

LOS SUJETOS DE DERECHO¹

Sumario

I.- NOCIONES GENERALES

1.- La personalidad

2.- Clasificación de las personas

II.- LAS PERSONAS NATURALES

1.- Definición legal

2.- Principio de la existencia de las personas naturales

2.1. Existencia natural

2.2. Existencia legal

3.- Fin de la existencia de las personas naturales

3.1. Acreditación de la muerte

3.2. Los comurientes

3.3. Efectos jurídicos de la muerte

4.- La muerte presunta

4.1. Concepto

4.2. Objeto

4.3. Condiciones para que tenga lugar la muerte presunta

4.4. Periodos de la muerte presunta

4.5. Quienes pueden pedir la declaración de muerte presunta

4.6. Juez competente

4.7. Formalidades que deben cumplirse para obtener la declaración de muerte presunta

4.8. Fijación del día presuntivo de la muerte

4.9. Períodos que establece la ley tratándose de la muerte presunta

4.9.1. Período de mera ausencia

4.9.2. Período de posesión provisoria

4.9.3. Período de posesión definitiva

I.- NOCIONES GENERALES.

1.- La personalidad.

Los derechos y obligaciones deben tener como fundamento o base una persona. Para los principios jurídicos clásicos, desde el derecho romano, “toda ley se ha establecido por causa de las personas”. Persona, por tanto, desde un punto de vista jurídico, es todo ser capaz de tener derechos y obligaciones.

El vocablo persona proviene del teatro griego antiguo, donde los actores cubrían sus rostros con una máscara, cuyos rasgos correspondían al papel que desempeñaban.

¹ Fecha de última modificación: 17 de febrero de 2021.

Los romanos distinguían entre hombre y persona. La última denominación correspondía al hombre libre, mientras que los esclavos eran hombres pero no personas.

Desde el punto de vista jurídico, persona y hombre continúan siendo conceptos sustancialmente diferentes. La palabra hombre da cuenta de una realidad biológica. El concepto de persona da cuenta de una abstracción jurídica que expresa solamente el centro de convergencia de un conjunto de derechos y obligaciones (Lyon Puelma, *Teoría de la Personalidad*).

En este contexto, cabe recordar que entre nosotros, la personalidad podía perderse por la muerte civil (Decía el antiguo art. 95º del CC., que “Termina también la personalidad, relativamente a los derechos de propiedad, por la muerte civil, que es la profesión solemne, efectuada conforme a las leyes, en instituto monástico, reconocido por la Iglesia Católica”).

En nuestros días, todo individuo de la especie humana, por el solo hecho de serlo, es persona, no siendo necesario que esté dotado de plena voluntad y conciencia. Por tanto, los niños y dementes, no obstante carecer de voluntad consciente, poseen personalidad, es decir, aptitud para tener derechos y obligaciones. Pero esto es así no por la naturaleza del hombre, sino porque el derecho así lo dispone. Además, no es el hombre el único que puede estar dotado de personalidad, como se demuestra con la noción de las personas jurídicas.

2.- Clasificación de las personas.

Los hombres no son los únicos sujetos de derecho. La ley eleva también a la categoría de personas a colectividades de individuos o conjuntos de bienes organizados para alcanzar ciertos fines. Son las personas jurídicas o morales. Se originan cuando un fin social, destinado a satisfacer necesidades más o menos permanentes, no puede alcanzarse por un individuo. Se hace necesario entonces el concurso de diversas personas, que forman entes de cierta complejidad, ya sea reuniéndose solamente individuos o destinando un patrimonio para conseguir el fin social perseguido. A estos entes se les reconoce una individualidad distinta de las personas que los integran.

II.- LAS PERSONAS NATURALES.

1.- Definición legal.

Está contenida en el art. 55º del CC. Con la frase “todo individuo de la especie humana”, la ley abarca a todo hijo de mujer; con la expresión “estirpe”, se hace referencia a la raíz y tronco de una familia o linaje (por linaje entendemos la ascendencia o descendencia de cualquier familia).

La definición del CC. debemos relacionarla con los arts. 1º (“Las personas nacen libres e iguales en dignidad”) y 19 N° 2 (“En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”) de la Constitución Política.

2.- Principio de la existencia de las personas naturales.

Debemos distinguir entre existencia natural y existencia legal.

2.1. Existencia natural.

Comienza con la concepción y se extiende hasta el nacimiento, momento que marca el comienzo de la existencia legal (art. 74º).

La ley toma en cuenta la existencia natural con el propósito de proteger la vida y los derechos del que está por nacer.

- Protección de la vida del que está por nacer.

Se encuentra protegido a nivel constitucional y legal.

En la Constitución Política de la República, al disponer su art. 19, N° 1, inc, 2º: “La ley protege la vida del que está por nacer”.

En cumplimiento del mandato de la Carta Fundamental, establece el Código Civil: art. 75º. El juez está en la obligación de adoptar, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las medidas que parezcan necesarias para proteger la existencia del no nacido, cuando se crea que peligra. En ese entendido, deberá postergarse todo castigo que la ley imponga a la madre, que pudiere poner en peligro la vida o la salud de la criatura que lleva en su vientre.

