hecho de que una persona desaparezca en circunstancias de peligro exige, racionalmente, por lo menos una abreviación de los lapsos⁷²¹. Ante tales supuestos excepcionales no tendría sentido someter a los interesados al largo proceso en tiempo y formalidades que supone el régimen ordinario de la ausencia, de allí que la ley haya previsto un régimen especial o abreviado denominado “presunción de muerte por accidente”.

En aquellos casos en que no sea posible probar la muerte de una persona que se encontraba en un siniestro son aplicables las disposiciones de la presunción de muerte por accidente⁷²². A decir de Ramírez, en el presente supuesto de presunción de muerte por accidente, el Legislador parte de un hecho conocido —naufragio, incendio, terremoto, guerra, etc.— para presumir, dada la carencia de noticias, a raíz del suceso, acerca de la vida del desaparecido, que éste ha muerto⁷²³.

Comenta Espanés respecto de la legislación argentina que la Ley 14.394 de 1954 desdobló la hipótesis extraordinaria de la ausencia en dos supuestos (incisos 1 y 2 del artículo 23), exigiendo en el primero sólo dos años de ausencia y en el segundo sólo seis meses. Esto en función de la gravedad: los casos de pérdida o naufragio de una nave o aeronave son brevísimos, mientras que ese lapso se extiende cuando se trata de otros riesgos no tan graves, como

⁷²⁰ Véase: Binstock: ob. cit., pp. 15-16. En opinión de la autora, en el régimen ordinario se supone la muerte por la falta prolongada de noticias, el régimen especial hace falta en razón de que se supone la muerte, porque se conoce el acontecimiento que ha debido causarla.

⁷²¹ Ibid., p. 16.

⁷²² Ibid., p. 23.

⁷²³ Ramírez: ob. cit., p. 350.

terremotos, incendios o acciones de guerra. Distinción que —a decir del autor— se asienta en los datos de la experiencia, que indican mayores o menores posibilidades de que el evento resulte mortal⁷²⁴. La ley mexicana alude a “desaparición”, cuando sin requerirse el transcurso de los términos del régimen ordinario, la desaparición ha tenido lugar en condiciones tales que hagan presumir fundadamente el fallecimiento (guerra, naufragio, explosión, etc.)⁷²⁵.

La Ley venezolana vigente —sin distinción particular de los diversos eventos— se orienta en reconocer que la desaparición en circunstancias fatales o de siniestro aumenta el riesgo o posibilidad de muerte. En tales casos, el camino a la declaración de la “presunción de muerte” es mucho más rápido y menos cargado de formalidades procesales. Por lo que, como veremos de seguidas, esta orientación de nuestro ordenamiento se proyecta a su vez en el procedimiento a seguir ante la presunción de muerte por accidente. Según indicamos, este régimen especial de la “presunción de muerte por accidente”, se introduce en Venezuela mediante el Código Civil de 1942⁷²⁶. La presunción de muerte en el presente supuesto al igual que indicamos respecto del régimen ordinario continúa siendo *iuris tantum*⁷²⁷, pues siempre se podría demostrar que la muerte no ha acaecido⁷²⁸, es decir, seguirá latente la posibilidad de que el ausente retorne.

5.1. Supuestos

El régimen especial o abreviado de la ausencia, a saber, la presunción de muerte por accidente, está consagrada en artículo 438 del Código Civil:

⁷²⁴ Moisset de Espanés: **El peligro de muerte y la reducción de los plazos para la declaración de ausencia**, pp. 2-3. Indica el autor que acertadamente se suprimió el requisito de que en el incidente hayan fallecido varias personas, pues hay siniestros solitarios (pilotos de pequeños aviones) que en modo alguno justifican un trato distinto; y se suprimió el requisito de probar que el sujeto había sido herido en el acontecimiento bélico. La modificación fue elogiada por la doctrina y la redacción de la norma argentina denota que se trata de una enumeración de carácter enunciativo (aun cuando en las conclusiones el autor refiere que la del numeral 2 de seis meses, tendría carácter taxativo).

⁷²⁵ Véase: Baqueiro y Buenrostro: ob. cit., p. 200.

⁷²⁶ Véase *supra* N° 3.2.

⁷²⁷ Véase *supra* N° 4.1.1.

⁷²⁸ Marín Echeverría: ob. cit., p. 233.

Si una persona se ha encontrado en un naufragio, incendio, terremoto, guerra u otro siniestro semejante, y a raíz de éste no se ha tenido noticia de su existencia, se presume que ha muerto. Esta presunción será declarada por el Juez de Primera Instancia del domicilio, a petición de cualquier presunto heredero *ab-intestato* o testamentario, o de quienquiera que tenga acciones eventuales que dependan de la muerte de aquella persona, previa la comprobación de los hechos.

La solicitud se publicará por la prensa durante tres meses, con intervalos de quince días por lo menos. Pasado dicho período se procederá a la evacuación de las pruebas y a la declaración consiguiente.

Aunque la norma se refiera al Juez de Primera Instancia Civil, con vista a la citada Resolución dictada por el Tribunal Supremo de Justicia en 2009, valdría referirse actualmente a los Juzgados de Municipio que atribuye a éstos los asuntos de jurisdicción voluntaria, dada la naturaleza no contenciosa que le ha reconocido la doctrina al procedimiento de presunción de muerte por accidente, en función a la norma indicada⁷²⁹, según veremos *infra* 5.3.

Se aprecia decisión judicial que indica a propósito del citado artículo 438 del Código Civil: “De la norma trascrita se deriva que la presunción de muerte de una persona será declarada cuando de un siniestro resulte la inexistencia de algún indicio de sobrevivencia de la persona de quien se solicita se figure su muerte, cuya solicitud deberá ser formulada por algún heredero —*ab-intestato* o testamentario— o quien tenga interés eventual de alguna pretensión de quien dependa la muerte que se solicita declarar, previa comprobación de los hechos que pretende. De igual forma, procederá la publicación por prensa de la solicitud por intervalo de quince días por tres meses, y una vez cumplido dicho lapso y evacuación de pruebas se procederá a su decisión”⁷³⁰.

⁷²⁹ Véase *supra* N° 3.3.2.

⁷³⁰ Véase: Juzgado Décimo Sexto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 22-02-2011, Exp. AP31-S-2010-001044, <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2011/febrero/2164-22-AP31-S-2010-001044-.html>.

La citada enumeración de “accidentes” que dan lugar al régimen especial bajo estudio, ciertamente tiene carácter enunciativo según se desprende de la propia norma al indicar “u otro siniestro semejante”⁷³¹. De tal suerte que el presente procedimiento aplica o tiene lugar en caso de accidente o siniestro, individual o colectivo, ya sea inundación, terremoto, accidente de aeronave⁷³² o de barco⁷³³, derrumbes, desbordamientos de ríos o quebradas⁷³⁴, deslave

⁷³¹ Véase en este sentido: Binstock: ob. cit., p. 24; Aguilar Gorron dona: ob. cit., p. 438; Marín Echeverría: ob. cit., p. 233; La Roche: ob. cit., p. 313; Hung Vaillant: ob. cit., p. 460; Favrin R., Odette G.: “Derechos de Propiedad de las víctimas de la reciente tragedia”. En: **El Universal**. De fecha 03-02-2000. Véase también: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 24-03-2008, Exp. 2007-7759, citada *supra*; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 12-03-2008, Exp. 9302, citada *supra*.

⁷³² Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 28-06-2007, <http://cojedes.tsj.gov.ve/decisiones/2007/junio/513-28-54.243-758.html>; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 23-09-2004, Exp. 8790, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/130-23-8790-1320.html>; Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 10-01-2007, Exp. 2000-5656, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/2121-10-5656-.html>, “... Siendo el presente caso, una desaparición a raíz de un accidente aéreo, por ser un siniestro semejante a los establecidos en la norma del artículo 438 del Código Civil... este tribunal los considera suficientes para que las partes sigan la presente solicitud por el procedimiento dispuesto en los artículos 438 y siguientes del Código Civil. En consecuencia, declara que el presente procedimiento se sustanciará y decidirá por los trámites del procedimiento de la presunción de muerte por accidentes”.

⁷³³ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 24-03-2008, Exp. 2007-7759, citada *supra*, se indica que el sujeto desapareció en naufragio en alta mar en 1955; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Sent. 17-03-2006, Exp. 6614/01, <http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2006/marzo/283-17-6614-01.html>.

⁷³⁴ Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 08-08-2007, Exp. 26.504, citada *supra*: “... En el caso que nos ocupa, el solicitante pretende se declare la presunción de muerte de su esposa, alegando que él mismo se encontraba con la supuesta fallecida, al momento de desbordarse la quebrada La Guairita, hecho

como la tragedia de Vargas de 1999⁷³⁵, etc. Pensamos que ciertas conmociones políticas y sociales que se han experimentado en nuestro país⁷³⁶, pudieran incluirse igualmente en el supuesto bajo análisis. Sin que tampoco precise nuestra legislación que se trate de un siniestro colectivo, esto es que haya desaparecido más de una persona⁷³⁷. Se aprecia decisión judicial, donde medió accidente individual de un solo sujeto en la embarcación, pero donde no se encontró el cadáver y se declara “presunción de muerte por accidente”⁷³⁸ aun cuando tal decisión entremezcla impropriamente el procedimiento especial de

éste que produjo la desaparición física... El solicitante adecuó su demanda conforme al precepto legal contenido en el artículo 438 del Código Civil...”.

⁷³⁵ Véase entre otras citadas en el presente trabajo: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 15-12-2003, Exp. 5371, citada *supra*; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 16-12-2003, Exp. 1280, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2003/diciembre/128-16-1280-492.html>; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 21-04-2005, Exp. 5635, citada *supra*.

⁷³⁶ Tales como el Caracazo acontecido en 1989, así como los sucesos relacionados a los intentos de golpe de estado de 1992 y 2002.

⁷³⁷ Marín Echeverría: ob. cit., pp. 233-234.

⁷³⁸ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Sent. 17-03-2006, Exp. 6614/01, citada *supra*: “que el día 06 de noviembre de 1987... desapareció de la embarcación <Navegante>, y desde el momento en que los tripulantes se dieron cuenta de su ausencia comenzaron junto con otros miembros de embarcaciones que se encontraban fondeada cerca las labores de búsqueda, uniéndose además las autoridades respectivas; que las labores de búsqueda duraron ocho días, siendo infructuosos sus resultados, llegando dicha embarcación el día 13 de noviembre de 1987, al morro de Robledal, inmediatamente, ese mismo día se procedió a levantar el acta de accidente marítimo por ante la Capitanía de Puerto de Pampatar, donde el Capitán de Altura determinó en sus apreciaciones y conclusiones que el Capitán... desapareció de la embarcación <Navegante>, cayendo al agua, presuntamente por un desmayo, sin que los trece tripulantes restantes pudieran darse cuenta y por ende prestarle auxilio, ya que todos presuntamente dormían y que finalmente no hubo negligencia por parte de la tripulación; que posteriormente se realizaron las investigaciones pertinentes, conociendo del caso el Juzgado del Distrito Maneiro y el Juzgado tercero de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, donde declararon terminada la averiguación sumaria, por no haber revertido carácter penal los hechos... han transcurrido 14 años”.

presunción de muerte por accidente con el régimen ordinario de ausencia pues procede al nombramiento de un defensor judicial y ello tiene lugar solo en este último proceso.

Se afirma que algunas legislaciones distinguen entre ausencia y desaparecimiento al considerar que en la ausencia la duda es más débil, en el desaparecimiento hay más peligro⁷³⁹. Serrano indica que la Ley española de 1939, recoge la distinción doctrinaria entre “ausentes” y “desaparecidos”, esto es, entre ausencia simple y ausencia cualificada, que se traduce en una diferencia en los plazos de la declaración⁷⁴⁰. Así pues, en legislaciones, al ausente con ocasión de un siniestro se le denomina “desaparecido”, en atención a que la posibilidad de su muerte se incrementa dadas las circunstancias⁷⁴¹, pero dicho término también se utiliza en otros ordenamientos cuando no se consigue el cadáver no obstante comprobarse la muerte⁷⁴². Según esta última acepción, el “desaparecido” vendría constituido en nuestro ordenamiento —que desconoce tal término— por el caso de la muerte plenamente comprobada pero

⁷³⁹ Véase: Borrero Vanegas y Brigard Pérez: ob. cit., p. 16.

⁷⁴⁰ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 353. Indica el autor que dicha ley prevé como innovación “la declaración de fallecimiento” porque antes sólo se conocía la presunción de muerte. Véase ibíd., pp. 386-387, para el autor, a pesar de la diferencia entre ausente y desaparecido, el régimen de ausencia es el mismo, con la diferencia que los desaparecidos pueden ser declarados muertos cuando transcurre un período de tiempo menor.

⁷⁴¹ Véase: Tapia Ramírez: ob. cit., p. 147, desaparecido es quien dejó de ser a partir de un accidente o catástrofe; Planiol y Ripert: ob. cit., p. 100; Mazeaud: ob. cit., pp. 12 y 19; Ogáyar y Ayllón: ob. cit., p. 7; Borrero Vanegas y Brigard Pérez: ob. cit., p. 20.

⁷⁴² Véase: Rojas González, Germán: **Manual de Derecho Civil**. Ecoe Ediciones. Bogotá, 2001, p. 71, si hay certidumbre de que ha muerto sin que el cadáver haya sido encontrado se habla de desaparecido. Véase en el mismo sentido: Moisset de Espanés, Luis: **Ausente con presunción de fallecimiento o desaparecido**, www.acader.unc.edu.ar/artausencia3.pdf, pp. 2-3, creemos firmemente que la institución de la desaparición tal y como ha sido legislada en el Derecho argentino tiene aplicación en muy contados casos, y siempre que el Juez tenga la certeza absoluta de que la muerte tiene que haberse producido efectivamente. El autor coloca el ejemplo del cadáver inidentificable que ha perecido en un incendio, una persona que se ahoga ante nuestros ojos en aguas profundas o el de un alpinista que a la vista de sus compañeros se despeña en una grieta profunda. En todos los casos existe una certeza indubitable de muerte, aunque el cadáver no se haya podido encontrar.

cuyo cadáver no aparece. Supuesto —según indicamos— consagrado en el artículo 479 del Código Civil, derogado por la Ley Orgánica de Registro Civil, pero que consideramos subsistente por propia remisión del vigente artículo 486 del Código Civil, amén que a todo evento, a falta de previsión legal expresa, se trata de un caso que igualmente precisaría de pronunciamiento judicial.

La doctrina se refiere a los fines de la procedencia del régimen especial bajo estudio a la desaparición sin que se tengan noticias a raíz de un siniestro⁷⁴³. Binstock, en torno al artículo 438 del Código Civil, señala tres supuestos a fin de hacer procedente el régimen especial de la presunción de muerte por accidente: i. La realidad del siniestro; ii. La conexión del desaparecido con el riesgo, y iii. La carencia de noticias⁷⁴⁴. Agrega que el primer y el tercer requisito son de carácter “objetivo” en tanto que el segundo es de carácter “subjetivo”⁷⁴⁵. En el mismo sentido, se aprecian decisiones judiciales⁷⁴⁶. Veamos de seguidas cada uno de los supuestos por separado.

i. La realidad del siniestro: La enumeración del Código Civil es de carácter enunciativo (naufragio, incendio, terremoto, guerra u otro siniestro semejante). Según indicamos a diferencia de otras legislaciones, la nuestra no exige que el infortunio sea colectivo, es decir, que perezcan varias personas. El siniestro debe ser real y no meramente presunto, pues la ley señala que la presunción de muerte por accidente se hará previa comprobación de los hechos⁷⁴⁷.

⁷⁴³ Véase: Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 438; Hung Vaillant: ob. cit., p. 460.

⁷⁴⁴ Binstock: ob. cit., p. 23. Véase en el mismo sentido: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 07-10-2004, Exp. 41057 (revisada en original).

⁷⁴⁵ Binstock: ob. cit., p. 23. Véase sobre el desarrollo de tales supuestos: ibíd., pp. 21-26.

⁷⁴⁶ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 12-03-2008, Exp. 9302, citada *supra*; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 27-11-2007, Exp. 9091, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/noviembre/130-27-9091-5262.html>; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 24-03-2008, Exp. 2007-7759, citada *supra*.

⁷⁴⁷ Binstock: ob. cit., p. 24.

En ocasiones, la realidad del siniestro, como fue el caso de la tragedia de Vargas de 1999, constituirá un hecho público y notorio “comunicacional”⁷⁴⁸. Dentro de

⁷⁴⁸ Véase en este sentido: TSJ/SCC, Sent. reg. 00324 del 31-05-2005, citada *supra*; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 07-10-2004, Exp. 41057 (revisada en original), se señala: “... la realidad del accidente, deslave lo cual es un hecho público y notorio...”; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 26-04-2004, Exp. 7894, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2004/abril/130-26-7894-914.html>, “Ahora bien, la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República en decisión pronunciada en fecha quince de marzo del año dos mil, ha establecido que en el mundo actual con el auge de la comunicación escrita mediante periódicos, o por vías audiovisuales, se ha generado la presencia de otros hechos, lo cual es, el hecho publicitado, que en principio no se puede afirmar si es cierto o no, pero adquiere difusión pública uniforme por los medios de comunicación social, por lo que muy bien podría llamarse el hecho comunicacional y puede tenerse como una categoría entre los hechos notorios, ya que forma parte de la cultura de un grupo o círculo social en una época o momento determinado, después del cual pierde transcendencia y su recuerdo solo queda guardado en bibliotecas o instituciones parecidas; asimismo, precisó dicha Sala que para que un hecho sea considerado comunicacional, este debe revestir ciertas características confluyentes las cuales la conforman: 1. Que se trate de un hecho, no de una opinión o testimonio, sino de un evento reseñado por el medio como noticia. 2. Que su difusión sea simultánea por varios medios de comunicación escritos, audiovisuales, o radiales, los cuales pueden venir acompañados de imágenes. 3. Se requiere que el hecho no resulte sujeto a rectificaciones o dudas acerca de su existencia, o presunciones sobre la falsedad del mismo, es decir, que el hecho se encuentre consolidado. 4. Que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o de la sentencia que los tomará en cuenta. Por lo que esta Juzgadora en base a la decisión antes señalada y tomado en cuenta: 1. Que el día dieciseis de diciembre del año mil novecientos noventa y nueve, se produjo un suceso de tal magnitud, considerado como la mayor tragedia natural ocurrida a lo largo de la historia nacional, que conmocionó no solo a la población Varguense, sino a toda la población Venezolana e internacional y que para la fecha es altamente recordada, puesto que ella ocasionó una gran devastación del Estado Vargas, muy especialmente la zona de Carmen de Uria, y un sinnúmero de pérdidas humanas y materiales; que ha sido tal la notoriedad del hecho, que aún para los actuales momentos, en los diversos medios de comunicación, tanto escritos, radiales y audiovisuales, como en el hablar cotidiano, se mantiene vigente”; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 20-05-2005, Exp. 7647, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/junio/130-29-7647-1771.html>; Juzgado Tercero

la categoría de hechos notorios se incluyen otros siniestros reseñados por la prensa como el hundimiento de una embarcación⁷⁴⁹ o de un buque⁷⁵⁰, así como la caída a un río⁷⁵¹. Se aprecian decisiones judiciales relativas a la tragedia de Vargas donde se ordena oficiar a entes públicos de la localidad que ratifican la situación de siniestro⁷⁵². También se podría oficiar al Instituto

de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 08-08-2007, Exp. 26.504, citada *supra*; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 12-03-2008, Exp. 9302, citada *supra*: “Por otra parte, en cuanto al siniestro no existe ninguna duda que entre los días 15 y 16 de diciembre de 1999 ocurrió un hecho conocido como el deslave o la tragedia de Vargas, lo que constituye un hecho notorio, pues el mismo no solo fue objeto de grandes coberturas en la prensa, sino que tuvo un gran impacto en la sociedad por la magnitud y por la cantidad de pérdidas humanas, convirtiéndose definitivamente en un hecho conocido por todos y por supuesto a ese conocimiento no puede escapar el Juez que en la vida actual, incluso como parte de los hechos que debe adquirir para engrosar su conocimiento sobre su entorno social, lee periódicos, oye radio o ve televisión, en consecuencia sobre la certeza de la ocurrencia de este hecho (tragedia de Vargas) no abriga ninguna duda este sentenciador”; entre otras.