En el campo penal, los arts. 342 a 345 del CP tipifican el delito de aborto, en el título de “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”. Nótese que el delito no está contemplado entre los “Crímenes y simples delitos contra las personas” (arts. 390 y ss. del CP), lo que sirve de argumento para quienes sostienen que la personalidad comienza con el nacimiento, es decir con la existencia legal.

Otra protección, encontramos en el artículo 195 del Código del Trabajo, que consagra el período de descanso prenatal y post natal.

A su vez, el artículo 2 inc. 3, de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, dispone que la madre podrá solicitar alimentos para el hijo que está por nacer.

- Protección de los derechos del que está por nacer: art. 77. Para determinar la suerte final de estos derechos, debemos distinguir:

- Si se verifica el nacimiento: entra el recién nacido en el goce de los derechos, como si hubiere existido al tiempo en que se defirieron (en que fueron concedidos). En el mismo sentido, el art. 962º. A su vez, los arts. 485 y siguientes establecen normas relativas a los derechos eventuales del que está por nacer, cuando se nombra un curador, a falta de padre o madre.

- La criatura muere en el vientre materno o perece antes de estar completamente separada de su madre o no sobrevive a la separación un momento siquiera: pasan los derechos a otras personas, como si la criatura jamás hubiese existido.

Se discute en la doctrina acerca de la naturaleza de los derechos concedidos a la criatura que está por nacer. Alessandri y Claro Solar estiman que se trata de derechos sujetos a condición suspensiva. La condición consistirá en que la criatura nazca con vida. Galecio habla de derechos eventuales, mientras que Somarriva se refiere a un derecho especial. Finalmente, hay quienes sostienen que se trata de la vinculación de un bien a un titular futuro, sin que quepa considerar a la criatura como sujeto de derechos subjetivos, encontrándose

éstos, mientras la criatura no nace, sin pertenecer o sin estar vinculados a nadie (Clemente de Diego y Lyon Puelma).

- La concepción: establece el art. 76 una presunción de derecho para determinar la época (más bien la fecha) de la concepción, dado que ésta no es un hecho ostensible, que pueda probarse categóricamente, como sí acontece con la maternidad. El plazo se cuenta hacia atrás, desde la medianoche en que principia el día del nacimiento (o sea, desde las 0 horas del día respectivo). Normalmente, el nacimiento se produce entre los 270 y 285 días posteriores a la concepción, y por ello la ley pone como plazo máximo 300 días. También presume la ley el tiempo mínimo de gestación en 180 días. Se ha criticado sin embargo la presunción citada, porque la experiencia médica demuestra que hay casos de gestación de más de 300 y de menos de 180 días.

La regla del art. 76º tiene gran importancia. Desde ya, es necesario estar concebido para que los derechos eventuales del que está por nacer permanezcan en suspenso hasta el nacimiento (salvo que se trate de una asignación hecha en favor de persona que no existe pero se espera que exista, conforme al inc. 3º del art. 962, caso en el cual no hay duda de que se trata de una asignación condicional). El art. 210 del Código Civil, por su parte, dispone, en el párrafo de las acciones de reclamación de la filiación, que el concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido presumirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad. A su vez, el artículo 184 establece presunciones de paternidad, las que son simplemente legales, admiten prueba en contrario.

2.2. Existencia legal.

Comienza con el nacimiento. Con tal hecho, se inicia la existencia legal del sujeto. Para ello, el nacimiento debe reunir tres condiciones:

1º Que el niño se separe de su madre: es decir, que el feto se desprenda del claustro materno, sea naturalmente, sea artificialmente, por medios quirúrgicos.

2º Que la separación sea completa: sobre el particular, en la doctrina se han sustentado dos tesis.

- Para algunos, ningún vínculo físico debe haber entre madre e hijo, es decir, debe haber una efectiva separación material, lo que ocurrirá cuando se corte el cordón umbilical.

- Otros, piensan que la ley ha querido decir que la criatura salga completamente del seno materno, sin importar si el cordón umbilical está o no cortado, pues dicho cordón no significa propiamente unión de los dos cuerpos, dado que se trata de un anexo que no pertenece al cuerpo de la madre ni del hijo. Se agrega que si la existencia quedara supeditada a una operación exógena como es el corte del cordón umbilical, el nacimiento no sería un acto natural y se podría decidir a voluntad el principio de la existencia legal de la criatura.

3º Que la criatura haya sobrevivido a la separación un momento siquiera: como señala un autor, basta un destello de vida. La criatura que muere en el vientre materno o antes de estar completamente separada de su madre, o que no sobrevive a la separación un momento siquiera, se reputa no haber existido jamás (art. 74, inc. 2º).

Determinar si una criatura ha vivido o no puede tener gran importancia, en lo que se refiere a la sucesión por causa de muerte. La supervivencia del hijo puede probarse por los medios ordinarios de prueba, como el testimonio de los médicos, matronas, etc. Pero si no hubo manifestaciones externas evidentes de vida, como el llanto, habrá que recurrir a procedimientos médico-legales, dirigidos fundamentalmente a comprobar si la criatura alcanzó a respirar. El más usado es la docimasia pulmonar hidrostática (verificar si los pulmones flotan).

Nuestro CC. no plantea ninguna exigencia posterior al nacimiento, para conceder la personalidad. La duración de la vida le es indiferente, en cuanto al reconocimiento de la personalidad se refiere. Con ello, se recepciona la llamada doctrina de la vitalidad. Otras legislaciones, en cambio, acogen la doctrina de la viabilidad, que exige a la criatura aptitud para continuar viviendo por un determinado lapso. En tal sentido, el antiguo art. 30 del Código Civil español establecía: “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno”. Hoy, el Código Civil español consagra también la doctrina de la vitalidad, el disponer su actual artículo 30 (según texto fijado por la Ley Nº 20/2011 de 21 de julio de 2011): “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. Se critica la doctrina de la viabilidad, por cuanto es enteramente arbitrario e injustificado designar cierto plazo. La tendencia moderna se inclina por la doctrina de la vitalidad.

3.- Fin de la existencia de las personas naturales.

3.1. Acreditación de la muerte.

“La persona termina en la muerte natural” (art. 78). La muerte natural, desde un punto de vista jurídico, puede ser real, comprobadamente judicialmente o presunta.

Dado que la muerte es un hecho jurídico de la naturaleza de gran trascendencia jurídica, la ley ha tomado diversas medidas tendientes a acreditar, en todo momento, la efectividad de la muerte. Tales normas se encuentran en el Código Sanitario, en el Reglamento del Registro Civil y en el CC. Entre estas medidas, certificación del médico que asistió al difunto o prueba testimonial en su defecto (art. 141 del Código Sanitario: “Prohíbese inscribir en el Registro Civil las defunciones e inhumaciones de cadáveres si no se justifican previamente las causas del fallecimiento mediante un certificado del médico que lo asistió en la última enfermedad. A falta de éste, corresponderá extender dicho certificado al Servicio Nacional de Salud en las condiciones que determine el reglamento”; Art. 142 del mismo Código: “A falta de certificación médica establecida en el artículo anterior, la verificación del fallecimiento se establecerá mediante la declaración de dos o más testigos, rendida ante el Oficial del Registro Civil o ante cualquiera autoridad judicial del lugar en que haya ocurrido la muerte. Esta declaración deberá ser hecha de preferencia por las personas que hubieren estado presentes en los momentos antes del deceso, de todo lo cual se dejará expresa constancia”), inscripción del deceso en el Libro de Defunciones del Registro Civil (art 143 del Código Sanitario: “Los fallecimientos deberán ser inscritos en el Registro Civil de

acuerdo con la clasificación internacional de las causas de muerte”), prohibición de sepultar el cadáver sin previa autorización del oficial del Registro Civil de la comuna en que haya ocurrido la defunción, etc.

Sobre el particular, cabe destacar que por la Ley N° 20.577, publicada en el Diario Oficial de fecha 8 de febrero de 2012, se incorporaron tres artículos en el Título II del Libro I, que corresponden al párrafo 4º, “De la comprobación judicial de la muerte”. Por la misma ley, se modificaron los artículos 44 y 45 de la Ley sobre Registro Civil, relativos a la inscripción de las defunciones. Estos preceptos parten de la base de que existe **certeza** acerca de la muerte de una persona, aunque su cadáver no haya sido habido o identificado. No corresponden por tanto a la institución de la muerte presunta, regulada en el párrafo 3º del Título II. Las reglas son las siguientes:

- Toda vez que la desaparición de una persona se hubiere producido en circunstancias tales que la muerte pueda ser tenida como cierta, aún cuando su cadáver no fuere hallado o no fuere posible identificarlo, el juez del último domicilio que el difunto haya tenido en Chile, a solicitud de cualquiera que tenga interés en ello, podrá tener por comprobada su muerte para efectos civiles y disponer la inscripción de la resolución correspondiente en el Servicio de Registro Civil e Identificación (art. 95 del Código Civil y art. 44, inciso 1º, de la Ley sobre Registro Civil).
- La resolución que tenga por comprobada la muerte del desaparecido, se publicará en el Diario Oficial, en extracto, dentro del plazo de 60 días, contado desde que aquella estuviere firme y ejecutoriada. El extracto debe contener, al menos, los antecedentes indispensables para la identificación del fallecido y la fecha de muerte que el juez haya fijado (art. 96 del Código Civil).
- El Registro Civil procederá a practicar la respectiva inscripción del fallecimiento, con el mérito de la sentencia, sin que en este caso deba adjuntarse un certificado expedido por un médico (arts. 44 y 45 de la Ley sobre Registro Civil).
- La resolución podrá dejarse sin efecto, cumpliendo con las mismas formalidades de publicidad previstas en el art. 96.

3.2. Los comurientes.

Puede ocurrir que dos o más personas llamadas a sucederse recíprocamente o una a la otra, mueran en un mismo acontecimiento sin que se sepa cual falleció primero. Se habla en tal caso de “comurientes”, regulado por el art. 79. Este precepto establece una presunción simplemente legal: se procederá como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras. Por ende, no habrá entre ellas sucesión por causa de muerte (art. 958).