⁷⁴⁹ Véase en este sentido: Tribunal Segundo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación. Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 14-07-2011, Exp. 01217, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/julio/2422-14-01217-1.html>, “Publicaciones en los Diarios... este Tribunal le atribuye pleno valor probatorio por cuanto el siniestro fue del conocimiento público, sin que para el momento surja alguna duda de su ocurrencia, lo que constituye un hecho notorio”; Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Juez Unipersonal N° 02, Sent. 08-09-2003, Exp. A-2058, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2003/septiembre/150-8-A-2058-130.html>.

⁷⁵⁰ Véase: Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, Sent. 13-04-2011, Exp. 8570, <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2011/abril/332-13-8.570-.html>, “prueba ésta que se valora como un hecho notorio comunicacional, pues se deja constancia de la existencia de un hecho cierto, como lo fue el naufragio del buque Calypso y de la desaparición para el momento de tres de sus tripulantes”.

⁷⁵¹ Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 11-01-2013, Exp. 41.170, <http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2013/enero/1974-11-41170-.html>.

⁷⁵² Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 12-03-2008, Exp. 9302,

Nacional de Aeronáutica Civil (INAC), al Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda —Junta Investigadora de Accidentes Aéreos—⁷⁵³, Aerolíneas, etc.

La desaparición del sujeto y la carencia de noticias donde no medie el siniestro o accidente, supone que estamos ante el régimen ordinario de la ausencia.

ii. La conexión del desaparecido con el riesgo: es imprescindible acreditar que la persona, cuyo régimen especial de ausencia se pretende, a su vez se encontraba en el siniestro de que se trate⁷⁵⁴. Es absolutamente necesario para que opere la presunción de muerte por accidente llevar al Juzgador la prueba de que el desaparecido se encontraba en el siniestro alegado⁷⁵⁵. La jurisprudencia ha indicado la necesidad

citada *supra*: "... se destaca que entre las instrumentales antes apreciadas se encuentra la comunicación remitida a este despacho por el Jefe Civil a cargo de la Jefatura de Naiquatá, del Municipio Vargas del Estado Vargas, quien participó a este tribunal que debido a las fuertes lluvias sucedidas el pasado 16 de diciembre de 1999 la Parroquia fue arrasada totalmente por el desbordamiento del río e igualmente señaló que el ciudadano... estaba residenciado en la Urbanización Carmen de Uria, Parroquia Naiquatá". Véase en el mismo sentido con relación a la Jefatura de Caraballeda: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 27-11-2007, Exp. 9091, citada *supra*.

⁷⁵³ Véase: Juzgado Décimo Sexto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 22-02-2011, Exp. AP31-S-2010-001044, citada *supra*: "publicado como fue el cartel de notificación por el diario El Nacional en la forma prevista en el citado artículo 438 del Código Civil, se procedió a la evacuación de las pruebas pertinentes por este Juzgado como fue la expedición de oficios al Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC) y al Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda —Junta Investigadora de Accidentes Aéreos— cuyas resultas determinaron efectivamente la desaparición hasta esa fecha, de la avioneta... desde entonces se encuentra desaparecida, remitiendo a este Despacho el listado de pasajeros de ese vuelo...".

⁷⁵⁴ Véase Binstock: ob. cit., p. 26.

⁷⁵⁵ Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Sent. 20-08-2003, Exp. 05862/02, <http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2003/agosto/295-20-05862-02-.html>, "En el presente caso se evidencia, que la primera circunstancia no fue demostrada, ya que no se trajeron a los autos pruebas que indicaran la ocurrencia del naufragio y mucho menos que el Ciudadano... se encontrara en el mismo, por lo cual este Tribunal inadmite la presente solicitud".

del cumplimiento de este requisito a los fines de la procedencia de este régimen especial de ausencia⁷⁵⁶ y tal conexión ha sido declarada en siniestros como la citada tragedia de Vargas⁷⁵⁷ o el desbordamiento de la Quebrada la Guairita⁷⁵⁸.

Vale observar, que la imposibilidad de probar el presente supuesto o requisito de procedencia, que supone la vinculación del sujeto con el siniestro (por

⁷⁵⁶ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 21-11-2006, Exp. F00-588, <http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/2117-21-F00-588-.html>; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Sent. 20-08-2003, Exp. 05862/02, citada *supra*.

⁷⁵⁷ Véase en este sentido: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 07-10-2004, Exp. 41057 (revisada en original), se indica: "... la conexión del desaparecido con el riesgo, resulta del contenido de los hechos narrados, el refugio al cual acudieron en procura de socorro y auxilio, fue desplomado y devastado por torrente de agua, alud de tierra, lodo y piedras que bajo de la montaña, tanto es así que la finada... hermana del solicitante, al igual que las demás personas que se encontraban allí fueron arrastradas por la violencia de las aguas muriendo éstas a consecuencia de politraumatismo y tapamiento, el cadáver de las antes mencionada fue localizado y recuperado bajo los escombros del edificio... el día siguiente a diferencia de... que nunca apareció previa realización y agotamiento de las gestiones por parte de las autoridades competentes para lograr la misma, entre los escombros y ruinas, lo que resultó inútil e infructuosa su localización, lo cual supone que corrió con el mismo destino que su hija y demás personas refugiadas en el lugar antes señalado..."; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 09-01-2009, Exp. 7239, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/enero/2009/132-9-7239-11360.html>, "Estas probanzas aportadas llevan al ánimo de esta Juzgadora la convicción de que las ciudadanas... desaparecieron en la mencionada tragedia y por ende, presuntamente, han muerto, por lo que considera procedente la solicitud que encabeza estas actuaciones...".

⁷⁵⁸ Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 08-08-2007, Exp. 26.504, citada *supra*: "... declarar que como la ciudadana... se ha encontrado en el siniestro acaecido el 08/10/2000 en el que por intensas lluvias se desbordó la quebrada La Guairita y la fuerza de las aguas arrastró el vehículo... donde se encontraba la prenombrada ciudadana hacia el lecho de la misma, y a raíz de éste no se ha tenido noticia de su existencia, se presume que ha muerto".

ejemplo que la persona se encontraba en la nave, avión, autobús siniestrado, etc.) trae como consecuencia —al igual que indicamos respecto del requisito anterior— que la tramitación sea a través del régimen ordinario de la ausencia, si existe la desaparición y carencia de noticias.

iii. Carencia de noticias: Constituye característica fundamental de la ausencia de la que no escapa su régimen especial la circunstancia de la falta de noticias de la persona de que trate “a raíz del siniestro”. Este requisito que es el generador de la incertidumbre —elemento básico de la ausencia— pero que se presenta en este régimen especial de manera instantánea, a diferencia del sistema ordinario, en el que resulta del transcurso del tiempo⁷⁵⁹. Por lo que la carencia de noticias debe necesariamente acaecer a raíz del siniestro ocurrido⁷⁶⁰. La recepción de noticias sobre la existencia con posterioridad al siniestro, excluye igualmente la aplicación de este supuesto especial de presunción de muerte por accidente; por lo que el sujeto desaparecido con posterioridad a las noticias, ha de regirse igualmente por el régimen ordinario de la ausencia. Esto pues la aplicación del caso especial de presunción de muerte por accidente precisa de los tres requisitos concurrentes indicados; la carencia de uno solo de los presupuestos indicados, lo hace inaplicable.

En cuanto a la prueba, comenta Binstock, el objeto de ésta serán los hechos configurativos de los supuestos del artículo 438 y la carga de la misma la tendrán los legitimados. Se podrá utilizar cualquier medio de prueba a las que nos referimos al estudiar el régimen ordinario de la ausencia, tales como la

⁷⁵⁹ Véase: Binstock: ob. cit., p. 26. Este supuesto conlleva a decir de la autora que persona de quien no se tengan noticias haya tenido su domicilio o residencia en el país, porque es en ese lugar donde se pueden y se deben producir las noticias sobre su existencia.

⁷⁶⁰ Véase en este sentido: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 07-10-2004, Exp. 41057 (revisada en original): “... La carencia de noticias de la ciudadana... es obvia y comprobable, por cuanto desde el día 15 de diciembre de 1999, fecha en que ocurrió el deslave en la Guaira, ni la policía municipal o estatal; ni el Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, ni hospitales, ni clínicas consultadas tienen noticias alguna de su paradero...”.

testimonial, instrumental⁷⁶¹, los informes administrativos (policiales, consulares, certificaciones de accidentes), etc.⁷⁶² con inclusión de las presunciones, pues la exigencia de la realidad del siniestro no significa, según la autora, que éste no pueda probarse por presunciones, siempre que las mismas sean “graves, precisas y concordantes” a tenor del artículo 1399 del Código Civil⁷⁶³. Recordemos que el solicitante debe acreditar el hecho cierto de la desaparición y la falta de noticias, y al efecto deben realizarse las diligencias necesarias para acreditar la incertidumbre sobre la existencia. En el régimen especial de la ausencia por caso de siniestro dicha prueba ha de estar en directa correlación con los requisitos de dicho procedimiento abreviado, por lo que no es suficiente comprobar la desaparición y la carencia de noticias, sino la conexión del desaparecido con el siniestro y la realidad o veracidad de éste.

La jurisprudencia igualmente ha indicado la necesidad de concurrencia de los requisitos indicados en el artículo 438 del Código Civil: “La norma antes transcrita constituye el régimen especial de la ausencia en caso de siniestro, el cual procederá cuando concurren dos circunstancias, a saber: 1. Que una persona se haya encontrado en un naufragio, incendio, terremoto, guerra u otro siniestro semejante. Dicho extremo requiere a su vez que se pruebe, en primer lugar, que haya acontecido el siniestro en el que se alega desapareció la persona, y en segundo lugar, que la persona haya coincidido temporal y espacialmente con el referido siniestro, es decir, que haya estado en el lugar y en el momento en que ocurrió el siniestro. 2. Que a raíz del siniestro, no se haya tenido noticia de la existencia de la persona de que se trata”⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 16-04-2008, Exp. 8006, citada *supra*.

⁷⁶² Binstock: ob. cit., pp. 26-27.

⁷⁶³ *Ibid.*, pp. 25-26. Véase en este sentido: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 07-10-2004, Exp. 41057 (revisada en original), que refiere: “... Estas presunciones, contienen los requisitos establecidos en el artículo 1399 del Código Civil vigente, es decir, son graves, precisas y concordantes tal como lo apreciará este Juzgador a tenor de lo dispuesto en el artículo 486 *ejusdem*...”.

⁷⁶⁴ Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 21-11-2006,

En cuanto al supuesto de “secuestro” valdría preguntarse si es subsumible en el régimen especial bajo análisis; en sentido afirmativo se pronuncia en el Derecho argentino Moisset de Espanés, porque, en su opinión, en condiciones normales de secuestro cualquiera que sea el motivo del hecho, indica la experiencia que si no se tienen más noticias de la víctima, seguramente ha fallecido. Sin embargo, aclara que, según la situación que vivió el país, algunos supuestos de secuestro pudieron tener carácter voluntario para sustraerse precisamente a la conmoción que se vivía, por lo que si se carece de la certeza del secuestro o si la desaparición del sujeto se hubiese relacionado con su vinculación a grupos subversivos, resulta más prudente aplicar el plazo ordinario de la declaración de ausencia⁷⁶⁵. En sentido semejante, con relación a que el secuestro podría encuadrar o subsumirse dentro de los supuestos del artículo 438 del Código Civil, correspondiente a la presunción de muerte por accidente, se pronuncia circunstancialmente una decisión judicial venezolana⁷⁶⁶.

Exp. F00-588, citada *supra*. Véase en el mismo sentido: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 12-03-2008, Exp. 9302, citada *supra*; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Sent. 20-08-2003, Exp. 05862/02, citada *supra*; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Sent. 30-09-2003, Exp. 6614/01, citada *supra*.

⁷⁶⁵ Moisset de Espanés: **El peligro de muerte y la reducción de los plazos para la declaración de ausencia**, pp. 4-5. Ubicándolo en el inciso 1 del artículo 23 de la Ley 14. 394.

⁷⁶⁶ Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 30-06-2004, citada *supra*, se declara inadmisibile la solicitud pero se indica que el secuestro indicado por la solicitante podría encuadrar en todo caso en este supuesto del artículo 438 del Código Civil y no del 418 *eiusdem*: “En efecto como lo afirma la solicitante y se desprende de las páginas de los periódicos que anexo al libelo, aparecen noticias sobre la presunta aparición del cadáver del cónyuge de la peticionaria. Esto fue reseñado en los diarios mencionados como un hecho noticioso. Por otra parte, así como apareció reseñado en la prensa regional y nacional la circunstancia de la presunción de que los restos de huesos encontrados correspondían al ciudadano... también apareció, como hecho notorio Comunicacional en los diarios... que: exámenes antropológicos determinaron que restos óseos eran de... explicando que los restos de huesos localizados en un sector del Municipio El Socorro, si pertenecían al empresario... secuestrado desde abril del pasado año, según el examen presentado por los expertos de Antropología Forense del Cuerpo de Investigaciones

Borrero Vanegas y Brigard Pérez también se preguntan en el Derecho colombiano sobre si el secuestro constituye una modalidad de ausencia a lo que responden considerando que ello tendrá lugar si se cumplen los requisitos de la ausencia: alejamiento del lugar del domicilio, carencia de noticias sobre su paradero, incertidumbre sobre la existencia del ausente, perjuicio que pudiera sufrir el patrimonio del ausente (aunque las autores no lo ubican en el régimen abreviado)⁷⁶⁷. Concluyen las autoras señalando que: “es posible afirmar que una persona secuestrada puede ser judicialmente declarada como ausente para que mientras dure el cautiverio sus intereses tengan una protección efectiva; ya que en el delito de secuestro están presentes todos los elementos de la ausencia y en el espíritu de tal institución se encuentra solución a sus efectos”⁷⁶⁸.

Por nuestra parte, pensamos que el secuestro *per se*, es decir, por sí solo, no configura ausencia, porque aun cuando obviamente la vida de la persona peligre puede no existir incertidumbre sobre su existencia en aquellas situaciones donde el sujeto secuestrado ciertamente está vivo y existe prueba de ello. De hecho, existen casos de secuestros en los que transcurren años y existen claras noticias y evidencias de la vida del sujeto (denominadas por los medios “pruebas de supervivencia”)⁷⁶⁹. Distinto es el caso del secuestro que viene a la par del paso

Científicas Penales y Criminalísticas... Por otro lado, conforme a como se narraron los hechos en el escrito en comento pareciera que el asunto pudiera tal vez encuadrar en la disposición del artículo 438 del Código Civil, pero no en el artículo 418 *ejusdem*, como se pretende... Por los razonamientos antes expuestos, el Tribunal declara Inadmisble la presente solicitud, por carecer de fundamento legal”.

⁷⁶⁷ Borrero Vanegas y Brigard Pérez: ob. cit., pp. 59-64.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 64. Véase decisión colombiana: la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, Sent. T-292/98, <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1998/Tutela/T-292-98.html>, “la Corte Constitucional ha diferenciado entre el secuestro y la desaparición de una persona, haciendo hincapié en que solamente cabe reiterar la orden de pagar los salarios cuando el secuestro está plenamente probado, no habiendo lugar a ello en los eventos de simple desaparición, por cuanto fuera de que es posible la existencia de terceros con interés, al desaparecido le asisten derechos que sólo se protegen merced al cumplimiento del debido proceso dentro de las actuaciones judiciales que, según la legislación civil, pueden iniciarse”.

⁷⁶⁹ Como fue el conocido caso en Colombia de Ingrid Betancourt, en el que en el año 2007 se reseñan pruebas de supervivencia.

de los años sin mayores noticias, porque tal supuesto encuadra perfectamente bajo el régimen de la ausencia. De allí que deba concluirse que la desaparición que inició en secuestro podrá concluir en ausencia, siempre y cuando se configuren los supuestos de ésta. Por otra parte, en tal caso, a nuestro criterio, sí resultaría lógico suponer que la circunstancia excepcional y peligrosa que reviste el “secuestro” propiciaría la aplicación del régimen abreviado en razón de siniestro, toda vez que al carecer de noticias la posibilidad de la muerte o imposibilidad de retorno aumenta notablemente, en razón de la situación. No se trataría entonces de un supuesto de desaparición “normal” sino excepcional que aumenta el riesgo de muerte, que por no precisar ser colectivo encuadra en la idea de “siniestro”.

Así mismo, otras legislaciones como la argentina, dadas las circunstancias especiales de cierto tiempo⁷⁷⁰, consagraron un régimen especial en materia de desaparición forzada de personas⁷⁷¹, que también suponía una abreviación de lapsos⁷⁷². Se señaló que el Estado mal podía solicitar la declaratoria de

⁷⁷⁰ Fundamentos del Proyecto de Ley, Cámara de Diputados, se indica: “Los nuevos delitos imponen respuestas jurídicas que garanticen los derechos ciudadanos: el terrorismo de Estado fue juzgado, sancionado y, en parte, reparadas sus consecuencias. Sin embargo, la perversa estrategia de hacer desaparecer a las personas para negar el crimen —sin cadáveres no hay pruebas— se perpetúa en el padecer cotidiano de los que tienen desaparecidos en su familia. Sin nombres, sin lápidas, sin tumbas, la ausencia de pruebas es para los parientes la mejor prueba de que la desaparición fue clandestina. Y si la actitud humana de acreditar en lo que se ve acentúa la irrealidad del que no está, esto se agrava cuando se debe nombrar ante otros, en la vida pública, lo que sólo tiene un nombre y una entidad jurídica: desaparecido”, <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3285-D-2007>.

⁷⁷¹ Véase: Ley 24.321, Desaparición Forzada de Personas, promulgada 08-06-1994, “Artículo 1.- Podrá declararse la ausencia por desaparición forzada de toda aquella persona que hasta el 10 de diciembre de 1983 hubiera desaparecido involuntariamente del lugar de su domicilio o residencia, sin que se tenga noticia de su paradero”; “Artículo 2.- A los efectos de esta ley se entiende por desaparición forzada de personas, cuando se hubiere privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido por la desaparición de la víctima, o si ésta hubiera sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada, bajo cualquier otra forma, del derecho a la jurisdicción. La misma deberá ser justificada mediante denuncia ya presentada ante autoridad judicial competente...”.

⁷⁷² Véase: Ley 24.321, Desaparición Forzada de Personas: “Artículo 6.- Transcurridos sesenta días corridos desde la última publicación de edictos y previa vista al degenero

ausencia correspondiente en tal supuesto⁷⁷³. Se ha indicado que el Estado debería consagrar un procedimiento expedito a los fines de la declaratoria de presunción de muerte, en materia de desaparición forzada de personas⁷⁷⁴. La desaparición forzada de personas⁷⁷⁵, de ser el caso, podría en nuestro sistema encuadrar en el régimen de la ausencia, particularmente en la presunción de muerte por accidente. Se aprecia en este sentido, una decisión judicial del Estado Carabobo que analiza una sentencia de presunción de muerte el aspecto de la desaparición forzada de personas, a propósito de un individuo desaparecido en 1967 ubicando el caso bajo la norma del citado artículo 438 del Código

de ausentes, quien sólo verificará el cumplimiento de lo normado precedentemente, se procederá a declarar la ausencia por desaparición forzada, fijándose como fecha presuntiva de la misma el día que constaba en la denuncia originaria ante el organismo oficial competente o en su caso el de la última noticia fehaciente —si la hubiere— sobre el desaparecido”; “Artículo 7.- Los efectos civiles de la declaración de ausencia por desaparición forzada serán análogos a los prescriptos por la Ley 14.394 para la ausencia con presunción de fallecimiento”.

⁷⁷³ Geoffroy Lassalle, Alejandro: “Reparaciones a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos”. En: **II Congreso Internacional Derechos y Garantías en el Siglo XXI**. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 25, 26 y 27 de abril de 2001, <http://www.aaba.org.ar/bi180p45.html>, “La Cámara... consideró que el pedido de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento solicitado por el Estado argentino era manifiestamente improcedente por tratarse de una acción facultativa y porque sería inconcebible que se beneficiara con la invocación de dicho requisito el órgano estatal que cercenó la libertad de la víctima y generó su desaparición. Sin embargo, cuando se dictó la sentencia del caso Hagelin, todavía no había un marco legal que reconociera el *status* jurídico de la <ausencia por desaparición forzada>. Recién el 11 de mayo de 1994 se sancionó la Ley 24.321, que reconoce dicha figura para toda persona que hasta el 10 de diciembre de 1983 hubiera desaparecido involuntariamente del lugar de su domicilio o residencia, sin que se tenga noticia de su paradero”.

⁷⁷⁴ Véase: Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 10-07-2007, Caso Molina Theissen vs. Guatemala, http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/molina_10_07_07.doc, “la Corte considera indispensable que el Estado le presente información actualizada sobre los siguientes puntos pendientes de cumplimiento: ... d) creación de un procedimiento expedito que permita obtener la declaración de ausencia y presunción de muerte por desaparición forzada...”.

⁷⁷⁵ Véase sobre el delito de desaparición forzada de personas: TSJ/SC, Sent. 1747, 10-08-2007, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1747-10082007-06-1656.html>.

Civil relativo a la presunción de muerte por accidente por considerar que tal desaparición encuadra perfectamente en un supuesto similar a una guerra⁷⁷⁶.

Otras legislaciones, como la colombiana, han tomado previsiones normativas especiales o de emergencia, ante supuestos de siniestros, a fin de acortar aún más los lapsos en tales casos⁷⁷⁷.

5.2. *Legitimación activa*⁷⁷⁸

El Código Civil, en su artículo 438, dispone que pueden pedir que se declare la presunción de muerte por accidente: cualquier presunto heredero “*ab intestato*”

⁷⁷⁶ Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 02-07-2007, Exp. 17.700, citada *supra*: “... se considera demostrado que... fue un conocido opositor al gobierno... que dicho ciudadano desapareció el 21 de marzo de 1967, sin dejar rastro de su paradero, que hasta la fecha nunca más se tuvo noticias de él, y que el régimen... aplicó la desaparición de personas como una verdadera política gubernamental, de manera sistemática y organizada, particularmente a los integrantes del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) y del Partido Comunista de Venezuela... Cuando el legislador emplea la frase <u otro siniestro semejante> está dándole a los supuestos antes mencionados (naufragio, incendio, terremoto, guerra) el carácter de *numerus apertus*, por lo que pueden considerarse comprendidas en los supuestos de la norma, cualquier otra situación similar a las anteriores, como por ejemplo, la explosión o caída de una aeronave, o una inundación o deslave, tal como ocurrió en el caso del desastre de Vargas en el cual miles de ciudadanos Venezolanos simplemente desaparecieron bajo los millones de toneladas de lodo, siendo necesario declararlos muertos, por no existir otro mecanismo para legalizar su situación y la de sus familiares. En el caso de autos, en el cual como se mencionó con anterioridad, quedó establecido que la política gubernamental aplicada por el gobierno de... consistió en la sistemática desaparición de personas, que puede ser considerado como un estado similar al de guerra o conmoción y por lo tanto, debe ser asimilado, como en efecto así se declara, al supuesto de <otro siniestro semejante> al cual se refiere el legislador en el artículo 438 del Código Civil...”.

⁷⁷⁷ Véase: Borrero Vanegas y Brigard Pérez: ob. cit., pp. 130-139, aluden al “Reglamentación de excepción en caso de desastre” (Decreto 3822) a propósito de las tragedias acontecidas en Colombia en 1985, el 6 de noviembre la toma de Justicia del Palacio de Bogotá y el 13 del mismo mes y años a raíz de la erupción del volcán nevado del Ruiz desaparece la ciudad de Armero. Se modificó en forma restrictiva el procedimiento para obtener la declaración de muerte por desaparecimiento, como que podía prescindirse del término de dos años (*ibid.*, p. 133).

⁷⁷⁸ Véase: Aguilar Gorrondona: ob. cit., pp. 438-439; Marín Echeverría: ob. cit., p. 234.

o testamentario o quienquiera que tenga acciones eventuales que dependan de la muerte de la persona que se trata. Considera Aguilar Gorrondona que por aplicación analógica del régimen ordinario, el cónyuge puede contradecir en la solicitud⁷⁷⁹, lo cual es lógico por cuanto la esencia y finalidad del procedimiento sigue siendo la misma. Por lo que resultan aplicables en este sentido, las consideraciones hechas para el régimen ordinario de la ausencia⁷⁸⁰.

5.3. *Procedimiento*

En cuanto a la oportunidad de la solicitud no está fijada legalmente pero como uno de los supuestos es la carencia de noticias, la petición —en opinión de Binstock— debe tener lugar luego de un tiempo prudencial posterior al siniestro. Ello en relación con un plazo mínimo pues máximo no existe ya que en esta materia no opera la prescripción, porque —a decir de la autora— estamos en presencia de un trámite a la protección de un patrimonio en beneficio de su titular⁷⁸¹. Sin embargo, hemos reiterado que salvo la primera fase de presunción de ausencia —que tiende a preservar los intereses patrimoniales del presunto ausente— las etapas subsiguientes tienen por norte el interés de los herederos o sujetos cuyos derechos u obligaciones dependen de la existencia del ausente. Por lo que por carecer el presente régimen especial o abreviado de la primera fase orientada por la protección patrimonial del ausente, cabe concluir que se trata de un procedimiento de fundamental interés para los herederos del ausente. Así pues, en razón de que en el presente procedimiento abreviado en caso de siniestro no tiene lugar la primera fase (presunción de ausencia), no creemos que pueda afirmarse que el régimen que nos ocupa tiende a la protección del patrimonio del ausente.

El procedimiento —como indicamos⁷⁸²— se inicia por solicitud dirigida al Juez (de Municipio con base en la citada Resolución del Tribunal Supremo de

⁷⁷⁹ Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 437.

⁷⁸⁰ Véase *supra* N° 4.2.2.

⁷⁸¹ Binstock: ob. cit., p. 35.

⁷⁸² Véase *supra* N° 4.1.1.

Justicia)⁷⁸³ en el lugar del último domicilio del pretendido ausente (artículo 438 del Código Civil), o de la última residencia si no se conociese aquel (artículos 31 y 419 del Código Civil)⁷⁸⁴. La solicitud se publicará por la prensa durante tres meses con intervalos de quince días, por lo menos. Está claro que se trata de la solicitud con el correspondiente auto de admisión que indique el medio impreso de publicación. Pasado dicho período se evacuarán las pruebas y luego el Juez decidirá (artículo 438 del Código Civil)⁷⁸⁵. Se aprecia del citado artículo del Código Civil que la ley simplemente dispone que la solicitud debe ser seguida por la debida publicidad, publicación cada quince días durante tres meses (la misma que en el régimen ordinario en el artículo 422 del Código Civil) y posteriormente de una necesaria fase probatoria para luego proceder a dictar decisión⁷⁸⁶.

Es de observar, según la referida norma, que la publicidad (por tres meses) de la solicitud es previa a la evacuación de pruebas y la declaración consiguiente⁷⁸⁷. Y así lo ha referido la jurisprudencia⁷⁸⁸ so pena de reposición⁷⁸⁹. Ello es natural,

⁷⁸³ Véase *supra* N° 3.3.2. señalamos que, según la naturaleza de jurisdicción voluntaria o no contenciosa que se le reconoce al procedimiento en régimen de siniestro, y vista la citada Resolución del Máximo Tribunal de 2009 que le atribuye a los Juzgados de Municipio tales asuntos, valdría considerar que en el caso bajo análisis la competencia de los Juzgados de Primera Instancia Civil ha quedado desplazada. A diferencia del juicio ordinario de ausencia que es formalmente contencioso, en su fase intermedia. Sobre la opinión de los Juzgadores en este sentido véase *infra* N° 7.

⁷⁸⁴ Véase: Binstock: ob. cit., pp. 34-35.

⁷⁸⁵ Véase: Ramírez: ob. cit., p. 350.

⁷⁸⁶ Recordemos que la parte final de la norma, indica: "... La solicitud se publicará por la prensa durante tres meses, con intervalos de quince días por lo menos. Pasado dicho período se procederá a la evacuación de las pruebas y a la declaración consiguiente".

⁷⁸⁷ Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 07-10-2004, Exp. 41057 (revisada en original), que indica luego de declarar la presunción de muerte por accidente: "... Asimismo, ordena publicar en el Diario... un edicto contentivo de la solicitud y del presente auto, durante tres meses, con intervalos de quince días por lo menos, los cuales deberán ser consignados a los autos, todo ello en armonía con el artículo 438 del Código...".

⁷⁸⁸ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 20-05-2005, Exp. 7647, citada *supra*: "... el Tribunal en cumplimiento a lo establecido en el artículo 438

pues dicha publicidad pretende —no obstante la naturaleza del procedimiento— a todo evento, alertar o emplazar al ausente para el caso de que estuviese vivo. Recordemos que también pueden los respectivos legitimados contradecir la solicitud de presunción de muerte por accidente por presentar interés en

del Código Civil, ordenó la publicación de un edicto contentivo de los datos concernientes a la solicitud que había dado lugar al procedimiento, durante tres meses con intervalo de quince días por lo menos, en el Diario... Asimismo se le hizo del conocimiento de la interesada, que a la constancia en autos de haberse cumplido los trámites de consignación y fijación que del respectivo edicto se hiciera en el expediente como en la cartelera del Tribunal, se procedería a la evacuación de las pruebas y a la consiguiente declaratoria”.

⁷⁸⁹ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Sent. 30-09-2003, Exp. 6614/01, citada *supra*: “... Por otra parte, se observa que no se dio cumplimiento al artículo 438 del Código Civil el cual en forma imperativa ordena la publicación de la solicitud con el objeto de darle mayor cobertura y publicidad al procedimiento a pesar de que ese extremo configura el punto de partida para que se inicie el lapso de promoción y evacuación de pruebas y luego el de dictar sentencia. Por el contrario, consta que el proceso se desarrolló hasta llegar a la oportunidad de dictar sentencia, omitiendo cumplir ese necesario requisito —que se reitera— es de obligatorio cumplimiento. De manera que, en acatamiento de la mencionada disposición legal que involucra el orden público y por lo tanto es de estricto cumplimiento, debe éste Tribunal forzosamente a los fines de evitar y corregir fallas que puedan anular cualquier acto procesal, conforme al artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de admisión... y reponer la causa al estado de que se proceda a ordenar la publicación de la solicitud en un diario de circulación nacional en la forma y condiciones señaladas en el artículo 438 del Código Civil...”; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 08-10-2007, Exp. 30.759, <http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones/2007/octubre/2118-8-30.759.html>, “Ahora bien, cabe destacar que la presente causa es una demanda de presunción de muerte, la cual debe tramitarse por el procedimiento ordinario en su etapa probatoria... como se dijo antes, el Tribunal admitió las pruebas promovidas en forma anticipada, sin haber culminado el lapso de promoción... En el presente caso, es claro que la presencia del error *in procedendo* delatado con antelación amerita la reposición de la presente causa al estado de dejar transcurrir el lapso de promoción de pruebas, todo con ajuste al dispositivo constitucional antes enunciado, el cual legitima al Juez para declarar la nulidad de los actos de procedimiento que impidan, vulneren o menoscaben el ejercicio de los derechos de las partes, en este caso, el derecho al debido proceso”.

ello, como sería el caso del cónyuge del ausente, para lo cual sería particularmente relevante la referida publicidad.

Con base en lo indicado se deduce que el presente procedimiento no presenta la misma tramitación del régimen ordinario de ausencia en su fase de declaración, a saber, en los artículos 422 y 423 del Código Civil, tales como el nombramiento de un defensor y la continuación por el juicio ordinario. De allí que cierto sector de la doctrina concluya que dadas las circunstancias especiales, la presunción de muerte por accidente constituye un procedimiento no contencioso o de jurisdicción voluntaria. Se aprecia una decisión judicial que, aun cuando declara y desarrolla la presunción de muerte por accidente, nombra impropia-mente un defensor judicial (a los fines de intervenir en la fase probatoria), lo que corresponde al régimen ordinario de ausencia y no del especial en caso de siniestro⁷⁹⁰. Dicha sentencia también alude a lapso de informes, lo cual es propio del régimen ordinario de ausencia cuya fase intermedia de “declaración de ausencia” se sigue por el juicio ordinario; este último no resulta aplicable al procedimiento especial de presunción de muerte por accidente que a tenor del artículo 438 del Código Civil previa publicidad “se procederá a la evacuación de pruebas y a la declaración consiguiente”.

Al efecto, indica Marín Echeverría que ante la ausencia de una regulación procesal en el Código de Procedimiento Civil, debe seguirse aplicando la normativa procesal contemplada en el artículo 438 del Código Civil, según la cual, recibida la solicitud con los recaudos, se providenciará admitiéndola y luego de tal publicación en prensa por tres meses con intervalo de quince días, debe procederse a la evacuación del término probatorio y se pasa a sentencia⁷⁹¹.

Los autores venezolanos recientes están contestes en que la presunción de muerte por accidente constituye un procedimiento no contencioso o de juris-

⁷⁹⁰ Véase Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Sent. 17-03-2006, Exp. 6614/01, citada *supra*: “compareció la abogada... con el carácter que tiene acreditado en autos y mediante diligencia solicitó que se le designará defensor judicial al ciudadano... lo cual fue acordado...”.

⁷⁹¹ Véase: Marín Echeverría: ob. cit., pp. 234-235.

dicción voluntaria dada la sumaria y escueta regulación del citado artículo 438 del Código sustantivo⁷⁹².

En el mismo sentido se pronuncia Binstock, para quien el procedimiento de presunción de muerte por accidente corresponde a la jurisdicción voluntaria o no contenciosa. Acota que la remisión que hace a la ausencia ordinaria el Código Civil en la presunción de muerte por accidente es solo en materia de “efectos” y no de tramitación. Indica además que el Código Civil entre los legitimados para la declaración de ausencia señala que los herederos testamentarios y quienes tengan derechos sobre los bienes del ausente que dependan de su muerte actuarán contradictoriamente con los herederos *ab intestato* (artículo 421 del Código Civil) en tanto que en la presunción de muerte, enumera a estas personas sin referirla a contradictorio alguno. Sin embargo, concluye la autora podría presentarse contención si el cónyuge interviene para oponerse a la solicitud, y en tal caso el juez actuaría en jurisdicción contenciosa pero en ningún caso el procedimiento a seguir sería el juicio ordinario, pues el Código Civil contiene en esta materia tanto las normas sustantivas como las adjetivas, que apuntan a una tramitación precisa y breve, acorde con la finalidad de este régimen especial⁷⁹³. Agrega la autora que por tratarse en principio de jurisdicción voluntaria, no procede la apelación, salvo que excepcionalmente sea contradicha la solicitud⁷⁹⁴.

Lo anterior es fundamental porque admitida la naturaleza de jurisdicción voluntaria del procedimiento de presunción de muerte por accidente debe reconocerse

⁷⁹² Véase: Hung Vaillant: ob. cit., p. 461, “La declaratoria no requiere de un juicio especial sino que consiste en un trámite sencillo y sumario en el cual quien tenga interés legítimo, hará la solicitud exponiendo los pormenores del caso y debiendo probar los extremos de la norma legal”; La Roche: ob. cit., p. 313, el presente procedimiento no comporta etapas o estadios anteriores de la ausencia. No estamos de acuerdo con tal afirmación pues lo que suprime este régimen especial es la primera etapa de presunción muerte y no la declaración de ausencia. Por lo que ha de cumplirse el trámite referido en el artículo 438 del Código Civil aun cuando en el presente caso la ley no se refiera a la intervención del defensor judicial del ausente siguiendo con los trámites del juicio ordinario; Ochoa G.: ob. cit., p. 207.

⁷⁹³ Binstock: ob. cit., pp. 30-31.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 38.

la competencia de los Juzgados de Municipios en atención a la Resolución dictada por el Máximo Tribunal en el 2009, lo que, según veremos, admiten los propios Juzgadores entrevistados⁷⁹⁵ y algunas decisiones judiciales⁷⁹⁶.

Ciertamente, el Código sustantivo prevé una tramitación distinta para llegar a la “declaración de ausencia” en el régimen ordinario por contraposición al régimen especial de la presunción de muerte por accidente, por cuanto en el primero se designa defensor a las fines de la contestación y se sigue por el juicio ordinario, mientras que en el último, luego de la publicidad, “se procederá a la evacuación de pruebas y a la declaración consiguiente”. Si bien el procedimiento adoptado por el Legislador en el régimen ordinario responde en su forma a la jurisdicción contenciosa y prueba de ello es la remisión al juicio ordinario; así como se desprende del artículo 458 del Código Civil que el sentido inicial de la Ley es darle “forma” en principio no contenciosa al procedimiento a seguir en el caso de la presunción de muerte por accidente.

Si bien tal distinción de la doctrina es compartida por algunos Juzgadores, según veremos, en función de la naturaleza especial de la presunción de muerte por accidente, acentuada por el carácter de hecho notorio que en ocasiones presenta el siniestro aligera la prueba del solicitante⁷⁹⁷. Sin embargo, llama la atención la opinión de algunos jueces sobre la naturaleza real o sustan-

⁷⁹⁵ Véase *infra* N° 7.

⁷⁹⁶ Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Sent. 31-10-2011, Exp. 08109/11, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/octubre/295-31-08109-11-.html>.

⁷⁹⁷ Véase: opinión de Iván Escalona Silva, quien fuera Juez de Primera Instancia Civil, donde indica que ni siquiera el procedimiento ordinario de ausencia presenta contención sustancial y es poco lo que el defensor pueda hacer; considera que la distinción teórica que se hace sobre que el procedimiento de muerte por accidente no es contencioso tiene su base en la naturaleza de las circunstancias porque en ocasiones como la del Estado Vargas el siniestro deriva de un hecho notorio que está exento de prueba. La Juez María Rosa Martínez comenta que la distinción doctrinaria entre el procedimiento contencioso que rige para el régimen ordinario de la ausencia, a diferencia del régimen especial de la presunción de muerte por accidente, tiene sentido por cuanto en este último la naturaleza del siniestro y las respectivas pruebas, hace incrementar el riesgo de muerte.

cial de ambos procedimientos, al margen de la forma que en principio le adjudica la ley y la doctrina. Al efecto, nos comentaba una Juzgadora que desde la perspectiva práctica, por lo que respecta a su experiencia, tal distinción pareciera carecer de relevancia, pues tales procesos generalmente no presentan en la realidad mayor contención en ninguna de sus dos modalidades (ni régimen ordinario ni especial de presunción de muerte por accidente)⁷⁹⁸. Finalmente, entre los Juzgadores resulta interesante la opinión de Gervis Alexis Torrealba, quien sostiene no estar de acuerdo con la distinción doctrinaria que pretende calificar de jurisdicción contenciosa al régimen ordinario de la ausencia por oposición a la jurisdicción graciosa o no contenciosa de la presunción de muerte por accidente, toda vez que ambas sentencias producen los mismos efectos, amén que la posibilidad de contención está ciertamente latente en la última dada la necesaria publicidad que ordena la ley, no obstante seguirse un trámite más expedito en cuanto a la prueba⁷⁹⁹.