La presunción del art. 79 es simplemente legal: puede destruirse por tanto, demostrando por cualquier medio de prueba que una de las personas falleció antes o después que la otra.

3.1. Efectos jurídicos de la muerte.

a) La sucesión de una persona se abre al momento de su muerte (art. 955). En ese momento, se conceden las asignaciones hereditarias o testamentarias, salvo que fueren condicionales (art. 956). Sólo pueden suceder los que existan en el

momento en que se abre la sucesión, excepto los que ya están concebidos o aquellos que no existen pero se espera que existan (arts. 77 y 962).

b) Se disuelve el matrimonio (art. 42 de la Ley de Matrimonio Civil) o el contrato de acuerdo de unión civil (art. 26 de la Ley N° 20.830).

c) Se extinguen los derechos que no pueden transmitirse (alimentos, usufructo, uso o habitación, etc.).

d) Terminan algunos contratos: por ejemplo, mandato (siempre si muere el mandatario, por regla general si muere el mandante); comodato (si muere el comodatario); sociedad de personas, etc.

e) En el ámbito de la formación del consentimiento, la oferta caduca por la muerte del oferente.

f) Se emancipan los hijos por la muerte del padre o madre que estuviere ejerciendo la patria potestad, salvo si corresponde al otro de los padres ejercer la patria potestad, y por la muerte del último, si la ejerce (art. 270 N° 1).

g) Término del albaceazgo (art. 1279).

h) Extinción de ciertas acciones civiles del ámbito del derecho de familia: acción de nulidad de matrimonio (art. 47 de la Ley de Matrimonio Civil, por regla general, sólo podrá intentarse si viven ambos cónyuges, salvo ciertos casos excepcionales contemplados en el art. 46 de la citada ley); acción de divorcio (art. 56 de la misma ley).

4.- La muerte presunta.

4.1. Concepto.

Es la declarada por el juez, en conformidad a las reglas legales, respecto de un individuo que ha desaparecido y de quien se ignora si vive o no.

El juez, partiendo de ciertos antecedentes, presume la muerte de una persona. Por ello, el Código la trata bajo el título “De la presunción de muerte por desaparecimiento”, en los arts. 80 al 94.

La presunción es de carácter simplemente legal, y se basa en dos circunstancias conocidas:

- a) La ausencia o desaparecimiento de un individuo por largo tiempo de su domicilio;
- b) La carencia de noticias de éste.

4.2.- Objeto.

El objeto de la muerte presunta es resguardar diversos intereses. La ley considera:

- a) El interés de la persona que ha desaparecido;
- b) El interés de los terceros, principalmente de aquellos que tengan derechos eventuales en la sucesión del desaparecido; y
- c) El interés general de la sociedad de que no haya bienes y derechos abandonados, lo que atenta contra el principio de la libre circulación de la riqueza.

El principal objeto de la declaración de muerte presunta es definir la suerte de los bienes que constituían el patrimonio dejado por el desaparecido o de aquellos bienes que pudieran corresponderle en las sucesiones abiertas durante su ausencia.

4.3. Condiciones para que tenga lugar la muerte presunta.

Del art. 80 y siguientes, se desprende que para que tenga lugar la muerte presunta, deben concurrir cuatro requisitos:

- a) Que sea declarada por sentencia judicial;
- b) Que la declaración se haga de conformidad al procedimiento contemplado en el Código Civil;
- c) Que el individuo haya desaparecido, esto es, que se haya ausentado de su domicilio; y
- d) Que no se tenga noticias de su existencia.-

4.4. Períodos de la muerte presunta.

Distinguimos tres períodos:

- a) El de la mera ausencia, al fin del cual se pide la declaración de muerte presunta;
- b) El de posesión provisoria de los bienes del desaparecido; y
- c) El de posesión definitiva de los mismos bienes.-

4.5. Quienes pueden pedir la declaración de muerte presunta.

Puede ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ella (art. 81 N° 3); y es tal, toda persona que tiene un interés pecuniario subordinado a la muerte del desaparecido (por ejemplo, los herederos presuntivos, el nudo propietario de bienes que el desaparecido tenía en usufructo, el fideicomisario a quien por la muerte del desaparecido ha de deferirse el fideicomiso, los legatarios, etc.).

No pueden pedirla los acreedores del ausente, porque su interés pecuniario no está subordinado a la muerte del desaparecido. En efecto, si los acreedores quieren hacer valer sus créditos, les basta con dirigirse a los apoderados del ausente o si no los tenía, provocar el nombramiento de un curador, contra el cual se dirigirá la demanda (arts. 473 y ss.)

4.6. Juez competente.

La muerte presunta debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile (art. 81 N° 1 del Código Civil y art. 151 del COT.)

Si el desaparecido hubiere tenido dos o más domicilios, no habrá inconveniente para que cualquier juez de uno u otro domicilio, declare la muerte presunta.

Si el desaparecido no hubiere tenido domicilio en Chile, nuestros jueces son incompetentes para declarar la muerte presunta.