Realmente las opiniones de los jueces consultados se presentan interesantes, porque nos permiten ir más allá del texto de la Ley, y apreciar —al margen de la forma que el Legislador ha impuesto a cada procedimiento— que desde el punto de vista real o sustancial, ambos procedimientos presentan poca contención pero que a todo evento, la posibilidad de contención o controversia está latente inclusive respecto del procedimiento de presunción de muerte por accidente. Es de recordar, que es factible la existencia de casos en los que si bien no aparece el ausente (porque ello culminaría el procedimiento) podrían presentarse terceros interesados como el cónyuge de éste que tengan interés en contradecir la solicitud de ausencia o de presunción de muerte por accidente.

⁷⁹⁸ Véase: opinión de quien fuera Juez, Angelina García.

⁷⁹⁹ Véase: opinión de Juez Gervis Alexis Torrealba: “No comparto la opinión de quienes consideran que el procedimiento de presunción de muerte por accidente sea de jurisdicción voluntaria en tanto en este y en el régimen ordinario de declaración de ausencia han de dictarse sentencias que producen iguales efectos, con lo cual está latente la circunstancia de poder dirimir conflictos entre particulares... Pienso pues, que si se presentare algún tipo de contención lo que está latente pues la solicitud debe ser publicada en la prensa y, aun cuando no se prevé una fase de oposición, la misma puede presentarse, y de ser así, el juez deberá emitir un pronunciamiento...”.

Siendo así, cabe concluir que, si bien el Código Civil consagra un procedimiento formalmente distinto respecto al régimen ordinario de la ausencia y al especial (presunción de muerte por accidente), que conlleva a su vez a la doctrina a adjudicar en atención exclusiva a dicha “forma” la naturaleza de contencioso del primero por oposición al carácter de jurisdicción voluntaria del segundo, no podemos negar que tales distinciones podrían ser matizadas ante la realidad práctica que pudiera presentarse, y que ciertamente nos permite reflexionar sobre la naturaleza real del procedimiento de ausencia, al margen del régimen de que se trate.

Así por ejemplo, bien pudiera pensarse que de admitirse la naturaleza no contenciosa del procedimiento de presunción de muerte por accidente, el mismo podría eventualmente tornarse en contencioso en función de las incidencias o controversias que excepcionalmente opusieran los legitimados con intereses contrapuestos. No pareciera en tal caso, que deba sostenerse que dicho procedimiento correspondiente al régimen especial de la ausencia o presunción de muerte por accidente, continuaría manteniendo su naturaleza de jurisdicción voluntaria. Creemos que el Legislador se limitó a abreviar formalmente la fase fundamental del procedimiento de ausencia, dada la naturaleza especial de la presunción de muerte por accidente; la certeza del siniestro, y en ocasiones su condición de hecho notorio al conectarse con el desaparecido es lo que permite aumentar la incertidumbre sobre su existencia; ello se evidencia en la abreviación de los trámites en la primera fase correspondiente al procedimiento de presunción de muerte, pero, como acertadamente indicó un Juzgador consultado⁸⁰⁰, esto no es óbice a la posibilidad de contención, garantizada por la obligatoria publicidad, a lo que cabe agregar que desde el punto de vista sustancial los efectos son los mismos que el régimen ordinario por propia remisión de la ley.

En conclusión, la estricta distinción entre naturaleza contenciosa y voluntaria que formalmente se le atribuye al régimen ordinario y de presunción de muerte por accidente, respectivamente, podría quedar matizada por la dinámica procesal a presentarse en cada uno de los procedimientos, porque generalmente en el pri-

⁸⁰⁰ Véase opinión de Gervis Alexis Torrealba.

mero no suele existir contención real no obstante su forma contenciosa, y porque el segundo, a pesar de forma no contenciosa, si bien sigue esta misma suerte (de no presentar controversia sustancial) eventualmente podría surgir contención entre los legitimados. La eventual contención a plantearse en el presente régimen especial haría que el Juzgador de Municipio tuviese que declinar la competencia a favor del Juzgador de Primera instancia.

5.4. *Efectos*⁸⁰¹

En virtud del artículo 439 del Código Civil: “los efectos de la declaratoria a que se refiere el artículo precedente, serán los mismos señalados en la Sección III de este capítulo”, los cuales están referidos a la “declaración de ausencia” en el régimen o procedimiento ordinario de ausencia.

En consecuencia, la presunción de muerte por accidente suprime la primera fase ordinaria de la ausencia, es decir, la presunción de ausencia⁸⁰². Es decir, aquella que tiende básicamente a la protección de los bienes del presunto ausente. Significa que, una vez declarada la presunción de muerte por accidente, se podrá acceder a la “posesión provisional” a la que hicimos referencia en el régimen ordinario⁸⁰³, previo cumplimiento igualmente de las debidas formalidades o garantías⁸⁰⁴.

Pasados tres años de haberse declarado la presunción de muerte por accidente, el Tribunal a petición de cualquier interesado, acordará la posesión definitiva de los bienes y la cesación de las garantías que se hayan impuesto, ello en virtud

⁸⁰¹ Véase: Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 439; La Roche: ob. cit., p. 314; Ramírez: ob. cit., p. 350.

⁸⁰² Aguilar Gorrondona: ob. cit., p. 439.

⁸⁰³ Véase *supra* N° 4.2.4.

⁸⁰⁴ Véase en el mismo sentido: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 07-10-2004, Exp. 41057 (revisada en original): “... de conformidad con lo ordenado en el artículo 439 en concordancia con el 426 *eiusdem*, ordena al solicitante constituir una caución hipotecaria, prendaria o fideyusoria, hasta por la cantidad... a los fines de poner al presunto heredero en posesión provisional de los bienes de ausente”.

del artículo 440 del Código Civil. No importa aquí, el tiempo transcurrido desde el nacimiento del ausente⁸⁰⁵. De allí que no se precise en este supuesto el transcurso de dos o tres años para la “declaración de ausencia” sino que una vez acreditados los supuestos necesarios al Juzgado declara la presunción de muerte por accidente que equivale a la citada declaración y a partir de la cual en tres años (y no diez, como en el régimen ordinario de la ausencia) se accede a la posesión definitiva de los bienes.

Cuando se dan las circunstancias tenidas en consideración por la Ley, queda inoperante la presunción de vida y prevalece con firmeza la probabilidad de muerte, de manera que pierde primacía la protección del desaparecido, se omite la primera fase, es decir, la presunción de ausencia, y pasa a primer término la consideración de los derechos de los presuntos herederos, en su interés y por su iniciativa se dictará la declaración de presunción de muerte por accidente⁸⁰⁶.

⁸⁰⁵ Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Sent. 17-03-2006, Exp. 6614/01, citada *supra*: “De conformidad con el artículo 439 en concordancia con los artículos 426 al 433 del Código Civil se dispone que para el caso de que el ciudadano... haya dejado bienes la presente declaratoria surtirá los efectos provisionales contemplados en los referidos artículos y que asimismo, pasados como sean tres años contados a partir del momento en que el presente fallo adquiera firmeza de ley, siempre que medie la petición de cualquiera de los interesados debidamente legitimados para actuar, se acordará la posesión definitiva de los bienes así como la cesación de las garantías que se hayan impuesto por el juez para tal fin como para acordar la posesión provisional de los bienes conforme lo prevé el artículo 440 *eiusdem*”; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 21-11-2006, Exp. F00-588, citada *supra*: “Del artículo transcrito con anterioridad podemos desprender los elementos constitutivos de la norma, los cuales son, en primer lugar, un supuesto de hecho conformado por el paso de tres años contando a partir desde la declaración de presunción de muerto por accidente, prevista en el artículo 438 del Código Civil, y en segundo lugar, una consecuencia jurídica conformada por los efectos previstos por el legislador para la segunda fase ordinaria de la ausencia, es decir, la presunción de muerte, en la cual se cambia la posesión provisional de los bienes del ausente, en posesión definitiva, con lo cual se le permite a los presuntos herederos a que procedan a la partición y libre disposición de dichos bienes, cesando de esta forma las garantías exigidas para la posesión provisional”.

⁸⁰⁶ Graterón Garrido: ob. cit., p. 376.

Como en contra existe un hecho concreto que en verdad pudo ocasionar la muerte, habiendo mediado las publicaciones ordenadas por la Ley, ésta ha conceptualizado suficiente el lapso de tres años para hacer cesar el período provisional que se abre con la declaratoria de presunción de muerte⁸⁰⁷.

La presunción de muerte por accidente abrevia sobremanera los lapsos estudiados en el régimen ordinario de la ausencia, porque el Legislador considera que las circunstancias del siniestro aumentan la probabilidad de la muerte⁸⁰⁸. De allí que de las tres fases que en principio conforman el régimen ordinario se reducen a dos, a su vez, con una notable abreviación de lapsos entre otra, en este régimen especial. Pensamos que ello permite concluir que el procedimiento abreviado de presunción de muerte por accidente, está concebido básicamente en atención a los intereses de los terceros o no del ausente. Toda vez que la única fase en el procedimiento de ordinario que se tiene a la protección de sus intereses es en la primera (presunción de ausencia) aunque para algunos —criterio que no compartimos— dicha etapa sea meramente concebida para preconstituir la siguiente fase.

En efecto, las etapas del proceso especial de presunción de muerte por accidente se reducen a dos en cuanto al acceso de los interesados entre la posesión “provisional” y la posesión “definitiva”, mediando solo tres años entre una y otra. Esto porque desde el punto de vista de su denominación el Código Civil indica en el artículo 438 que la persona desaparecida en un siniestro “se presume que ha muerto” y se procederá a la declaración consiguiente. De seguidas, los artículos 439 y 440 *eiusdem* remiten a los efectos de la declaración de

⁸⁰⁷ Ramírez: ob. cit., p. 350.

⁸⁰⁸ Véase, sin embargo, respecto a la legislación colombiana: Borrero Vanegas y Brigard Pérez: ob. cit., 93-94, aumenta de dos a cuatro años el período de tiempo que debe transcurrir entre la ocurrencia del hecho y la declaración de muerte por desaparecimiento. El aumento del período en caso de eventos accidentales, deriva de la posibilidad de perturbaciones físicas y emocionales que pueden afectar a una persona presente en ellos, y que generan el rompimiento en la comunicación con los suyos. La eventual recuperación del desaparecido determina que el legislador retarde la toma de las medidas definitivas.

ausencia y presunción de muerte del régimen ordinario de la ausencia, respectivamente. De allí que en función de tal terminología sea discutible denominar esta primera etapa del procedimiento especial como “declaración de ausencia” pues la terminología utilizada por el Legislador apunta más bien, dadas las circunstancias especiales, a la “presunción de muerte”. Esta idea la asoma una decisión judicial relativa al procedimiento bajo análisis donde se solicitó la presunción de muerte, siendo que ya dicha declaración había sido pronunciada⁸⁰⁹; suponemos que lo que se pretendió pedir es la posesión definitiva de los bienes de quien fue declarada previamente la presunción de muerte por accidente.

En este sentido, indica otra decisión judicial: “A la par de estos esclarecimientos doctrinarios y en la misma tendencia pedagógica, no puede hacerse salto de otras de las particularidades de este régimen especial bajo estudio, cual es el hecho que la presunción de muerte por accidente suprime la primera fase ordinaria de la ausencia, o sea, la presunción de ausencia, con lo cual corresponde a la labor del juez que conoce la solicitud especificada, hacer paso por alto el orden de prelación legal que se ha instituido en pro de la declaratoria de la presunción de muerte contenida en el artículo 434 del Código Civil, y desfilarse solo a hacer una evaluación de los supuestos de procedencia que se acaban de anotar precedentemente, ello con vinculación a los medios probáticos que la solicitante tiene producidos en esta fase”⁸¹⁰.

Vale citar, igualmente, otra decisión judicial a propósito del artículo 440 del Código Civil: “Del artículo transcrito con anterioridad podemos desprender los elementos constitutivos de la norma, los cuales son, en primer lugar, un supuesto de hecho conformado por el paso de tres años contando a partir desde

⁸⁰⁹ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 23-09-2004, Exp. 8790, citada *supra*: “... Ahora bien, siendo que del señalamiento realizado por la solicitante en el escrito y de la dispositiva de la sentencia antes transcrita, se desprende que mediante decisión de fecha... ya fue declarada la presunción de muerte del ciudadano... por el Juzgado... considera esta juzgadora improcedente la presente solicitud”.

⁸¹⁰ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 28-06-2007, citada *supra*.

la declaración de presunción de muerte por accidente, prevista en el artículo 438 del Código Civil, y en segundo lugar, una consecuencia jurídica conformada por los efectos previstos por el legislador para la segunda fase ordinaria de la ausencia, es decir, la presunción de muerte, en la cual se cambia la posesión provisional de los bienes del ausente, en posesión definitiva, con lo cual se le permite a los presuntos herederos a que procedan a la partición y libre disposición de dichos bienes, cesando de esta forma las garantías exigidas para la posesión provisional. Ahora bien, siendo que los hechos sucedidos en este proceso guardan perfecta relación de identidad respecto del supuesto de hecho abstractamente consagrado en la norma anteriormente transcrita, necesariamente debe producirse la consecuencia jurídica establecida en el artículo 440 del Código Civil, es decir, este Tribunal decreta la posesión definitiva de los bienes”⁸¹¹.

En relación con los efectos⁸¹², cabe una remisión al régimen ordinario de la ausencia en cuanto a la fase de declaración de ausencia⁸¹³ y a la presunción de muerte⁸¹⁴. Así por ejemplo, en la primera fase rige la posesión provisional con la respectiva constitución de caución u otras medidas, la extinción de la comunidad conyugal, la exclusión del ejercicio de la patria potestad, etc. En tanto que en la segunda, tiene lugar la posesión definitiva, cese de las cauciones o garantías, continúa la relación matrimonial con la problemática que ello conlleva y a la cual nos hemos referido.

De tal suerte que nos manifestamos en desacuerdo con la afirmación de Ochoa Gómez según la cual en la presunción de muerte por accidente el vínculo matrimonial que existía se extingue y el cónyuge sobreviviente puede contraer nuevas nupcias sin incurrir en adulterio⁸¹⁵. Según vimos, la situación del

⁸¹¹ Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 21-11-2006, Exp. F00-588, citada *supra*.

⁸¹² Véase: Binstock: ob. cit., pp. 41-59.

⁸¹³ Véase *supra* N° 4.2.4.

⁸¹⁴ Véase *supra* N° 4.3.2.

⁸¹⁵ Ochoa G.: ob. cit., 208.

vínculo matrimonial es muy discutida⁸¹⁶ pero a todo evento, la especialidad del régimen bajo estudio no permite llegar a una conclusión distinta, pues aun en supuestos de siniestros, sigue vigente o latente la posibilidad de que el ausente retorne. La remisión a los efectos del régimen ordinario de ausencia es general y la Ley al efecto no prevé excepciones.

Finalmente, es de reiterar que tampoco la presunción de muerte por accidente se asimila en sus efectos a la muerte, pues, a pesar de las circunstancias que acentúan o aumentan la posibilidad de ésta, siempre subsiste la hipótesis de que el ausente regrese, derivándose los correspondientes efectos de ley, circunstancia que no es necesario advertir expresamente en la respectiva decisión judicial⁸¹⁷.

5.5. Cesación

Al igual que lo reseñado para el régimen ordinario de la ausencia⁸¹⁸, este proceso culmina o pierde sentido, si se comprueba la muerte del ausente o si se prueba que éste se encuentra con vida. Por otra parte, según hemos reiterado, las sentencias que declaren con lugar la ausencia o, en este caso, la presunción de muerte por accidente, deben ser registradas, en cualquiera de sus fases (Ley Orgánica de Registro Civil, artículo 3 N° 11).

6. Otros problemas jurídicos derivados de la ausencia

6.1. Presunción de conmoriencia

Se ha señalado la posibilidad de colisión de presunciones de muerte con la de *conmoriencia*. Esto, pues, indica Serrano que puede haber dos personas desa-

⁸¹⁶ Véase *supra* N° 4.3.2.

⁸¹⁷ Véase no obstante: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Sent. 17-03-2006, Exp. 6614/01, citada *supra*: “Cuarto: Se advierte que para el supuesto de que el ciudadano... presuntamente muerto por accidente volviera o se probara su existencia se procederá conforme a lo establecido en los artículos 436 y 437 del Código Civil”.

⁸¹⁸ Véase *supra* números 4.1.3., 4.2.5. y 4.3.3.

parecidas en un mismo acontecimiento que, siendo declarados fallecidos en distintos Juzgados, tengan señalado como momento de la muerte una diferente. Aclara el autor que nada hay escrito sobre el asunto en la literatura española⁸¹⁹; sí en cambio en la Alemana, que principalmente enfoca la cuestión de la presunción de fallecimiento declarado por desaparición de un siniestro conforme a los artículos 15 al 17 del BGB y la conmorienencia de otra persona cuya muerte consta de modo cierto por haberla presenciado quien se salvó del perecimiento. Cita a Von Thur para quien en la ausencia calificada por siniestro aplica la presunción de conmorienencia, pues a falta, de especiales puntos de apoyo, ha de fijarse para ambas personas el mismo momento de la muerte. Sin embargo, Serrano considera que la presunción de conmorienencia vale para personas que han muerto en un mismo peligro probado y no simplemente presunto⁸²⁰. Para el autor, la presunción de conmorienencia sólo se aplica al supuesto de dudarse quién de dos personas llamadas a sucederse ha muerto primero. Es decir, en los casos de sucesión hereditaria, que por extensión puede aplicarse a todos los supuestos de transmisión de derechos a la muerte de la persona⁸²¹.

Indica Pérez Gallardo: “Quede claro que la duda es sobre cuándo acontecieron los fallecimientos, no sobre si acontecieron y en esto se distingue la presunción *iuris tantum* de conmorienencia, de la declaración judicial de presunción de muerte, pues en esta última hay incerteza del hecho mismo del óbito de la persona desaparecida, mientras que en la primera no se dubita de la muerte”⁸²².

Por nuestra parte, de tener lugar tan particular situación, no vemos óbice para que la presunción de conmorienencia⁸²³ consagrada en el artículo 994 del Código

⁸¹⁹ Lo mismo cabe decir respecto de la venezolana.

⁸²⁰ Serrano y Serrano: ob. cit., pp. 389-390.

⁸²¹ *Ibid.*, p. 391.

⁸²² Véase: Pérez Gallardo, Leonardo B.: “La conmorienencia: venturas y desventuras de un presunción legal”. En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N° 146, Caracas, 2008, p. 448.

⁸²³ Véase referencia circunstancial a supuesto asociado en: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 31-03-2009, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/>

Civil⁸²⁴ aun cuando se refiera expresamente a que un individuo “haya muerto primero que otro”, pudiera ser aplicada al caso de la presunción de muerte porque la norma se dirige fundamentalmente a las personas llamadas a sucederse recíprocamente.

Ciertamente, dos personas ausentes pueden ser llamadas a sucederse recíprocamente y el asunto ha de ser resuelto con base en la norma citada. Según vimos, dicha presunción se traduce en que la premoriencia o la prioridad en la muerte debe ser probada⁸²⁵. Recordemos que algún sector de la doctrina considera que dicha norma ni siquiera consagra una presunción propiamente dicha sino una aplicación básica de las reglas probatorias, según la cual, el que alega una circunstancia o un hecho debe probarlo si pretende la respectiva consecuencia. ¿Por qué no admitir entonces que en el curso de dos procedimientos de ausencia se pudiera probar —como es posible— que una de las personas “desapareció” primero o de no ser así se presumirán desaparecidas al mismo tiempo y no habrá transmisión de derechos del uno al otro? Esto porque si bien admitimos que en la ausencia no existe propiamente “sucesión”⁸²⁶ no podemos negar que el efecto equivalente de los interesados es llegar a la posesión definitiva para que cesen las garantías y opere la libre disposición de los bienes del ausente, en términos semejantes a aquella.

Creemos que sería perfectamente posible por vía analógica aplicar la presunción de conmoriencia consagrada en el artículo 994 del Código Civil al par-

2009/.../128-31-1831-1929.html, alegando que no se puede “... determinar con precisión y científicamente la premoriencia de alguno de los ciudadanos señalados y siendo tal vez imposible recuperar los cuerpos a las fechas actuales para así determinarlo, debemos imperiosamente presumir que la muerte ocurrió al mismo tiempo y en consecuencia no se dio la transmisión de derechos de los padres a los hijos, como así lo pretende los solicitantes, razón por la cual los niños tantas veces citados no tienen bienes ni han podido heredar los bienes de sus padres”.

⁸²⁴ Que prevé: “Si hubiere duda sobre cuál de dos o más individuos llamados recíprocamente a sucederse, haya muerto primero que el otro, el que sostenga la anterioridad de la muerte del uno o del otro deberá probarla. A falta de prueba se presumen todos muertos al mismo tiempo y no hay transmisión de derechos del uno al otro”.

⁸²⁵ Domínguez Guillén: **Inicio y extinción**..., pp. 239-240.

⁸²⁶ Véase *supra* N° 4.

ticular caso de dos ausentes llamados a sucederse recíprocamente —aunque en la materia no opere propiamente la sucesión—. Especialmente, si la consecuencia de dicha prioridad se revierte en importantes efectos jurídicos patrimoniales, que no es lógico o justo desconocer alegando la falta de disposición expresa en la materia, toda vez que no se trata propiamente de una norma de excepción por lo que es pertinente la analogía.

Así por ejemplo, diversas “presunciones” legales han sido extendidas a otros supuestos distintos a los expresa o gramaticalmente previstos por la norma en función de la finalidad en juego, tal es el caso de la presunción de concepción⁸²⁷ o la propia presunción de conmorienencia⁸²⁸. *Verbigracia*, respecto del Derecho argentino comenta Tobías que el Juez debe evaluar las circunstancias en que se produjo la desaparición para arribar a la determinación del momento de la misma a los fines de la capacidad para suceder, por ejemplo, a través del día del suceso o del último día en que se tuvo noticias⁸²⁹.

De allí que la regla, a nuestro criterio, seguiría siendo la misma. Así para pretender consecuencias se debe probar la premoriencia o la prioridad en la muerte, en el caso de la presunción de muerte se debe igualmente probar la prioridad en la desaparición a los fines pertinentes. Tal consideración es aplicable tanto respecto del régimen ordinario de la ausencia como de la presunción de muerte por accidente; lo importante será entonces, la prueba en la prioridad de la desaparición. De allí que resulte acertada la afirmación de Larenz en el

⁸²⁷ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: “El cálculo de la concepción”. En: *Revista de Derecho*. N° 24. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2007, pp. 93-94, tal disposición es aplicable a cualquier efecto legal que interese a los fines de la concepción, a pesar de estar ubicada dentro de las normas relativas a filiación.

⁸²⁸ Véase: Domínguez Guillén: **Inicio y extinción**..., pp. 236-239, tal norma es aplicable por analogía a otros supuestos en que se precise determinar la prioridad en las muertes de dos o más personas aunque no estén llamadas a sucederse recíprocamente. Se tiende a defender una concepción amplia y extensiva del ámbito de aplicación de la regla sobre conmorienencia y así aplica por ejemplo en materia de reversión o revocatoria de la donación por supervivencia o en materia de seguro de vida. Aplica igualmente si los sujetos no han muerto en el mismo acontecimiento.

⁸²⁹ Tobías: ob. cit., p. 76.

sentido de que “independientemente si alguien es declarado fallecido o de si es seguro su fallecimiento, rige... la llamada presunción de conmorienencia”⁸³⁰.

Lo importante será a nuestro juicio —a los fines de la procedencia de la presunción de conmorienencia— no la prioridad en la declaración de la “presunción de muerte” pues en tal caso el régimen especial de presunción de muerte por accidente dada su celeridad siempre tendría preferencia, sino la prueba del tiempo de la desaparición.

6.2. *Patrimonio del ausente*

En materia de Bienes y Derechos Reales (Derecho Civil II) dentro del tema relativo al “Patrimonio”, la doctrina ha referido el caso del patrimonio del ausente, como un posible supuesto de “patrimonio autónomo”⁸³¹. Se trata de aquellos casos, que, a decir de la doctrina, no tienen un titular en un momento determinado, aunque, aclara Egaña, que parece imposible que exista un patrimonio que no

⁸³⁰ Véase: Larenz: ob. cit., p. 119.

⁸³¹ Véase: Egaña, Manuel Simón: **Bienes y Derechos Reales**. Talleres Gráficos Escelicer S.A. Madrid, 1983, p. 26; Kummerow, Gert: **Bienes y Derechos Reales. Derecho Civil II**. 5ª, McGraw-Hill Interamericana. S/l, 2001, p. 25, el patrimonio autónomo es concebible en las hipótesis en que aún falta o es incierto el sujeto (caso de la herencia yacente, de los bienes del ausente, de los bienes destinados a una fundación por constituir, pero de la cual se establecen las bases particulares). El sujeto sobrevendrá y la ley organiza la conservación y administración del patrimonio hasta entonces; Aguilar Gorronzona, José Luis: **Derecho Civil II Cosas, Bienes y Derechos Reales**. 8ª, UCAB. Caracas, 2008, p. 470, conjunto de bienes y derechos respecto de quien falta el titular o permanece temporalmente desconocido (*nasciturus*, ausente, herencia yacente); La Roche, Alberto José: **Derecho Civil II**. Impresora Nacional S.A. Maracaibo, 1981, p. 91, se presenta cuando una masa singular de bienes pertenecientes a un mismo sujeto, se reservan a un destino exclusivo separado de cualquier otra finalidad, constituyendo una masa con existencia propia, ejemplo: el ausente; Biondi, Biondo: **Los Bienes**. Bosch. Barcelona, 2003, pp. 36-37, es posible que un derecho esté temporalmente sin sujeto, o sea, con sujeto actualmente indeterminado, pero considerado como existente al menos en el futuro (por ejemplo: herencia yacente, bienes del ausente), como es admisible que el derecho tenga como objeto cosa actualmente inexistente pero que se piensa que pueda existir. Por consiguiente, así como no se puede concebir un derecho sin la idea del sujeto, así no se puede concebir derecho sin objeto.

tenga titular porque en tal caso los derechos y relaciones no tendrían sujeto, y al menos en nuestro derecho no hay derechos y obligaciones sin titular⁸³². La situación del *nasciturus* o por nacer, a los efectos de admitir la posibilidad de patrimonio autónomo no puede asimilarse al ausente, porque la especial situación del primero, carente de personalidad jurídica hasta tanto tenga lugar el nacimiento con vida, permite admitir un tiempo en el que el sujeto temporalmente todavía no tiene subjetividad para el Derecho. Distinto es el caso del ausente.

En efecto, no debe afirmarse que el patrimonio del ausente constituya un caso de “patrimonio sin titular”, toda vez que, según hemos visto, el procedimiento al efecto pretende de parte de los herederos acceder a dicho patrimonio (bien sea a través de la posesión provisional o definitiva) mediante el procedimiento de ley; y al efecto, el patrimonio del ausente, según la etapa de que se trate pasará a los herederos en una forma análoga a la que acontece con el *de cuius*. Pero, en esencia, no se trata de un patrimonio sin titular, contrariamente viene a ser un titular claramente identificado pero de cuya existencia se duda, por lo que ha de seguirse el respectivo procedimiento judicial, para que dicho patrimonio siga una suerte semejante que en materia de sucesión *mortis causa*.

De allí que acertadamente, aclara Egaña, que esos casos en los que “aparentemente” no existe titular y se habla de patrimonio autónomo no son tales, porque el patrimonio está formado de deberes y derechos, y es imposible que éstos no tengan titular⁸³³. Lo que sucede es que en ocasiones es difícil identificar al titular del patrimonio o existe alguna circunstancia especial, como acontece en materia de declaración de ausencia o no presencia, en que continúa la existencia del patrimonio aunque la persona física no esté presente⁸³⁴.

Por su parte, otro sector de la doctrina ubica el caso del ausente dentro del “patrimonio separado”⁸³⁵, a saber, aquel que es una masa distinta del patrimonio

⁸³² Egaña: ob. cit., p. 25.

⁸³³ Ídem.

⁸³⁴ Ibíd., p. 26.

⁸³⁵ Aveledo Morasso, Luis Eduardo: **Las Cosas y el Derecho de las Cosas: Derecho Civil II**. Paredes Editores. Caracas, 2006, pp. 33-34; Rogel Vide: ob. cit., p. 148; Biondi: ob. cit., p. 188.

personal con un destino específico⁸³⁶. Un caso es el patrimonio del ausente, puede coexistir con el personal de éste en el lugar en que se pueda encontrar⁸³⁷. Al efecto, indica Avelado Morasso que el patrimonio del ausente constituye un caso de patrimonio separado pues “el patrimonio de una persona que está ausente, porque no se sabe dónde está y si existe. Por una necesidad práctica que establece el ordenamiento jurídico, éste dispone que el patrimonio de esta persona se le designe un representante legal para conservarlo (Código Civil artículo 419)”⁸³⁸.

Sin embargo, tal ubicación es igualmente susceptible de crítica, primeramente porque, como hemos reiterado, sólo en la primera fase del régimen ordinario de la ausencia (presunción de ausencia) se atiende a la conservación de los bienes del ausente, pues las fases subsiguientes tienden a regularizar la posesión de los bienes en sus causahabientes o sucesores. Por otra parte, si bien es cierto que el ausente podría tener bienes y deudas donde se encuentre y por tal un patrimonio, el patrimonio a considerar realmente a los fines de la posesión definitiva es el que responda al inventario realizado dentro del procedimiento de ausencia en atención a la última sede jurídica del ausente. Adicionalmente, el proceso de ausencia tiene lugar ante la evidente incertidumbre sobre la existencia, de saberse que el ausente se encuentra en otro lugar con una suerte de patrimonio adicional, desaparecería la incertidumbre y no podría hablarse de “ausencia”. De allí que a los efectos de que opere o prospere la ausencia, debe reinar la incertidumbre y la necesidad de un solo y definido patrimonio: el del ausente, respecto del cual pretenden acceder los herederos.

En todo caso, esta hipótesis de considerar el patrimonio del ausente como un patrimonio “separado” resulta, dentro de lo criticable, menos desacertada que la de calificarlo de patrimonio “autónomo”, porque, efectivamente, en el caso de la ausencia el patrimonio sí tiene “titular”, la titularidad del patrimonio

⁸³⁶ Véase: Egaña: ob. cit., p. 24, el patrimonio separado indica la existencia de una masa patrimonial perteneciente a un sujeto y distinta de su patrimonio general; Avelado Morasso: ob. cit., p. 33, constituyen casos en que ciertas masas de bienes o derechos pertenecientes a un sujeto tengan existencia propia.

⁸³⁷ Rogel Vide: ob. cit., p. 148.

⁸³⁸ Avelado Morasso: ob. cit., p. 33.

simplemente pasa en cierta fase a los herederos, no obstante la posibilidad de que el ausente regrese.

Finalmente, en el ámbito nacional, Blonval López ubica el caso del ausente mientras no se declare el fallecimiento, dentro de lo que denomina, siguiendo a De Castro, “patrimonio de destino o patrimonio de administración”, aquel que constituye un supuesto especial del patrimonio con titular interino que está al servicio de un fin, marcado por la temporalidad de la situación y que dejará de ser tal para integrar el patrimonio personal de alguien, durante cuya provisionalidad se encomendará a un administrador⁸³⁹. Tal posición, si bien tiene el mérito de la originalidad, no responde tampoco en su esencia a todas las características indicadas por el autor respecto de tal patrimonio, porque la existencia de un administrador sólo se aprecia en la primera fase del régimen ordinario de la ausencia (pero la “presunción de muerte por accidente” carece de dicha etapa); por lo que aludir a “patrimonio de administración” para referirse a una situación *sui generis* más complicada y permanente marcada por la posesión provisional y subsiguiente posesión definitiva, sin que se llegue a concretar propiamente un cambio radical de titular como acontece en la sucesión, hace dudar del planteamiento en cuestión.

6.3. *Derechos eventuales del ausente*⁸⁴⁰

Este aspecto era una cuestión que se debatía ya en el Derecho histórico, en caso de herencias que correspondían al ausente. Prevaleció la tesis según la cual era necesaria la prueba de la vida para reclamar un derecho a nombre del ausente. El Código Napoleón se refirió a estos derechos eventuales y desde él una redacción casi idéntica se observó en el Código Civil italiano de 1865⁸⁴¹.

⁸³⁹ Véase: Blonval López, Manuel: **Derecho Civil (Bienes)**. Ediciones del Rectorado, Universidad de Carabobo. Valencia, 1976, p. 16.

⁸⁴⁰ Véase: Aguilar Gorronzona: **Derecho Civil Personas...**, pp. 439-441; Graterón Garrido: ob. cit., pp. 377-378; Binstock: ob. cit., pp. 57-59; Ramírez: ob. cit., pp. 350-351; Serrano y Serrano: ob. cit., pp. 233-265.

⁸⁴¹ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 233. Véase ibíd., p. 239, refiere el autor que no hay nada de esto en el BGB ni en el Código Civil suizo donde el instituto de la ausencia tiene

En cuanto a los derechos eventuales⁸⁴² del ausente, el principio básico se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento en el artículo 441 del Código Civil: “No se admitirá la reclamación de ningún derecho en nombre de una persona cuya existencia se ignore, si no se prueba que dicha persona existía cuando el derecho tuvo nacimiento”⁸⁴³.

Indica Ramírez que la razón de tal norma es obvia pues mal puede transmitirse un derecho a quien no existe; la base de todo derecho es la personalidad y ésta termina con la muerte⁸⁴⁴. En consecuencia, los derechos adquiridos por el ausente antes de la ausencia pueden ser reclamados por quienes sean los sujetos llamados a la posesión (ya sea provisional o definitiva) de su patrimonio, pero contrariamente no cabe reclamar derechos posteriores a la ausencia en nombre del ausente. Pues los poseedores provisionales o definitivos lo que

normas diferentes. Hay que concluir que quizá deba su origen a una idea de mayor protección del patrimonio del ausente.

⁸⁴² Véase sobre qué son los derechos eventuales del ausente: Serrano y Serrano: ob. cit., pp. 234-235, estos derechos han de ser eventuales, tener la cualidad de inseguros, porque pueden o no venir a favorecer al ausente, o no en el tiempo de la declaración de la ausencia. Pero aunque tengan carácter de eventuales, no están comprendidos aquellos que se producen por la virtualidad propia de los elementos patrimoniales del ausente, algo así como las titularidades *ob rem*. Así no tendrá el carácter de eventual el derecho a suscribir nuevas acciones de una sociedad de las que ya se poseen por el ausente algunas; el derecho a reclamar la cancelación de un derecho real sometido a condición resolutoria e impuesto sobre bienes del ausente; el derecho que pueda conceder una nueva ley, como reducción de interés, redención de derechos reales, retracto, etc. Se observa así que tales derechos eventuales son poco más que las sucesiones, pero puede citarse la revocación de donaciones, el derecho de reversión, la reclamación de pensiones alimenticias, renta vitalicia, etc.

⁸⁴³ Véase: Graterón Garrido: ob. cit., p. 377, “el principio general que rige en esta materia es el de que quien reclama un derecho perteneciente a una persona cuya existencia no estuviere reconocida, es decir, a un ausente, sin importar cuál de los períodos legales la ausencia se encuentre, deberá probar que existía al tiempo en que era necesaria para su existencia para poder adquirir tales derechos”; Dominici: ob. cit., pp. 115-116.

⁸⁴⁴ Ramírez: ob. cit., p. 351. Agrega el autor el siguiente ejemplo: Antonio es heredero legítimo o testamentario de Pedro, quién está ausente; aquél para reclamar la herencia de Juan, padre de Pedro, necesita demostrar de modo fehaciente que éste vivía al tiempo en que se abrió la sucesión de Juan.

hacen es permitir a su favor una suerte de continuidad de los bienes y derechos del ausente. El artículo 442 del Código Civil regula el caso concreto de la sucesión en la cual se llame en todo o en parte al ausente:

Si se abriere una sucesión a la cual se llame en todo o en parte a una persona cuya existencia no conste, la sucesión pasará a los que con esa persona hubiesen tenido derecho a concurrir, o a aquellos a quienes correspondería dicha sucesión a falta suya, salvo el derecho de representación⁸⁴⁵. En este caso se procederá también a hacer inventario formal de los bienes.

Aquellos a quienes pasa la sucesión deben dar caución hipotecaria, prendaria o fideyusoria por la cantidad que fije el Tribunal. Esta caución se cancelará transcurridos trece años desde las últimas noticias del ausente, si no ha dejado mandatario para la administración de sus bienes, o diez y seis, en caso de que lo haya dejado, o antes, si se cumplieren los cien años del nacimiento del ausente.

Cuando no pueda darse la caución, el Tribunal tomará cualesquiera otras precauciones que juzgue convenientes en interés del ausente, teniendo en consideración la calidad de las personas, su grado de parentesco con el ausente y otras circunstancias.

Ramírez explica el artículo con el siguiente ejemplo: a la herencia son llamados por ejemplo, el ausente y sus hermanos; no habiendo prueba de que aquél existía al tiempo en que se abrió la sucesión, ésta pasa a los hermanos; si al ausente le han sobrevivido uno o varios hijos, éstos entran con los tíos por derecho de representación; y si no hay representantes, la herencia pasa a aquellos a quienes disponga el testamento o a quienes corresponda según la ley⁸⁴⁶.

Se afirma así que “las sucesiones abiertas a favor del ausente, recaerán exclusivamente en aquellas personas con las cuales aquel debía concurrir o a favor

⁸⁴⁵ Serrano y Serrano: ob. cit., pp. 244-245, no cabe duda que la porción del ausente acrecerá a los demás coherederos (cuando además, falten las personas con derecho a reclamarla).

⁸⁴⁶ Véase: Ramírez: ob. cit., p. 351.

de las que tenían derecho de heredar a falta del ausente”⁸⁴⁷. Normas semejantes a las anteriores se aprecian en el Derecho español, pues para conservar los derechos el ausente debe probar que existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo según el artículo 190 de la Ley española del 8 de septiembre de 1938⁸⁴⁸. Sin perjuicio de ello se agrega en el artículo 191 *eiusdem*⁸⁴⁹, que de abierta una sucesión en la que estuviere llamado el ausente, su parte acrecerá la de sus coherederos, en el supuesto que no haya persona con derecho propio para reclamar⁸⁵⁰. Se prevé igualmente en dicha legislación, la necesidad de los coherederos del ausente, en la herencia en que éste resulte llamado, de hacer inventario de la porción de bienes que hubiere correspondido al ausente⁸⁵¹.

7. Incidencia práctica. Consulta a los jueces

Indica acertadamente De Belaúnde, en torno al procedimiento bajo análisis, en el ordenamiento peruano, que el tema de los costos judiciales aparece como de mayor importancia en el *iter* de la ausencia, pues se trata de un procedimiento encarecido por costosos inventarios y publicaciones, en el esquema de una justicia civil no gratuita, lo que hace que el procedimiento se aborde después de un cuidadoso análisis de costo-beneficio⁸⁵². Ello igualmente es predicable respecto del caso venezolano, como todo proceso judicial, con la particularidad que los altos costos por la imperiosa publicidad que la ley exige podría frenar en la práctica el desarrollo natural del procedimiento según señalaron algunos Jueces consultados⁸⁵³.