4.7. Formalidades que deben cumplirse para obtener la declaración de muerte presunta.

- a) Los interesados deben justificar previamente que se ignora el paradero del desaparecido y que se han hecho las diligencias posibles para averiguar tal paradero: art. 81 N° 1. Lo anterior puede probarse por medio de información de testigos, sin perjuicio que el juez, de oficio o a petición de cualquier persona interesada o del defensor de ausentes, pueda decretar las medidas que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos (art. 81 N° 4).
- b) Citación del desaparecido: deberá hacerse hasta por tres veces, en el Diario Oficial, corriendo más de 2 meses entre cada dos citaciones; por ende, cuatro meses corren a lo menos entre la primera y tercera citación (art. 81 N° 2).
- c) Intervención del defensor de ausentes (art. 81 N° 4).
- d) Inserción de la sentencia en el Diario Oficial (art. 81 N° 5).
- e) Transcurso de cierto plazo mínimo desde la última citación: deben haber transcurrido tres meses al menos desde la última citación (art. 81 N° 3).
- f) Transcurso de cierto plazo mínimo desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron del desaparecido: deben haber transcurrido a lo menos 5 años, desde la fecha de las últimas noticias del desaparecido (art. 81 N° 1).

Se ha discutido en la doctrina acerca del momento desde el cual se cuenta el plazo de 5 años: si desde que fueron enviadas las últimas noticias (Claro Solar) o desde la fecha en que estas se recibieron (Somarriva).

No es necesario que las últimas noticias del desaparecido provengan directamente de éste (“...que se tuvieron...”, art. 81 N° 1).

El indicado plazo de 5 años debe haber transcurrido cuando llega el momento de la declaración de muerte presunta y no cuando se inicia el trámite (si así fuere, deberían transcurrir 5 años 7 meses al menos, para declarar la muerte presunta; sin embargo, se requieren sólo 5 años).

4.8. Fijación del día presuntivo de la muerte.

Conforme al art. 81 N° 6, el juez fijará como día presuntivo de la muerte, por regla general, el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias (vale decir, si las últimas noticias se tuvieron el 15 de junio de 2000, el día presuntivo de muerte será el 15 de junio de 2002, día que no podrá fijarse sino por una resolución dictada después del 15 de junio de 2005).

La regla anterior es arbitraria e imperativa para el juez, quien no está facultado para fijar otra fecha, lo que responde a un principio general en orden a restringir los plazos judiciales, que según Bello, abren campo a la arbitrariedad. Por eso, el legislador estimó preferible indicarle cual ha de ser el día presuntivo de muerte.

Excepcionalmente, en tres casos, el día presuntivo de muerte se fija en otra fecha:

- a) Día presuntivo de la muerte de una persona que recibió una herida grave en la guerra o le sobrevino otro peligro semejante: será el de la acción de guerra o peligro y si no es posible determinar tal día, el juez adoptará un término medio entre el comienzo y fin de la acción bélica o de peligro (art. 81 N° 7).
- b) Día presuntivo de la muerte de una persona que se encontraba en una nave o aeronave reputada perdida: se fijará conforme a la regla anterior (art. 81 N° 8).
- c) Día presuntivo de muerte en caso de sismo o catástrofe: será el del sismo, catástrofe o fenómeno natural (art. 81 N° 9).

Las sentencias ejecutoriadas que declaren la muerte presunta deben inscribirse en el Libro de Defunciones del Registro Civil, en la comuna correspondiente al tribunal que hizo la declaración (art. 5 N° 5 Ley de Registro Civil).

4.9. Períodos que establece la ley tratándose de la muerte presunta.

4.9.1. Período de mera ausencia (art. 83).

a) Extensión.

El período de mera ausencia, al término del cual se declara la muerte presunta, comienza con la fecha de las últimas noticias del desaparecido y dura hasta el día en que se decreta la posesión provisoria o definitiva de sus bienes (a los 5 años, por regla general, y excepcionalmente después de 6 o de 3 meses, según los casos).

b) Finalidad esencial.

En este primer período, predominando las posibilidades de vida y de regreso del desaparecido, las medidas adoptadas tienden exclusivamente a preservar sus derechos y su patrimonio, garantizándole su integridad. Entre los derechos de los presuntos herederos y el interés del ausente, prevalece el último.

c) Personas que administran los bienes del desaparecido.

Según el art. 83, durante el período de mera ausencia deben cuidar los intereses del desaparecido sus apoderados o representantes legales.

Si el ausente no hubiere dejado representante legal o mandatario general, o el mandato hubiere terminado, procede el nombramiento de curador de bienes, de acuerdo a los arts. 473 a 491.

d) Término del período de mera ausencia: expira:

1º Por el decreto de posesión provisoria;

2º Por el decreto de posesión definitiva, cuando el anterior no tiene cabida;

3º Cuando el ausente reaparece; y

4º Cuando existe certeza acerca de la fecha de la muerte real del desaparecido.-

En los dos últimos casos, no sólo termina el período de mera ausencia, sino todo el proceso de la muerte presunta, pues se desvirtúa la presunción en que se basaba. Si el ausente reaparece, recobra la administración de sus bienes; y si se logra probar la fecha exacta de la muerte real, corresponde aplicar las reglas de ésta y no las reglas de la muerte presunta.

4.9.2. Período de posesión provisoria.

a) Extensión.