⁸⁴⁷ Bonnecase: ob. cit., p. 138.

⁸⁴⁸ Que prevé: “Para reclamar un derecho en nombre de la persona constituida en ausencia, es preciso probar que esta persona existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo”.

⁸⁴⁹ Serrano y Serrano: ob. cit., p. 237.

⁸⁵⁰ Carrasco Perera: ob. cit., p. 146.

⁸⁵¹ Serrano y Serrano: ob. cit., pp. 235-236. Agrega que, además de la obligación de hacer inventario, se impone la de reservar dichos bienes, hasta la declaración de fallecimiento.

⁸⁵² De Belaúnde L. De R.: ob. cit., p. 69.

⁸⁵³ Véase en este sentido opinión de la Juez Angelina García, que ampliaremos *infra*.

Sin embargo, a diferencia de otros procedimientos que, a pesar de sus costos, pretenden exclusivamente el interés del afectado, la ausencia en su fase de declaración de ausencia y presunción de muerte, tiene por beneficiarios directos a los terceros o quienes fueran herederos y no al ausente. De allí que, dadas las importantes consecuencias pecuniarias en juego en perjuicio del ausente, es imperativo la necesidad del procedimiento judicial, no obstante los altos costos pecuniarios, incluyendo el pago de los honorarios de abogados⁸⁵⁴. Los interesados ciertamente en función del citado costo-beneficio —al que alude De Beleaúnde— considerarán la conveniencia de iniciar este proceso. Pues recordemos que ni es obligatorio ni es de orden público; el ausente bien podrá estar lejano a sus relaciones tradicionales, pero los interesados en su patrimonio querrán acceder a éste, previas formalidades de ley.

Inspirada en los interesantes datos que obtuvo De Beleaúnde en el Derecho peruano, al consultar la opinión de los Jueces de ese país, consideramos valioso realizar una actividad semejante respecto de nuestra investigación. En otros ordenamientos como el dominicano también se refiere la escasa incidencia de la ausencia⁸⁵⁵. La búsqueda en los respectivos libros índices o en el archivo, no se presentaba como una forma efectiva de lograr datos confiables sobre la incidencia, dada la escasez que suponíamos inicialmente, por lo que la coincidencia en las opiniones de los Juzgadores consultados permiten llegar a conclusiones aproximadas, a la vez que aprovechamos de indagar sobre las impresiones y experiencias de los administradores de Justicia sobre algunos aspectos de interés.

Nos preguntamos sobre la incidencia práctica del procedimiento de ausencia. Para tener una idea aproximada —entre otros aspectos del tema— de la frecuencia con

⁸⁵⁴ Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 28-10-2004, Exp. 20845, <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/101-28-20.845-.html>, “se declara con lugar derecho a cobrar honorarios de abogados por actuaciones en juicio de presunción de muerte, de conformidad con el artículo 22 de la Ley de Abogados, no obstante tratarse de materia relativa a personas y no susceptible de valorar en dinero”.

⁸⁵⁵ Véase: Guzmán, Alberto: **La teoría de la ausencia**, “Con la presente investigación hemos constatado el poco uso que tiene la Teoría de la Ausencia en nuestros tiempos y en nuestra sociedad”.

que es utilizado en el foro venezolano: acudimos a algunos de los Tribunales de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana de Caracas, para indagar la opinión de los respectivos Jueces en los años previos de elaboración de nuestro trabajo, aunque algunos de tales Juzgadores ya no ocupan tales cargos⁸⁵⁶. Posterior a la citada Resolución del Tribunal Supremo de Justicia de 2009 que atribuye a los Juzgados de Municipio competencia para asuntos no contenciosos, buscamos en éstos información sobre si habían

⁸⁵⁶ Entre los que cabe citar: Angelina García (Juzgado Duodécimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas hasta 2007; entrevista de fecha 04-08-2008); Humberto Angrisano (Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, entrevista de fecha 08-09-2008); Iván Harting Villegas (Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas hasta noviembre 2005, entrevista de fecha 19-09-2008); Carlos Spartalian Duarte (Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas hasta 2009, consultado en 2005); Aura Maribel Contreras de Moy (Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, entrevista de fecha 29-09-2008); María Rosa Martínez Catalán (Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, entrevista de fecha 29-10-2008); Gervis Alexis Torrealba (Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas hasta el 14-08-2008, entrevista de fecha 31-10-2008); Luis Rodolfo Herrera (Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, entrevista de fecha 04-11-2008); Iván Escalona Silva (Juez de Familia y luego en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área Metropolitana de Caracas desde 1977 hasta 1994 en paso al Juzgado Superior Séptimo en la misma materia y circunscripción, entrevista 18-09-2008); Carlos Ortiz Flores (Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes 2003-2007 y Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas desde junio de 2007. Entrevista electrónica fecha 03-05-2012); Ricardo Sperandio Zamora (Juez Séptimo de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, entrevista electrónica 01-06-2012); Juan Carlos Varela (Juez Tercero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, consulta telefónica 04-06-2012).

conocido de algunos casos de “presunción de muerte por accidente” que le correspondería conocer en principio dado el carácter no contencioso que les reconoce la doctrina a dicho procedimiento abreviado⁸⁵⁷, aunque algunos Jueces de Municipio se pronuncian a favor de su conocimiento inclusive del régimen ordinario, al menos en su primera fase no contenciosa (presunción de ausencia)⁸⁵⁸, o ante la ausencia sustancial —no formal— de oposición en la fase intermedia⁸⁵⁹. Se aprecia al buscar jurisprudencia por vía electrónica,

⁸⁵⁷ Véase en este sentido, considerando que a los Juzgados de Municipio les compete en principio el procedimiento especial de presunción de muerte por accidente (salvo que se presentare contención) los siguientes Jueces de Municipio del Área Metropolitana de Caracas: Zobeida Romero Zarzalejo (Juzgado Primero), Carmen Goncalves (Juzgado Tercero), Leticia Barrios Ruiz (Juzgado Cuarto) — consultados todos el 09-02-2012—; Juan Alberto Castro (Juzgado Decimoséptimo, consultado el 15-02-2012; Mauro Guerra (Juzgado Séptimo, consultado el 16-02-2012); Dayana Ortiz (Juzgado Decimocuarto, consulta 23-02-2012); Bartolo Díaz (Juzgado Octavo, consulta 07-03-2012); María Auxiliadora Gutiérrez (Juez Decimotercero, consulta 07-03-2012), Fabiola Terán (Juez Vigésimo Primero, consulta 07-03-2012); Anna Alejandra Morales (Juez Vigésimo, consulta 07-03-2012); Lorelis Sánchez (Juez Decimooctavo, consulta 07-03-2012); Yeczi Farías (Juez Quinto, consulta 08-03-2012); Irene Grisanti (Juez Vigésimo Tercero, consulta 08-03-2012). Véase también: opinión en este sentido de Ricardo Sperandio Zamora (Juez Séptimo de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, entrevista electrónica 01-06-2012); Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 04-05-2010, Exp. 11864, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/mayo/130-4-11864-8939.html>, se declara incompetente para conocer de presunción de muerte por accidente en razón de la citada Resolución N° 2009-0006.

⁸⁵⁸ Véase en este sentido: Edgar Figueira, Juez Decimosexto de Municipio (consultado el 16-02-2012), señala que si bien la distinción es válida, él conocería como Juez de Municipio de la primera fase de la ausencia en el régimen ordinario porque no tiene carácter contencioso y declinaría ante el Juez de Primera Instancia en la fase siguiente cuando existiera oposición (hace, sin embargo, la observación que algunos Juzgadores de primera instancia están declinando a municipio aun esa fase).

⁸⁵⁹ Véase en este sentido: Richard Rodríguez Blaise, titular del Juzgado Segundo, muestra sus dudas sobre la posibilidad de que el juzgador de Municipio pudiera conocer también del Juicio ordinario de ausencia mientras no presente oposición formal como acontece en otros procesos como la rectificación de partidas, toda vez que, en su opinión, la naturaleza del juicio ordinario de ausencia no está clara (entrevista electrónica

que algunos Jueces de Municipio declinan la competencia en la fase intermedia de “declaración de ausencia” del régimen ordinario a favor del Juez de Primera instancia⁸⁶⁰, la cual es aceptada por el Juez de Primera Instancia⁸⁶¹.

09-02-2012, véase *supra* N° 4.2.3.): “Con la entrada en vigencia de Resolución N° 2009-006 de fecha 18 de marzo de 2009, publicada en Gaceta Oficial N° 39.152 de fecha 2 de abril de 2009, en cuyo artículo 3 estableció que los Juzgados de Municipio conocerán de forma exclusiva y excluyente todos los asuntos de jurisdicción voluntaria o no contenciosa en materia civil, mercantil, familia sin que participen niños, niñas y adolescentes según las reglas ordinarias de la competencia por el territorio y en cualquier otro de semejante naturaleza, podemos deducir que quedaron sin efecto las competencias asignadas por textos normativos preconstitucionales. Si esto es así, entonces son los Juzgados de Municipio, y no los de Primera Instancia en lo Civil, los competentes para conocer de las solicitudes de ausencia, tanto en el régimen ordinario (en todas sus fases por el principio de unidad de la causa), como en el extraordinario de presunción de muerte por accidente”. En sentido semejante: Víctor Díaz (Juzgado Vigésimo Cuarto, consultado el 16-02-2012), quien no obstante compartir en principio la distinción entre el procedimiento ordinario de ausencia y de presunción de muerte por accidente, correspondiendo el primero en principio a la jurisdicción contenciosa y el segundo a la jurisdicción voluntaria y por tal siendo este último del conocimiento del Juez de Municipio, agrega que debe admitirse que la citada Resolución es sumamente amplia y su finalidad fue descongestionar la Jurisdicción de primera instancia a favor del acceso a la justicia; de allí que en casos donde la naturaleza del procedimiento, más que la forma permita su conocimiento a los Juzgadores de Municipio éstos bien podrían asumirlo, siendo ejemplos de ello el procedimiento ordinario de ausencia y el de incapacidad, obviamente declinando a favor del Juez de Primera Instancia ante cualquier incidente de oposición. Véase en sentido semejante: Nelson Gutiérrez (Juzgado Décimo, consultado 16-02-2012), refiere que la distinción doctrinaria luce en principio válida pero no ve óbice a conocer de un procedimiento ordinario de ausencia toda vez que la intervención del defensor en la fase intermedia esta generalmente limitada en la práctica a una contestación genérica por la imposibilidad de ubicar al ausente; Flor de María Briceño (Juez Vigésimo segunda, consulta 16-02-2012): la distinción es válida en principio pero bien pudiera el Juez de Municipio conocer del régimen ordinario no obstante su ubicación formal así como acontece en otros procesos en atención a su naturaleza real. Humberto Angrisano igualmente se pronuncia en general a favor del carácter no contencioso del procedimiento de ausencia.

⁸⁶⁰ Véase: Juzgado Décimo Segundo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 27-05-2011, Exp. AP31-V-2011-000625, citada *supra*: “el juicio de declaración de ausencia corresponde a la jurisdicción contenciosa”; Juzgado Séptimo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 12-01-2010, Exp. 1891, citada *supra*.

Finalmente, otros Jueces de Municipio consideran acertadamente que si bien es válida la citada diferencia doctrinal entre los procedimientos con base en la forma del Código Civil, resulta poco práctico y contrario a la inmediatez que el Juzgador de Municipio conociera únicamente de la primera fase del procedimiento ordinario de ausencia (presunción de ausencia) por no tener carácter contencioso y decline en la fase siguiente (declaración de ausencia) ante el nombramiento formal del defensor. En tal caso, el Juzgador debería fijar posición *ab initio* a fin de no dividir el conocimiento del asunto en dos jueces diferentes⁸⁶². Al efecto, se aprecian conflictos de competencia sobre la materia que atribuyen el conocimiento del régimen ordinario a favor del Juez de Municipio⁸⁶³.

Al efecto, la mayoría de los Jueces consultados nos comentó que el procedimiento de ausencia presenta una tímida incidencia práctica; esto es, no es tan frecuente como otros procesos, pero tampoco puede decirse que carece de relevancia o aplicación pues esporádicamente se presentan algunas solicitudes

⁸⁶¹ Véase: Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 11-04-2012, Exp. AP11-S-2012-000004, <http://yaracuy.tsj.gob.ve/decisiones/2012/abril/2125-11-AP11-S-2012-000004-.html>, "... vista la sentencia dictada por el Juzgado Décimo Sexto de Municipio... mediante la cual se declaró incompetente en razón de la materia y declinó la competencia en este Órgano Jurisdiccional... y en el caso de marras... <Se trata de un verdadero juicio contradictorio>, con fundamento Resolución N° 2009-0006... ya que el objeto de la demanda tiene relación con el estado de las personas, y en consecuencia no es apreciable en dinero de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, sino que emana de la evidente naturaleza civil del asunto que se pretende debatir, que habilita a este Tribunal en razón a su incuestionable competencia ordinaria en lo civil, como Órgano de Primera Instancia. Por las razones expuestas este Tribunal acepta la competencia para conocer este asunto y proseguirá la causa en el estado en que se encuentre".

⁸⁶² Véase en este sentido: José Emilio Cartaña, Juez Sexto de Municipio, consulta 16-02-2012.

⁸⁶³ Véase a propósito de un procedimiento ordinario de declaración de ausencia: Juzgado Sexto de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 16-11-2011, citada *supra*: "el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, declaró competente para conocer del presente procedimiento al Juzgado Sexto de los Municipios".

en este sentido⁸⁶⁴. Tuvimos oportunidad de consultar a un Juez del Estado Vargas y nos comenta que “en la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, con ocasión del conocido deslave del año 1999, que afectara numerosas localidades de la región costera en referencia, se percibió un incremento considerable de las solicitudes de presunción de muerte por accidente en los dos años posteriores al desastre natural, provocado indudablemente por las múltiples desapariciones de habitantes de la referida entidad político territorial. Salvo la circunstancia antes mencionada, se podía considerar como excepcional que los justiciables acudieran a la vía judicial en materia civil a los fines de iniciar un procedimiento de ausencia o de presunción de muerte”⁸⁶⁵. Agregó que con ocasión de dicho siniestro conoció dieciséis solicitudes y una por régimen ordinario⁸⁶⁶. Lo que permite ratificar que la figura cobra vigencia ante casos considerables de siniestro, manteniendo su carácter esporádico en el régimen ordinario.

⁸⁶⁴ Véase en este sentido: Angelina García, Humberto Angrisano, María Rosa Martínez, Luis Rodolfo Herrera (señala haber conocido tres casos ausencia en casi siete años), Gervis Alexis Torrealba (indica que en cinco años de Juez conoció una declaración de ausencia y dos presunciones de muerte por accidente); Iván Escalona (señala que en su experiencia pudiera decir que conocía aproximadamente de una solicitud al año). Iván Harting comentó que le parece muy escasa su incidencia práctica, solo recuerda haber conocido de dos procedimientos durante el tiempo que fue juez; Carlos Spartalían Duarte nos comentó informalmente en 2005 que solo recordaba dos o tres procedimientos de ausencia en su tiempo de Juez; Ricardo Sperandio Zamora comenta que en año y medio como Juez no ha conocido ningún procedimiento de ausencia, pero en su experiencia en el poder judicial en el año 2000 siendo Secretario recordó solo un caso “que se encontraba activo un juicio de ausencia y obviamente llamo poderosamente mi atención por lo poco común de este tipo de procedimientos”. Igualmente Juan Carlos Varela, sólo recuerda un caso de ausencia en doce años en el Poder Judicial. En el mismo sentido sobre su escasa incidencia se pronuncia Aura Contreras.

⁸⁶⁵ Véase: Juez Carlos Ortiz Flores.

⁸⁶⁶ Agrega: “Desde el año 1999 hasta el mes de abril de 2009, fecha en la cual los Juzgados de Primera Instancia pierden la competencia en materia de jurisdicción voluntaria con la publicación de la Resolución 2009-0006, se han presentado cero casos relativos a <declaración de ausencia> y dieciséis casos de <presunción de muerte>, quince de estos en relación directa con el deslave de 1999 y un sólo caso con causa distinta (accidente aéreo), disminuyendo los mismos de manera progresiva a medida que se alejaba la fecha del desastre que provocara su interposición, relacionándose de la siguiente manera: 2000 cinco casos; 2001: cuatro casos; 2003: dos casos”, y del 2004 al 2008: un caso por año.

Recientemente, buscamos la opinión de los jueces de Municipio del Área Metropolitana de Caracas (consultados en 2012), llamados a conocer del procedimiento de presunción de muerte por accidente, que no presenta carácter contencioso (en razón de la citada Resolución de 2009 dictada por el Máximo Tribunal); los cuales también reseñan una escasa⁸⁶⁷ o mínima incidencia del asunto⁸⁶⁸; la mayoría no ha tenido conocimiento de solicitudes en este sentido⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ Véase: Edgar Figueira, Juez Decimosexto de Municipio reseña que ha conocido sólo dos casos de presunción de muerte por accidente (consultado el 16-02-2012).

⁸⁶⁸ Véase en este sentido: Anabell González González, Juez Duodécimo de Municipio, señala que en los años que lleva de Juez (que son siete pues también fue suplente de primera instancia) sólo ha conocido de un caso, que tuvo que declinar al Juzgador de primera instancia por existir oposición de la concubina (entrevista electrónica de fecha 11-02-2012); José Emilio Cartaña, Juez Sexto de Municipio, consulta 16-02-2012, señala que en 25 años únicamente ha tenido conocimiento de un caso de presunción de muerte por accidente con ocasión de la vaguada de Vargas, cuando era Juez de Primera Instancia; César González reseña un solo caso (Juez Decimonoveno, consulta 07-03-2012); Anna Alejandra Morales (Juez Vigésimo, consulta 07-03-2012) cree recordar que sólo ha conocido de un caso de presunción de muerte. Vale indicar como ejemplo de su escasa incidencia: Richard Rodríguez Blaise (Juzgado Segundo) quien inicialmente en su entrevista electrónica de febrero de 2012 me indicó que no había conocido ningún caso de ausencia, en abril de 2012 me señaló el posterior recibo de una solicitud de ausencia.

⁸⁶⁹ Véase en este sentido los siguientes Jueces de Municipio del Área Metropolitana de Caracas: Zobeida Romero Zarzalejo (Juzgado Primero), Carmen Goncalves (Juzgado Tercero), Leticia Barrios Ruiz (Juzgado Cuarto) consultados todos el 09-02-2012; Juan Alberto Castro (Juzgado Vigésimoséptimo, consultado el 15-02-2012); Mauro Guerra (Juzgado Séptimo, consultado el 16-02-2012); Rayza Peña (Juzgado Undécimo, consultada 16-02-2012 señala no haber conocido nunca un caso en nueve años el Poder Judicial que incluye haber sido Juez de Primera Instancia); Víctor Díaz (Juzgado Vigésimo Cuarto, consultado el 16-02-2012); Nelson Gutiérrez (Juzgado Décimo, consultado 16-02-2012); Flor de María Briceño (Juez Vigésimo Segundo, consulta 16-02-2012); Dayana Ortiz (Juzgado Decimocuarto, consulta 23-02-2012); Bartolo Díaz (Juzgado Octavo, consulta 07-03-2012, señala no haber conocida ningún expediente como Juez de Municipio aunque recuerda de su experiencia como Secretario en Juzgado de Instancia apenas un solo expediente pero que no fue tramitado); María Auxiliadora Gutiérrez (Juez Decimotercero, consulta 07-03-2012); Renan González (Juez Decimoquinto, consulta 07-03-2012); Fabiola Terán (Juez Vigésimo Primero, consulta 07-03-2012); Lorelis Sánchez (Juez Decimooctavo, consulta 07-03-2012); Yeczi Farías (Juez Quinto, consulta 08-03-2012); Irene Grisanti (Juez Vigésimo

Corral Talciani, en su tesis doctoral, reseñaba igualmente una incidencia cuantitativamente baja del procedimiento en Chile⁸⁷⁰.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento correspondiente al régimen ordinario de la ausencia, algunos Juzgadores señalan que de las tres fases o etapas que componen el mismo (presunción de ausencia, ausencia declarada y presunción de muerte) los casos que generalmente se aprecian corresponden a la fase intermedia de la “declaración de ausencia”⁸⁷¹, lo que evidencia que a ésta se acercan los legitimados con miras a contar con una declaración que después de un tiempo les permita acceder en forma definitiva a los bienes del ausente. Al efecto, nos comenta Ortiz Flores, Juzgador del Estado Vargas: “La presunción de ausencia suele tener poca incidencia, siendo indudablemente la presunción de muerte por accidente, ya no como etapa del mismo procedimiento, sino como procedimiento autónomo, la que mayor incidencia presenta, pues como ya quedó establecido, constituye un procedimiento que no requiere las primeras dos etapas (presunción de ausencia y ausencia declarada) para constituirse y responde a hechos específicos, tales como: naufragio, incendios, terremotos, guerras, así como cualquier otro siniestro de similar naturaleza, de conformidad con lo establecido en el artículo 438 de nuestro Código Civil”⁸⁷². Lo anterior, amén de confirmar la mayor incidencia de la presunción de muerte por accidente, parece confirmar nuestra posición de que la primera fase del régimen ordinario no precisa ser declarada por auto expreso para acceder a las siguientes.

Curiosamente, una vez que se declara la ausencia, es decir, que se obtiene la sentencia de “ausencia declarada” la mayoría de los jueces no recuerda algún caso o expediente donde se haya constituido garantía a los fines de acceder

Tercero, consulta 08-03-2012). No pudimos acceder a preguntarle a la Juez del Juzgado Noveno, pero el Secretario del Tribunal Jonathan Guillén, nos refiere que no recuerda ningún procedimiento en este sentido, ni en dicho Juzgado de Municipio ni en sus 13 años en el Poder Judicial en general (consulta 07-03-2012).

⁸⁷⁰ Véase: Corral Talciani: **Desaparición**..., pp. 17-18, aunque “recurrente y constante”.

⁸⁷¹ Véase en este sentido: Angelina García, Humberto Angrisano, Aura Contreras, María Rosa Martínez, Iván Harting, Gervis Alexis Torrealba (indica que es consecuencia de su escasa incidencia), Iván Escalona.

⁸⁷² Véase: Juez Carlos Ortiz Flores.

a la posesión provisional de los bienes por parte de los herederos o interesados⁸⁷³. Lo que confirma lo indicado inmediatamente, es decir, los herederos o terceros que tienen derechos o bienes que dependen del ausente, acceden a la declaración de ausencia para contar con la sentencia que les permite transcurrido el lapso de ley, acceder a la posesión definitiva.

Entre otros datos de interés, también nos manifiestan los Jueces en su mayoría, que no han conocido de algún caso donde el ausente aparezca o regrese y por ello culmine el procedimiento⁸⁷⁴, y que las facultades del defensor judicial por la naturaleza del proceso están sumamente limitadas (aunque sea necesaria su intervención formal), pues aunque el régimen ordinario de la ausencia, siga por el juicio ordinario y sea calificado de “contencioso”, desde el punto de vista sustancial podría decirse que realmente no se presenta contención⁸⁷⁵.

⁸⁷³ Véase en este sentido: Angelina García, Humberto Angrisano, María Rosa Martínez, Gervis Alexis Torrealba, Luis Rodolfo Herrera. En sentido contrario Iván Harting dice recordar procedimiento de presunción de muerte por accidente (relativo a la caída de una avioneta) donde los herederos constituyeron garantía (sin embargo, no pudimos ubicar dicho expediente); Igualmente, manifiesta Iván Escalona recordar solo un caso de importante consideración económica donde los herederos sí constituyeron garantía. Por su parte, Aura Contreras recuerda un supuesto donde la esposa del ausente se colocó en posesión provisional de la pensión de éste, pero agrega que era un supuesto de escasos haberes en el ámbito patrimonial del presunto ausente. En forma interesante, comenta María Rosa Martínez que no ha tenido conocimiento de constitución de garantía en la fase de declaración de ausencia, pues curiosamente en un expediente en fase de presunción de muerte, se solicitaba cesara la constitución de garantías para acceder a la posesión definitiva, y era el caso que nunca se constituyó tal garantía por lo que mal podía ésta cesar; comenta acertadamente la Juez, que en todo caso para acceder a la posesión definitiva en esta última fase aunque ya no sea necesaria garantía si es lógicamente necesaria la realización de un inventario.

⁸⁷⁴ Véase en este sentido: Angelina García, Humberto Angrisano, María Rosa Martínez, Luis Rodolfo Herrera, Iván Harting, Iván Escalona, Aura Contreras (sin embargo, la Juez nos comenta que tuvo oportunidad de dictar sin lugar un procedimiento de ausencia —no obstante que el Superior lo revocó— porque el Consulado señaló que el indicado como ausente estuvo en contacto con dicho ente durante el tiempo que se indica la ausencia, y es elemental que tales oficios debe derivarse la absoluta desaparición del ausente, toda vez que se trata de una situación donde la información de tales entes resulta fundamental).

⁸⁷⁵ Véase en este sentido: Luis Rodolfo Herrera (nunca he conocido algún juicio de ausencia con alguna contención formal de parte del defensor); Angelina García señala

Precisamente, a propósito de la falta de “contención”, algunos consideran que, aunque la declaración de ausencia del régimen ordinario precisa la designación de defensor a los fines de la contestación, su intervención es netamente formal, pues las facultades del mismo están en la práctica muy limitadas, dada las particularidades del procedimiento en cuestión. Al efecto, nos comenta el Juez Carlos Ortiz que “Ambos procedimientos en la práctica carecen de contención, pues, si bien es cierto que el procedimiento de ausencia admite la designación de un defensor *ad litem*, y su posterior trámite por el juicio ordinario, por lo general, el defensor no presenta real o formal oposición, siendo no más que una formalidad en pro de garantizar el derecho a la defensa de quien se presume ausente”⁸⁷⁶. En el mismo sentido se pronuncia el Juez

que, en su opinión, aun cuando la doctrina distinga que el régimen ordinario es contencioso a diferencia del régimen de presunción de muerte por accidente, desde el punto de vista sustancial en la práctica no acontece contención en ninguno de los procedimientos. En sentido semejante: Iván Escalona comenta que, desde el punto de vista sustancial, ni siquiera el procedimiento ordinario de ausencia presenta mayor contención y es poco lo que el defensor pueda hacer; considera que la distinción teórica que se hace sobre que el procedimiento de muerte por accidente no es contencioso tiene su base en la naturaleza de las circunstancias porque en ocasiones como la del Estado Vargas el siniestro deriva de un hecho notorio que está exento de prueba. La Juez María Rosa Martínez comenta que la distinción doctrinaria entre el procedimiento contencioso que rige para el régimen ordinario de la ausencia, a diferencia del régimen especial de la presunción de muerte por accidente, tiene sentido por cuanto en este último la naturaleza del siniestro y las respectivas pruebas, hace incrementar el riesgo de muerte.

⁸⁷⁶ Agrega: “Por otra parte, mientras en el procedimiento de declaración de ausencia se entiende que el presunto ausente se encuentra en esta situación particular, pero no ha fallecido, el proceso de presunción de muerte por accidente propone precisamente la circunstancia, no sólo de la ausencia, sino de la eventual muerte de una persona por encontrarse en un acontecimiento de tales proporciones que le haya sido prácticamente imposible sobrevivir, lo cual explicaría tanto su ausencia como la improbabilidad de que pueda estar vivo. Es por este hecho, que en el caso de la presunción de muerte por accidente a diferencia del procedimiento de presunción de ausencia, donde no se tienen noticias del ausente pero no se presume su muerte, que no existe nombramiento de un defensor judicial para el desaparecido, pues prevalecen en este caso los intereses de sus eventuales herederos y el destino de su patrimonio con todas la implicaciones que ello genera. Aun así, y en razón de lo expuesto, estimo que ambos procedimientos, presunción de ausencia y presunción de muerte por accidente, en la práctica carecen de con-

de Municipio Nelson Gutiérrez⁸⁷⁷ y quien fuera Juez de Primera Instancia, Humberto Angrisano Silva. Sin embargo, acotamos en su momento que, a nuestro parecer, un procedimiento no deja de ser contencioso por la inactividad práctica del defensor, pues ésta suele acontecer en procedimientos contenciosos, como el juicio ordinario, hipoteca, etc., en los que tal auxiliar de justicia se limita a una contestación genérica dada la imposibilidad efectiva de contactar al demandado a los fines de acceder a argumentos que excedan los alegatos de derecho y a las pruebas correspondientes.

Señalan los Juzgadores que las pruebas que tienen lugar en el procedimiento de ausencia están dirigidas a acreditar la inexistencia de información sobre el ausente y de allí la necesidad en tal proceso de oficiar a entes u organismos que informen al efecto (Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería, Consejo Nacional Electoral, Consulado, Embajadas, Instituto Nacional de Aeronáutica Civil⁸⁷⁸ o Aerolíneas, etc.). Buena parte de los jueces nos comentan que de no promoverlo el actor, tales informes a organismos oficiales son requeridos de oficio⁸⁷⁹ con base en las facultades probatorias del Juez en la búsqueda de la verdad en algunos procesos de interés o como

tención real y efectiva, y en tal sentido, los procedimientos (presunción de muerte por accidente y ausencia) que me ha correspondido sustanciar y decidir, carecen de contención y en ningún caso se ha producido la desestimación del procedimiento por la presentación de pruebas conducentes a la existencia o muerte del ausente” (entrevista electrónica fecha 03-05-2012).

⁸⁷⁷ Juzgado Décimo de Municipio del Área Metropolitana de Caracas (consultado 16-02-2012), refiere la intervención del defensor en la fase de declaración de ausencia está generalmente limitada en la práctica a una contestación genérica por la imposibilidad de ubicar al ausente, no existiendo una oposición real o sustancial, lo cual hace dudar en su opinión del conocimiento de dicho procedimiento en forma exclusiva por parte del Juzgador de Primera Instancia.

⁸⁷⁸ Véase: Edgar Figueira, Juez Decimosexto de Municipio del Área Metropolitana de Caracas (consultado el 16-02-2012) señala que ante una presunción de muerte por accidente con acción de la caída de una avioneta en los Roques, ofició al Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC), para que diera cuenta de la salida o ruta y los tripulantes de la respectiva nave.

⁸⁷⁹ Véase en este sentido: Angelina García, Humberto Angrisano, Aura Contreras, María Rosa Martínez, Iván Harting, Iván Escalona (quien comenta que inclusive la República pudiera tener un interés eventual a largo plazo en caso de una herencia yacente).

director del proceso⁸⁸⁰. Lo que constituye una atenuación a la rigidez del principio dispositivo⁸⁸¹, pues de conformidad con el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil rige la prohibición de proceder de oficio después de iniciado el proceso, salvo las excepciones de ley entre las que se incluye el orden público y la expresa autorización legal, tales como los artículos 401 y 502 *eiusdem*⁸⁸².

⁸⁸⁰ Véase opinión del Juez Carlos Ortiz Flores: “Las anteriores consideraciones, no obstante la actividad procesal que puede desplegar el Jurisdicente, en este sentido, resulta congruente que ante la omisión del o los solicitantes de oficiar a los entes respectivos en pro de descartar la existencia de una situación distinta o diversa a la peticionada por el actor ante el órgano jurisdiccional, a saber, la presunción de ausencia, tal como sería que el presunto ausente se encontrase realmente fallecido o por el contrario, fuera del país y con paradero perfectamente determinado. Bajo estas circunstancias, estaríamos ante un obvio incumplimiento de los supuestos de procedencia del procedimiento de presunción de ausencia, siendo entonces competente al director del proceso para obtener de oficio, tal información, participando de tal inquietud al Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería o al Consejo Nacional Electoral, los cuales son capaces de remitir la información pertinente, facilitando así al Juez la verificación de los requisitos de la solicitud o impidiendo la declaración favorable cuando la misma sea a todas luces improcedente. Así pues, tal actividad oficiosa, en criterio de este juzgador, no vulnera los derechos del o los peticionantes”. Véase también en general: Converset: **Poderes del juez en el proceso civil**, “el juez, como órgano del Estado, cuenta con suficientes poderes jurisdiccionales de orden público y se halla autorizado para realizar de oficio una amplia averiguación de la verdad del proceso en miras a un interés superior de justicia, sin atender si suple o no la inactividad voluntaria o involuntaria de las partes... La iniciativa del órgano jurisdiccional en cuanto medio de salvaguarda de los intereses privados, tratando de dictar una sentencia más acorde con la realidad, no tiene por qué desvirtuar la naturaleza privada de esos intereses... La actividad probatoria del juez en cuanto tiende a la búsqueda de la verdad obedece a un imperativo de orden constitucional, como es el debido proceso”.

⁸⁸¹ Véase: opinión de Salvador Yannuzzi: No obstante que las partes son las dueñas del proceso según la concepción liberal, el Código de Procedimiento Civil otorga importantes facultades al Juez de intervenir en el proceso (artículos 12, 14, 17, 401, 451, 472 y 514): “El Juez tiene iniciativas probatorias que puede usar, incrementadas en las Leyes de orden social... debe decidir de acuerdo a lo alegado y probado, pero puede el Juez aportar elementos de prueba, siempre con sujeción al principio de legalidad y regularidad de la prueba. No obstante, que entre las iniciativas probatorias del Juez no se encuentra la posibilidad de oficiar a entes en solicitud de información, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha opinado que ello puede hacerse

De allí que algunos incluyen la prueba de informes en el procedimiento de ausencia dentro de las facultades oficiosas del Juez, no obstante tratarse de un procedimiento de interés privado⁸⁸³. Precisamente, dado el carácter de orden privado del proceso en cuestión con proyección fundamentalmente patrimonial, aunque se discuta la existencia de la persona, es lo que hace algunos dudar de las facultades probatorias oficiosas del Juzgador en el proceso que nos ocupa que no reviste objetivamente trascendencia social⁸⁸⁴. Sin embargo, en la práctica, el Juzgador suele solicitar información inclusive de oficio a tales entes, a lo que habría de observarse, que si bien es discutible, tampoco se presenta como impropio, pues se tiene la idea que la incertidumbre sobre la existencia de la persona constituye asunto de interés general, por lo que lo importante será que tales pruebas se hagan en el marco legislativo y temporal que dispone el Código adjetivo. Posiblemente, la distinción técnica para denotar el carácter de orden privado del procedimiento, es que del mismo no se desprende la inexistencia o muerte del sujeto, sino que ante la imposibilidad de acreditar la misma, los terceros acceden a consecuencias patrimoniales parecidas a la muerte. Tal enfoque posiblemente incentivaría a que el Juzgador oficiara a los entes que los “interesados” requieran, pues en esencia

con fundamento a lo dispuesto en el artículo 514 N° 2 del Código de Procedimiento Civil, y señala que por perseguir dicha iniciativa el aporte documental, con la prueba de informes se logra ese objetivo, razón por la que el Juez podría requerir oficiosamente la información”.

⁸⁸² Véase: Mejía Arnal: ob. cit., pp. 202-206.

⁸⁸³ Véase en tal sentido opinión de Richard Rodríguez Blaise: “considero que está dentro de las facultades oficiosas del juzgador requerir del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería, el Consejo Nacional Electoral y cualquier otro ente u organismo competente, información acerca del movimiento migratorio o *status* de la persona de cuya ausencia se trate”.

⁸⁸⁴ Véase: Opinión de Salvador Yannuzzi, quien después de explicar la posición o corriente que justifica la intervención oficiosa probatoria del Juez, y refiere la normativa que justifica tal actuación, según se indicó *supra*, comenta a propósito del proceso que nos ocupa: “Personalmente, no comparto la tesis de referencia, ya que si bien al Juez se le conceden facultades o iniciativas probatorias, éstas en el procedimiento civil son taxativas, y al no estar contemplado se estaría violentado el principio de legalidad y regularidad de la prueba. Sin embargo, convengo en que los procedimientos de corte social (Derecho de la niñez y adolescencia, trabajo y agrario) el Juez tiene mayor amplitud y no habría limitación alguna”.

están coadyuvando a que éstos accedan a su interés patrimonial, situación que generalmente no acontece en un juicio de partición hereditaria, que tiene un fin semejante.

La parte actora o solicitante suele incorporar testimoniales, que acreditan la desaparición del individuo o que indican que éste se encontraba en el lugar del siniestro; pero suelen ser declaraciones confiables que, unidas a las informaciones suministradas por los entes indicados, hacen presumir al Juez la efectiva ausencia del individuo⁸⁸⁵.

Algunos jueces también nos informaron que se presenta cierta confusión en algunas decisiones judiciales que no logran distinguir claramente entre el régimen ordinario de la ausencia y el régimen especial o abreviado de la presunción de muerte por accidente que solo tiene lugar en casos específicos de siniestros⁸⁸⁶.

Los jueces Carlos Ortiz Flores y Richard Rodríguez Blaise comparten el criterio que hemos sostenido relativo a que la ausencia no constituye un procedimiento de orden público, sino de interés privado para los interesados, con un efecto netamente patrimonial. Y por tal, no se ubica dentro de los procedimientos que precisa la intervención del Fiscal del Ministerio Público⁸⁸⁷.

⁸⁸⁵ Véase: Iván Escalona.

⁸⁸⁶ Véase en este sentido: Humberto Angrisano, quien nos comenta que le tocó revisar un expediente donde se había impropriamente seguido el procedimiento por el régimen ordinario de ausencia, siendo que lo procedente era “presunción de muerte por accidente” pues la desaparición tuvo lugar a raíz de la caída de una avioneta.

⁸⁸⁷ Véase en este sentido opinión del Juez Richard Rodríguez Blaise: “en estos asuntos no está interesado el orden público; tampoco debe intervenir el Ministerio Público ni puede iniciarse de oficio. Estimo que sí opera la perención ordinaria por el transcurso de un año, sin el debido impulso de los interesados; y en cuanto al desistimiento del procedimiento, también estimo que resulta procedente, solo que si estamos en la segunda fase del procedimiento de presunción de ausencia ordinaria, una vez designado el defensor, caso que no comparezca el citado, se requerirá el consentimiento de aquél para reputar válido ese acto unilateral de desistimiento, incluso el consentimiento de cualquier otro interesado que haya podido intervenir, pues ya no se atiende tanto a la protección de un patrimonio en beneficio de su titular, sino <el interés de los herederos o sujetos cuyos derechos u obligaciones dependen de la existencia del ausente>”.

Así mismo, según nos refirió quien fuera Juez de Primera Instancia, Angelina García que suele entrar el procedimiento bajo análisis en una suerte de letargo o latencia, al llegar el momento de publicación de carteles que impone la ley, pues los solicitantes en ocasiones tardan en cumplir dicho trámite, posiblemente en atención al costo económico de tal publicación⁸⁸⁸. Lo que coincide con la citada opinión de De Belaunde (que indicamos anteriormente). Los familiares suelen ver el procedimiento bajo estudio como un complicado y largo trámite necesario para acceder a los bienes del ausente⁸⁸⁹. De allí que recientemente en otros países se considere una suerte de agilización de los trámites para acceder a la institución⁸⁹⁰. El Juez Víctor Díaz comenta que se hace imperativo la necesidad de simplificar el acceso a la justicia, a través de procedimientos más sencillos y accesibles, lo cual es perfectamente aplicable a la ausencia, por lo que al margen de los posibles cambios que podrían plantearse respecto de tales procesos, constituiría un punto a favor de tal celeridad el conocimiento de los mismos por los juzgados de municipio, y no solo en el caso de siniestro⁸⁹¹.