Comienza el período con el decreto del juez que concede la posesión provisoria y termina con el decreto que otorga la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

b) Finalidad esencial.

En este período, no prevaleciendo la posibilidad del regreso del ausente y contrapesándose ésta con la probabilidad de la muerte, la ley busca conciliar los derechos del desaparecido con los de aquellos a quienes pasarían los bienes del ausente, si hubiera realmente fallecido.

c) Fecha en que se dicta el decreto de posesión provisoria: transcurridos 5 años desde la fecha de las últimas noticias del desaparecido, el juez concederá la posesión provisoria de sus bienes (art. 81 N° 6).

d) Quienes pueden solicitar el decreto de posesión provisoria.

Sólo pueden hacerlo los herederos presuntivos del desaparecido, entendiéndose por tales los testamentarios o legítimos (alusión a los legitimarios, o con mayor propiedad, a los asignatarios forzosos) que lo eran a la fecha de la muerte presunta (arts. 84 y 85).

Herederos testamentarios son los instituidos en el testamento otorgado por el desaparecido; herederos legítimos o abintestato, los establecidos por la ley.

Si no se presentan herederos, el juez, a instancia de cualquier interesado o de oficio, declarará yacente la herencia y le nombrará curador (art. 1240).

La ley sólo concede la posesión provisoria de los bienes a los herederos, no a los legatarios. Estos, al igual que los nudos propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido y, en general, todos aquellos que tengan derechos subordinados a la muerte del desaparecido, no podrán hacerlos valer sino después de decretada la posesión definitiva (art. 91).

e) Patrimonio cuya posesión provisoria se confiere a los herederos presuntivos.

Comprenderá la totalidad de los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta (art. 85, inc. 2°).

En cuanto a la naturaleza del derecho de los herederos presuntivos, algunos estiman que estaríamos ante un caso de usufructo legal (art. 89). Con todo, otros han señalado que los poseedores provisorios no tendrían un usufructo, sino la propiedad sujeta a condición resolutoria (que consistiría en que el desaparecido reaparezca o se establezca su muerte efectiva).

f) Efectos del decreto de posesión provisoria:

1° Se disuelve la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales, si los hubiere con el desaparecido (arts. 84, 1764 N° 2 y 1792-27 N° 2).

El régimen patrimonial del matrimonio debe entenderse disuelto el día fijado por el juez como presuntivo de muerte.

2º Se procede a la apertura y publicación del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno (art. 84, inc. 1º). Será necesario proceder a la “apertura” del testamento cerrado o secreto; será indispensable proceder a la “publicación” de aquél testamento que se hubiere otorgado sólo ante cinco testigos, sin presencia de un ministro de fe. En ambos casos, estos trámites son necesarios para saber quiénes son los herederos presuntivos.

3º Opera la emancipación legal de los hijos que se hallaban bajo patria potestad del padre o de la madre desaparecidos, salvo que corresponda ejercitar la patria potestad al otro de los padres. Si fuere éste el desaparecido y ejercía la patria potestad, se produce la emancipación de los hijos (art. 270 N° 2). Se define la patria potestad en el art. 243 y la emancipación en el art. 269.

El caso referido, es de emancipación legal.

4º Se da la posesión provisoria de los bienes del desaparecido a los herederos presuntivos; no habiéndolos, se procede a declarar yacente la herencia.

5º Marca el inicio del cómputo del plazo de 180 días o de un año, para que los herederos y demás personas actualmente interesadas, provoquen el juicio de impugnación de paternidad de un hijo atribuido al desaparecido (arts. 212 y 213) o de impugnación de maternidad de un hijo atribuido a la desaparecida (art. 218).

g) Obligaciones de los poseedores provisorios.

Recaen sobre los herederos presuntivos ciertas obligaciones encaminadas a garantizar los intereses del desaparecido. Son tales:

1º Formar inventario solemne o revisar o rectificar con igual solemnidad el que exista (art. 86). Inventario solemne es aquél que se hace, previo decreto judicial, por el funcionario competente y con los requisitos que las leyes expresan (art. 858 del CPC).

2º Constituir caución de conservación y restitución de los bienes del desaparecido (art. 89). El art. 46 define lo que se entiende por caución. Sólo otorgando la garantía, los poseedores provisorios se harán dueños de los frutos que produzcan los bienes del desaparecido (cabe indicar que los intereses a los que alude el art. 89 junto con los frutos, no son sino frutos civiles).

h) Venta o hipoteca de los bienes del desaparecido por los poseedores provisorios (art. 88).

Debemos distinguir según se trate de bienes muebles e inmuebles.

1º Bienes muebles: pueden ser vendidos siempre que:

- El juez lo creyere conveniente;
- Sea oído el defensor de ausentes; y
- La venta se efectúe en pública subasta.

2º Bienes inmuebles: pueden venderse o hipotecarse, pero en este caso el legislador toma mayores precauciones, exigiendo:

- Que la venta o hipoteca obedezcan a *causa necesaria* o *utilidad evidente*. Hay *causa necesaria*, por ejemplo, en el caso de una parcela que no produjese ni siquiera lo necesario para solventar los gastos de administración y el pago de las contribuciones; existiría *utilidad evidente*, por ejemplo, si se vendiese un inmueble

para pagar una deuda del desaparecido, por cuyo motivo los acreedores hubieren obtenido el embargo de dicho inmueble

Como se observa, la ley sólo permite la venta. Por ende, los herederos presuntivos no podrán, por ejemplo, donar los bienes del ausente.