En sentido semejante se pronuncia el Juez Carlos Ortiz Flores: “Por lo que es un concepto tan amplio que engloba las nociones de seguridad, orden en sentido estricto, tranquilidad y sanidad pública, en consecuencia podría en un primer momento concluirse que la solicitud de ausencia, siendo inherente al estado y capacidad de las personas, resulta ser, por tanto, de orden público, siendo las normas que la regulan de estricta observancia y no relajables por los particulares. Sin embargo, la finalidad última del procedimiento de presunción de ausencia no es otra que la protección de los intereses patrimoniales del ausente y de aquellos que conforman su esfera jurídica, siendo el interés con el cual se da inicio al procedimiento *in comento* del ámbito privado de los solicitantes, familiares o acreedores del ausente, cuyos derechos dependen de su muerte. En razón de lo anterior, es claro que la presunción de ausencia no es de orden público, razón por la cual el Ministerio Público no puede iniciarlo de oficio. Finalmente, el dictamen del Juez en tan peculiar materia está orientado a regular los intereses privados derivados del patrimonio del ausente. Por lo que el fin último de la ausencia no es otra que la de proveer un sujeto o cuidador determinado al patrimonio de éste”.

⁸⁸⁸ Véase en este sentido: Angelina García.

⁸⁸⁹ Véase en este sentido: Iván Harting.

⁸⁹⁰ Véase con relación a México: García, Eduardo: **Reformas agilizarán acceder a derechos de presunción de muerte**, 24-2-2012, <http://www.durangoaldia.com/reformas-agilizaran-acceder-a-derechos-de-presuncion-de-muerte/2012/02/>.

⁸⁹¹ Señala que la atribución de los asuntos no contenciosos a los Tribunales de Municipio respondió a la necesidad de facilitar el acceso a la Justicia, pero por ello se atrevería a asumir

Quien fuera Juez por varios años, Iván Escalona Silva, señala que, en su opinión, la situación jurídica en el régimen ordinario de la ausencia es extremadamente pesada para los llamados a ser herederos, quienes tienen que ver transcurrir diez años a partir de la declaración de ausencia para acceder a la partición o disposición definitiva, pues la posesión provisional precisaría de la constitución de garantías (debería en un futuro mediante una reforma permitirse la disposición de bienes según los años transcurridos dentro de tan largo período). De allí que, en su opinión, podría pensarse de *lege ferenda* en la flexibilización o reducción del lapso⁸⁹² y de las formalidades para acceder a la presunción de muerte, en el régimen de la ausencia ordinaria, pues, la situación actual pone a cargo de los herederos una pesada carga de tiempo y de formalidades para acceder a la partición. Otros jueces, como Aura Contreras, considera que la flexibilización del procedimiento debería apuntar a la exigencia o constitución de las garantías, pues generalmente se acude al presente procedimiento cuando existe de por medio un interés económico de parte de los actores (herederos), pero en ocasiones el haber hereditario no es considerable o se precisa del proceso simplemente para acceder a una pensión, y los interesados o herederos de escasos recursos tiene sobre sí un juicio costoso agravado por el requisito de la constitución de la garantía. Sin embargo, es de recordar que, en caso de imposibilidad de constituir garantía, el Juez podría acordar la posesión bajo el cumplimiento de otras medidas de control o protección. Pero, al parecer, tales opciones no son muy utilizadas en la práctica forense y tampoco las partes insisten en tal posibilidad distinta a la caución. Por su parte, la juez Flor de María Briceño se pronuncia por la flexibilización del proceso, mas no por la reducción de los lapsos, pues las consecuencias patrimoniales son graves en la fase final y en pro de la seguridad se justifica que medie un tiempo sustancialmente largo a fin de llegar a la plena disposición de los bienes del ausente.

Comentan los jueces que al no ser la ausencia un procedimiento trajinado, pero sí utilizado eventualmente (especialmente en caso de siniestro), cierta-

un procedimiento ordinario de ausencia que no presente contención sustancial al margen de su forma contenciosa, a fines de hacer más accesible tal proceso al justiciable.

⁸⁹² Véase en el mismo sentido, considerando excesivo el lapso de diez años en el régimen ordinario, pudiendo simplificarse de *lege ferenda* a cinco o seis años: Dayana Ortiz.

mente resultaría útil un estudio procesal detallado que le permita al Juzgador acceder desde el punto de vista académico a los detalles procedimentales de mismo. Existen otros procesos que, al margen de su conocimiento teórico, su frecuencia obliga al Juzgador a su manejo⁸⁹³.

Por su parte, el juez Richard Rodríguez Blaise considera que la multiplicidad derivada de los procedimientos especiales contraría la esencia de la verdad sustancial sobre la formal, por lo que no comparte el carácter especialísimo del procedimiento⁸⁹⁴.

Nos comentaba el juez Luis Rodolfo Herrera a propósito de la incidencia del procedimiento de ausencia que pareciera importante investigar el número y contenido de los casos que se deben haber presentado en los Tribunales del Estado Vargas. Esto por cuanto si bien la figura presenta en principio escasa incidencia práctica, en los últimos años la tragedia de Vargas constituyó sin lugar a dudas un siniestro en el que desaparecieron un número importante de personas, lo que ciertamente se refleja en la búsqueda electrónica de las decisiones asociadas a la materia. Sin embargo, es de acotar que los Tribunales competentes al respecto no serían necesariamente los del Estado Vargas, sino los de la jurisdicción correspondiente al domicilio del desaparecido o del

⁸⁹³ Véase en este sentido: Angelina García, comenta que ciertamente el presente proceso no precisa notificación al fiscal del Ministerio Público, pero que la especialidad de la materia puede generar confusión en algunos jueces que no tengan claramente definida los casos en que debe notificarse a dicho funcionario. En el mismo sentido: Iván Harting.

⁸⁹⁴ Añade: “Desde el punto de vista procesal, considero que el problema que se presenta en estos asuntos de declaración de ausencia, tanto en el ordinario como en el abreviado en caso de accidente, es que lamentablemente en Venezuela la tendencia legislativa está orientada a establecer multiplicidad de procedimientos, en materias análogas, en vez de uniformar y establecer a lo sumo uno o dos procedimientos, regidos por los principios de oralidad e intermediación como postulados constitucionales. En tal sentido, resulta sorprendente que jueces, abogados litigantes, consumidores de justicia, justiciables, etc. tengamos que aprendernos y someternos a una gran cantidad de procesos civiles, que en definitiva conducen en mucho de los casos a una justicia formal, más que material. Bien pudiera establecerse que en estos asuntos de ausencia, se tramiten por el procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto en el Código de Procedimiento Civil”.

ausente o presunto muerto (lo cual se evidencia de algunas decisiones judiciales que se citan a lo largo del presente estudio). De allí la dificultad práctica de realizar una búsqueda a nivel nacional de la incidencia de tal evento, aun cuando de alguna manera la frecuencia de las decisiones electrónicas constituye ciertamente un importante indicativo de la trascendencia que tal siniestro significó en el ámbito jurídico-social de Venezuela. Dicho siniestro constituye a nuestro parecer prueba indudable de que el instituto de la ausencia puede tornarse particularmente importante en la realidad práctica. La tímida incidencia del instituto puede revertirse en supuestos de presunción de muerte por accidente como hemos tenido ocasión de referir a lo largo de nuestras líneas.

Si bien nuestro estudio se circunscribió al procedimiento de ausencia para mayores de edad, regulado sustancialmente por el Código Civil, vale indicar que, en materia de niños y adolescentes, los profesionales consultados asociados al área, igualmente nos informaron sobre la escasa incidencia práctica del procedimiento⁸⁹⁵. Dado el carácter especialísimo del procedimiento de ausencia (que incluye la necesaria publicidad), tanto en su régimen ordinario como especial (presunción de muerte por accidente); pareciera que en materia de niños y adolescentes sigue encontrando aplicación fundamentalmente el procedimiento previsto en el Código Civil, no obstante los procedimientos previstos en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (a saber: el procedimiento ordinario de corte contencioso⁸⁹⁶ artículos 450 y ss.

⁸⁹⁵ Véase en este sentido: Romy Renata Rodríguez (Juzgado Unipersonal N° 1 de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, con sede en Puerto Cabello). En sentido semejante: Tomas Enrique Guite Andrade, Fiscal Nonagésimo Tercero del Ministerio Público del Área Metropolitana de Caracas con competencia para actuar en el Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Civil e instituciones familiares. Profesor “asistente” de Derecho Civil I Personas y Especialista en Derecho Procesal, Universidad Central de Venezuela; Violeta Vásquez Ortega, quien fuera Fiscal en materia de Niños, Niños y Adolescentes, profesora de Derecho Civil I Personas Universidad Central de Venezuela.

⁸⁹⁶ Véase: Tribunal de Primera Instancia de Juicio de Niños, Niñas y Adolescentes, de la Circunscripción Judicial del Estado Apure, Sent. 25-01-2012, Exp. CP21-J-2010-000221, citada *supra*.

y de jurisdicción voluntaria artículos 511 y ss.), en razón de falta de indicación expresa de la materia de la ausencia en el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y dada la remisión supletoria que hace dicha Ley en su artículo 452⁸⁹⁷. Se precian decisiones judiciales en este sentido⁸⁹⁸.

Con base en la información que amablemente nos suministraron los jueces entrevistados, pudimos constatar algunas de las ideas que efectivamente teníamos inicialmente respecto del procedimiento bajo estudio, a saber, su tímida pero importante incidencia práctica, la mayor frecuencia del procedimiento de presunción de muerte por accidente, la escasa constitución (a nivel práctico) de garantías un vez declarada la ausencia o la presunción de muerte por accidente y la importancia de desarrollar un estudio minucioso de una institución procesal un tanto descuidada o poco manejada en el foro jurídico.

Conclusiones

Una vez que hemos analizado el procedimiento de ausencia a la luz de la ley, la doctrina, la jurisprudencia y las opiniones de algunos administradores de justicia, valdría la pena referir en términos generales ciertas “consideraciones finales”:

La ausencia constituye una situación excepcional que se presenta ante la incertidumbre sobre la existencia del ser humano. En razón de la imposibilidad

⁸⁹⁷ Que dispone: “El procedimiento ordinario al que se refiere este Capítulo se observará para tramitar todas las materias contempladas en el artículo 177 de esta Ley, salvo las excepciones previstas expresamente en esta Ley. Se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil en cuanto no se opongan a las aquí previstas”.

⁸⁹⁸ Véase: Tribunal Segundo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación. Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 14-07-2011, Exp. 01217, citada *supra*: “se ordenó aperturar el Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria de conformidad con lo establecido en el artículo 511 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. De conformidad con el artículo 438 del Código Civil, se ordenó la publicación de un Edicto en un Diario de amplia circulación a nivel Nacional”.

de la prueba de la muerte, el Legislador ha provisto un procedimiento que tiende —según la fase y el régimen de que se trate— a satisfacer las necesidades patrimoniales del ausente y mayormente de quienes fueran sus herederos u otros interesados.

Nuestro Derecho consagra dos procedimientos distintos según la modalidad de la desaparición del ausente. El régimen ordinario se conforma de tres fases y el régimen especial o presunción de muerte por accidente que constituye un procedimiento abreviado en caso de siniestro que solo consta de dos fases y presenta una abreviación sustancial de los lapsos. En este último se excluye la primera etapa que existe en el régimen ordinario (presunción de ausencia) y que tiende mayormente a la protección de los bienes e intereses del presunto ausente. Pero tal fin no es la esencia de la ausencia pues a ésta acceden los interesados en su propio beneficio.

Si se excluye la etapa de la presunción de ausencia que tiene lugar en el régimen ordinario básicamente a favor del presunto ausente, las demás fases tienden a la satisfacción de los intereses patrimoniales de los sujetos cuyos derechos y obligaciones dependen del ausente. De allí que sea discutible que se trate de un procedimiento “en interés” del ausente (a diferencia del procedimiento de incapacitación).

La doctrina distingue respecto de la naturaleza del procedimiento que el régimen ordinario, específicamente en su fase intermedia (declaración de ausencia), tiene naturaleza contenciosa, a diferencia del régimen especial de presunción de muerte por accidente que responde a la jurisdicción voluntaria. Tema que presenta interés práctico dada la Resolución del Tribunal Supremo de Justicia de 2009 que atribuye a los Juzgados de Municipio el conocimiento de los asuntos de jurisdicción voluntaria.

El procedimiento de ausencia tiene lugar únicamente en casos de incertidumbre sobre la existencia de la persona natural; cuando se tenga prueba de su muerte aunque el cuerpo no aparezca se precisa declaración judicial. Ello pues no obstante la derogatoria del artículo 479 del Código Civil por parte de

la Ley Orgánica de Registro Civil tal consecuencia subsiste por principio general y remisión del subsistente artículo 486 del Código Civil.

En el ordenamiento jurídico venezolano la ausencia no se asimila a la muerte la cual presente carácter irreversible, porque, aun en su fase procedimental final, deja subsistente la posibilidad de que el ausente regrese.

El procedimiento de ausencia no interesa al orden público, pues, a excepción de la fase de presunción de ausencia que tiende generalmente a proteger los intereses pecuniarios del ausente, las etapas subsiguientes están orientadas fundamentalmente por la satisfacción de los intereses de aquellos sujetos cuyos derechos dependen de la existencia del ausente; son éstos los encargados de impulsar dicho procedimiento en función de su propio interés. De allí que este procedimiento no precisa de notificación al fiscal del Ministerio Público (pues no cabe dentro de los supuestos del artículo 131 del Código de Procedimiento Civil), y admite el desistimiento y la perención. Por ello, la debida “publicidad” de Ley, a pesar de su costo económico, es imperativa para los interesados a los fines de la continuación del procedimiento.

No obstante lo anterior, los Juzgadores suelen ordenar de oficio si no media petición de parte, la respectiva prueba de informes a los entes oficiales (Consejo Nacional Electoral, Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería, Consulados, etc.) a los fines de que notifique sobre la existencia, movimientos migratorio o último domicilio del presunto ausente. Vimos sin embargo, que es discutible esta participación oficiosa del Juzgador —según reseña el principio dispositivo— por no tratarse de un procedimiento de orden público y concebido en función del acceso de terceros a los bienes del ausente.

Consideramos que en el juicio o régimen ordinario de ausencia, no es estrictamente necesaria la previa declaración expresa o sentencia de “presunción de ausencia” para acceder a la fase o etapa de “declaración de ausencia”; lo importante es acreditarle al Juzgador el cumplimiento de los supuestos de ley. Bien pudo no haber sido necesaria la designación de un administrador de los bienes del presunto ausente. De hecho, la pretendida imposición de tal fase,

amén de no estar expresamente consagrada en la ley, se presenta como una especie de formalidad inútil dadas las necesarias garantías en el largo período que impone el ordenamiento en la fase de declaración de ausencia.

Una vez declarada la ausencia, para que los interesados puedan acceder a la posesión provisional de los bienes del ausente precisan en principio constituir garantía. Decimos “en principio” pues, según referimos, el Código Civil artículo 426 prevé que si no se pudiere prestar caución podrán considerarse otras precauciones que estime convenientes. Es de resaltar que esta última posibilidad es enteramente positiva, porque permitiría a los interesados acceder a la posesión provisional, en caso de imposibilidad de constituir garantía justificadamente bajo las medidas que considere el Juzgador. Sin embargo, como indicamos en la práctica y según nos indicaron los Juzgadores consultados y se evidencia de la búsqueda electrónica, son ínfimos los casos donde se plantea la constitución de garantía. La presente posibilidad debería ser más difundida a objeto de suavizar la larga espera al acceso definitivo de los interesados a la posesión (diez años en el régimen ordinario y tres en el especial). Tal posibilidad debe flexibilizarse y difundirse, y bajo ningún concepto eliminarse.

En el régimen ordinario de la ausencia, el tiempo para acceder a la última fase de presunción de muerte son diez años a partir de la etapa anterior de declaración de ausencia (salvo que el ausente tenga más de cien años); se trata de un tiempo excesivamente largo, considerando que los interesados han tenido que asumir el costo procesal y económico que supone el procedimiento, amén que en buena parte de los casos no se constituye garantía. Valdría la pena plantearse de *lege ferenda* una ligera reducción de dicho lapso, al menos a seis años que sería el doble del tiempo relativo al régimen especial de la presunción de muerte por accidente (que son tres años). O reducir éste a dos y el ordinario a cinco o seis; es decir, simplemente seguir la orientación legislativa de las últimas reformas, en razón de que la celeridad de las comunicaciones hacen pensar que la misma situación jurídica se hace latente en menos tiempo. Sin perderse de vista la necesidad de mantener un tiempo prudencial a los efectos de la posesión definitiva. En el régimen especial de presunción de muerte por accidente, el lapso de una fase a otra es de tres años en la actualidad, lo que se presenta como un lapso razonable en caso de siniestro.

Los trámites esenciales que caracterizan el proceso (publicidad, posibilidad de contención, etc.) deben preservarse, pues la ausencia constituye una situación enteramente excepcional. Que los terceros accedan al patrimonio de un sujeto cuya muerte no esté comprobada debe ser percibido con cautela. El hecho factible de su retorno tiene que cargar de las debidas garantías al procedimiento bajo análisis, porque lo contrario sería fuente de conflictos e inseguridad. El procedimiento de ausencia debe perfilarse como la única opción procesal que tienen los terceros para acceder al patrimonio de una persona cuya existencia es dudosa; el largo y pesado camino procesal que ello implica tal vez luce tedioso pero es estrictamente necesario porque mal se podría configurar una suerte de sucesión (pues recordemos que propiamente no opera en el instituto bajo análisis) o partición definitiva sin que previamente tuvieran lugar las correspondientes formalidades esenciales.

El estudio detallado del procedimiento de ausencia es fundamental porque su escasa incidencia práctica puede ser fuente de inconvenientes procesales o repeticiones inútiles (por ejemplo, por pretender una notificación al Ministerio Público que no es pertinente) que harían mucho más pesado el *iter* procesal que deben asumir quienes se vean obligados a recurrir al presente procedimiento.

Es fundamental que de *lege ferenda*, se introduzca la consagración expresa de la “ausencia declarada” como causal de divorcio. Esto porque nuestro ordenamiento no prevé la suerte del matrimonio del ausente inclusive en su fase final, lo que lleva a concluir que sigue vigente, y la norma del artículo 122 del Código Civil que sólo señala que no puede impugnarse el nuevo matrimonio mientras dure la ausencia no resuelve en modo alguno la situación del cónyuge del ausente. Si bien pensamos que en la actualidad la situación es subsumible en la causal de “abandono voluntario”, sería recomendable una consagración expresa para evitar interpretaciones radicales de la doctrina.

Consideramos recomendable promover el estudio de la institución de la ausencia entre abogados y juzgadores, marcando las diferencias sustanciales entre el régimen ordinario y el de presunción de muerte por accidente, las pruebas de rigor, los efectos y requisitos, a fin de que se eviten impropiedades procedimentales

derivadas de la falta de incidencia práctica del instituto. Pretender justificar el escaso dominio del tema dada su poca frecuencia en el foro curiosamente conlleva a incurrir en impropiedades cuando este interesante instituto encuentra aplicación práctica. Insistimos, pues, que es imperativo delimitar entre no presencia, régimen ordinario de ausencia y presunción de muerte por accidente. Su estudio y distinción debe difundirse al margen de su vigencia práctica; el conocimiento efectivo de las instituciones no puede depender de su frecuencia, aunque ésta incentive la idea de su importancia. Casos de “ausencia” ciertamente existen, las abundantes referencias jurisprudenciales contenidas a lo largo del presente de estudio dan fe de ello.