- Que la causa necesaria o la utilidad evidente sean calificadas o declaradas por el juez, con conocimiento de causa. Es decir, que debe resolver atendiendo a las pruebas que se le han hecho valer.
- Que sea oído el defensor de ausentes.
- Que la venta se efectúe en pública subasta.

Si se omite cualquiera de los requisitos indicados al venderse y enajenarse un bien mueble o inmueble del desaparecido, tal venta y enajenación (o hipoteca, en su caso) adolecerá de nulidad relativa. En efecto, estando establecida en favor del ausente, para el caso de reaparecer sólo él puede alegarla. La acción de nulidad prescribirá en 4 años, contados desde el reaparecimiento del desaparecido.

i) Término del período de posesión provisoria (art. 90). Puede terminar:

1º Con el decreto de posesión definitiva;

2º Con la reaparición del ausente; y

3º Si se tuvieran noticias que motivaren la distribución de los bienes del desaparecido, según las reglas generales (esto alude a la muerte real del desaparecido, debiendo aplicarse por ende las normas de la sucesión por causa de muerte).

4.9.3. Período de posesión definitiva.

a) Inicio.

Se inicia con el decreto del juez que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido. Dicho decreto se inscribirá en el Conservador de Bienes Raíces que corresponda al último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile. Si el decreto no se inscribe, será inoponible a terceros (art. 52 N° 4 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces).

b) Finalidad esencial.

El último período de la muerte presunta es aquél en el cual las probabilidades de muerte del desaparecido prevalecen sobre las probabilidades de vida, de modo que puede conferirse a los presuntos herederos pleno derecho de uso, goce y disposición sobre los bienes del ausente, como si en realidad éste hubiera muerto.

c) Casos en que tiene lugar.

c.1) Cuando cumplidos 5 años desde la fecha de las últimas noticias, se probare que han transcurrido 70 o más desde que nació el desaparecido (art. 82, primera parte). En este caso, no hay período de posesión provisoria.

c.2) Inmediatamente después de transcurridos 5 años desde la fecha de la batalla o peligro en que se encontró la persona desaparecida sin haberse sabido más de su existencia (art. 81 N° 7). En este caso, tampoco hay período de posesión provisoria.

c.3) Después de tres meses contados desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la nave o aeronave reputada perdida y en la cual se encontraba la persona desaparecida (art. 81 N° 8²). También se pasa directamente al período de posesión definitiva.

c.4) Después de seis meses de ocurrido un sismo o catástrofe (art. 81 N° 9³). También se omite el período de posesión provisoria.

c.5) Regla general: transcurridos 10 años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, a la expiración de esos 10 años, la edad del desaparecido, si viviese (art. 82, segunda parte). En este caso, antecederán al decreto de posesión definitiva el período de mera ausencia (5 años a lo menos) y el de posesión provisoria (otros 5 años).

d) Personas que pueden pedir el decreto de posesión definitiva: los poseedores provisorios y todos los indicados en el art. 91, es decir, en general, los que tengan derechos subordinados a la muerte del desaparecido.

e) Efectos del decreto de posesión definitiva.

e.1) De conformidad con el art. 42 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil, se disuelve también el matrimonio a consecuencia de la declaración de muerte presunta.

No basta sin embargo con la sola declaración de muerte presunta para que opere la disolución del matrimonio; se requiere, además, conforme a lo dispuesto en el art. 43 de la Ley de Matrimonio Civil:

- Que hayan transcurrido cinco años desde las últimas noticias y setenta años desde el nacimiento del desaparecido (en relación con el art. 82 del Código Civil, que establece que en este caso, se concederá directamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido);
- Que hayan transcurrido cinco años desde que una persona recibió una herida grave en la guerra, o le sobrevino otro peligro semejante, y no se ha sabido más de ella (en relación al art. 81 N° 7 del Código Civil, caso en el cual también se concederá de inmediato la posesión definitiva de los bienes del desaparecido)⁴;

² La Ley N° 20.577, publicada en el Diario Oficial de fecha 8 de febrero de 2012, rebajó de seis a tres meses, este plazo.

³ La Ley N° 20.577, publicada en el Diario Oficial de fecha 8 de febrero de 2012, rebajó de un año a seis meses, este plazo.

⁴ Este caso no se encontraba contemplado en el antiguo art. 38 de la Ley de 1884, de manera que había que aplicar la regla general que ella contemplaba, esto es, que el matrimonio terminaba sólo después de haber transcurrido quince años, desde la fecha del desaparecimiento en la acción de guerra o peligro semejante.

- Que hayan transcurrido diez años desde la fecha de las últimas noticias, fijada en la sentencia que declara la presunción de muerte, cualquiera que fuese la edad del desaparecido si viviere (ahora, la disposición concuerda con la del artículo 82 del Código Civil, que dispone que también se concederá la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, una vez transcurridos diez años desde la fecha de las últimas noticias)⁵;
- Que haya transcurrido un año, desde el día presuntivo de la muerte, en el caso de la pérdida de una nave o aeronave que no apareciere dentro de tres meses (art. 81 N° 8 del Código Civil)⁶;
- Que haya transcurrido un año, desde el día presuntivo de la muerte, en el caso de un sismo o catástrofe (art. 81 N° 9 del Código Civil)⁷.

Del tenor de los arts. 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. El Servicio de Registro Civil e Identificación, por ende, a solicitud del interesado, deberá practicar la pertinente subinscripción, dejando constancia que terminó el matrimonio, si al presentar la solicitud, se prueba que han transcurrido los plazos legales.

e.2) Ejercicio de los derechos subordinados a la muerte del desaparecido (art. 91).

e.3) Apertura de la sucesión del desaparecido, conforme a las reglas generales, si no antecedió posesión provisoria (art. 90, inc. 3°).

e.4) Cancelación o alzamiento de las cauciones y cesación de las restricciones para vender e hipotecar (art. 90, incisos 1 y 2).

e.5) Partición de bienes, de conformidad a las reglas generales.

e.6) Cesan las restricciones que tenían los herederos presuntivos para disponer de los bienes del desaparecido.

e.7) Finalmente, se producirán todos los demás efectos de la posesión provisoria, en el caso en que ésta no hubiera operado.

f) Revocación del decreto de posesión definitiva: arts. 93 y 94.

f.1) Revocación, no rescisión: cabe indicar que el legislador alude equivocadamente a la “rescisión” del decreto, es decir, a la nulidad relativa, lo que

⁵ El art. 38 de la Ley de 1884, establecía que el plazo de disolución del matrimonio por muerte presunta, era de quince años, por regla general.

⁶ El art. 38 de la Ley de 1884, disponía que el plazo de disolución del matrimonio por muerte presunta, era de dos años contados desde la fecha presuntiva de muerte, cuando la persona había desaparecido a consecuencia de la pérdida de una nave o aeronave.

⁷ Nada disponía, en este caso, la Ley de 1884, de manera que había que esperar que transcurrieran los quince años, conforme a la antigua regla general.

supondría un vicio de tal naturaleza que permitiría la anulación del decreto. No hay tal nulidad sin embargo, sino causales de revocación del decreto.

f.2) Causales: la ley permite pedir la “rescisión” del decreto de posesión definitiva en tres casos:

1º Si se tuvieren noticias exactas de la existencia del desaparecido;

2º Si se tuvieren noticias exactas de la muerte real del desaparecido;

3º Si el presunto muerto reaparece.-

f.3) Personas a favor de las cuales puede “rescindirse” el decreto (art. 93):

1º El desaparecido;

2º Los legitimarios habidos durante el desaparecimiento (el art. 1182 señala quienes son legitimarios del causante; el art. 93 se refiere obviamente a los descendientes);

3º El cónyuge del ausente por matrimonio contraído en la época del desaparecimiento.

f.4) Plazo para pedir la “rescisión” del decreto (art. 94).

1º El desaparecido puede pedirla en cualquier tiempo;

2º Los demás interesados no pueden pedirla sino dentro de los respectivos plazos de prescripción contados desde la fecha de la verdadera muerte (se refiere la ley a la prescripción de la acción de petición de herencia -arts. 2512, 704 y 1269-, lo que equivale a decir que adquirido el derecho real de herencia por prescripción, podrá enervarse la acción de “rescisión” del decreto de posesión definitiva).

f.5) Efectos de la “rescisión”: sólo aprovechan a las personas que obtuvieron la dictación del decreto de revocación.

Se recobran los bienes del desaparecido, en el estado en que se encuentren, y todos los actos de disposición (incluyendo las hipotecas y demás derechos reales) realizados en el tiempo intermedio, valen (art. 94, regla cuarta).

Dado que los poseedores definitivos gozan de los bienes como dueños, no responden ni de la culpa lata. Por ello, pueden devolver los bienes sensiblemente deteriorados, sin responsabilidad, a menos que se les pruebe dolo, intención de dañar (art. 94, regla quinta).

Así, los poseedores definitivos no están obligados a devolver el precio que hubieren percibido por la venta de los bienes del desaparecido.

Para toda restitución, los demandados serán considerados como poseedores de buena fe, a menos de prueba en contrario (art. 94, regla quinta).

A consecuencia de esta presunción legal, los herederos no responden de los deterioros de los bienes y tienen derecho al reembolso de las mejoras necesarias y útiles conforme lo disponen los arts. 904 y siguientes, sobre las prestaciones mutuas (las mejoras son necesarias cuando deben hacerse para la conservación de la cosa; son útiles aquellas que aumentan el valor comercial de la cosa).

La última regla del art. 94 establece que el haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe.

En cuanto a los frutos producidos por los bienes del desaparecido, los poseedores definitivos, lo mismo que los provisorios, no están obligados a restituirlos, salvo que estén de mala fe.

La sentencia que “rescinde” la declaración de muerte presunta, debe subscribirse, al margen de la partida correspondiente.