

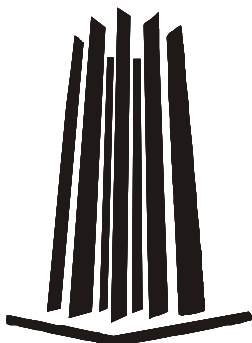


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

AUSENCIA Y PRESUNCIÓN DE MUERTE
COMO CAUSAS DE DISOLUCIÓN DEL
VINCULO MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO
CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
VERÓNICA HERNÁNDEZ CARAPIA



ASESOR: LIC. HILDA DIAZ HERRERA

MÉXICO

2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

“Una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa”. Charles-Louis de Secondat Montesquieu.

A mi madre:

Por enseñarme con su ejemplo a salir adelante, por el esfuerzo realizado para que pudiera llegar hasta este punto de mi vida, por la lucha constante día a día, por la fortaleza mostrada, por cada minuto de sacrificio y de preocupación... GRACIAS MAMÁ.

A la memoria de mi padre (+):

Por haber sido un ejemplo de tenacidad y empeño, por prepararme el camino para mi vida profesional, por mostrarme que el éxito se consigue paso a paso, con esfuerzo y dedicación...GRACIAS PAPA

A mi hermano:

Por expresarme con sus actitudes y acciones que cuando alguien se fija una meta debe luchar arduamente para cumplirla, por ser una muestra de perseverancia y voluntad.

“Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia.” Miguel de Cervantes Saavedra.

A mi asesora: Lic. Hilda Díaz Herrera

Por su acertada dirección en la realización de esta investigación, por haberme permitido encontrar en ella una gran maestra y amiga, por cada uno de sus consejos en el ámbito académico, profesional y personal.

Al Lic. José Rodríguez Balcázar:

Por el apoyo brindado en la realización de esta investigación, por proporcionarme las bases para un mejor desempeño profesional, por mostrarme el camino para llegar a ser una buena profesionista.

*“El hombre justo no es aquel
que no comete ninguna
injusticia, si no el que pudiendo
ser injusto no quiere serlo.”
Menandro de Atenas.*

A mis amigos:

Alejandra Pineda de Niz

Alejandro González Olivares

Carolina Chávez Jiménez

Diana Edith Vázquez Campos

Edgar Etienne Valois Espinoza.

Ericka Karla Rodríguez Chavelas

Cinthya Gabriela Solís Arredondo

Juan Alejandro Cruz Martínez

Martha Concepción Huerta Ariza

Nayeli Pérez Álvarez

Por el apoyo brindado en cada etapa de mi vida, por los momentos compartidos y los que estén por venir.

A la universidad Nacional Autónoma de México, Campus Facultad de Estudios Superiores "Aragón":

Por recibirme en sus aulas y haber sido el instrumento para realizar en la vida uno de mis principales anhelos, por ser mi alma mater.

*“Nunca andes por el camino
trazado, porque él sólo conduce
adonde ya fueron otros.”
Alexander Graham Bell.*

*“El futuro pertenece a quienes
creen en la belleza de sus sueños.”
Eleanor Roosevelt.*

ÍNDICE

AUSENCIA Y PRESUNCION DE MUERTE COMO CAUSAS DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Introducción

CAPITULO 1.- ANTECEDENTES DE LA PRESUNCIÓN DE MUERTE

1.1. Derecho Romano	5
1.2. Derecho Español	8
1.3. Derecho Francés	12
1.4. Derecho Italiano	15
1.5. Derecho Mexicano	20

CAPITULO 2.- CONCEPTOS BÁSICOS

2.1. Matrimonio	28
2.2. Disolución del matrimonio	36
2.2.1. Divorcio	37
2.2.2. Nulidad	46
2.2.3. Muerte	48
2.3. Domicilio	50
2.4. Ausencia	50
2.4.1. Ausentes	52
2.4.2. No presentes	53
2.4.3. Desaparecidos	53
2.5. Presunciones	54

CAPITULO 3.- MARCO JURÍDICO

3.1. Etapas de la ausencia en el Código Civil para el Distrito Federal	60
3.1.1. Presunción de ausencia	60
3.1.1.1. Medidas provisionales en caso de ausencia	61
3.1.2. Declaración de ausencia	69

3.1.3. Presunción de muerte	78
3.2. Situación jurídica del ausente casado	84
3.3. La presunción de muerte y la disolución matrimonial en el derecho interno	86
3.3.1. Código Civil para el estado de Campeche	86
3.3.2. Código Civil para el estado de San Luis Potosí	89
3.4. La presunción de muerte y la disolución matrimonial en el Derecho Internacional	90
3.4.1. Francia	91
3.4.2. Italia	92
3.4.3. Alemania	95
3.4.4. Puerto Rico	96
3.4.5. Cuba	97
3.4.6. Argentina	98
3.4.7. España	99
3.4.8. Uruguay	100
3.4.9. El Vaticano (Código Canónico)	101

CAPITULO 4.- AUSENCIA, PRESUNCIÓN DE MUERTE Y DISOLUCIÓN DEL VINCULO MATRIMONIAL

4.1. Derechos y obligaciones de los cónyuges	116
4.2. Análisis de la fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal	129
4.3. Situación jurídica del cónyuge presente	139
4.4. Propuesta para derogar la fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal y la creación de un artículo que contemple las formas de disolución matrimonial.	141
Conclusiones	146
Bibliografía	150
Anexos	157

“Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia.” Eduardo J. Couture

“Ten fe en el Derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la Justicia, como destino normal del Derecho; en la Paz como sustitutivo bondadoso de la Justicia; y sobre todo, ten fe en la Libertad, sin la cual no hay Derecho, ni Justicia, ni Paz.” Eduardo J. Couture.

*“Trata de considerar la Abogacía de tal manera, que el día que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que sea Abogado.”
Eduardo J. Couture*

INTRODUCCIÓN

La incertidumbre jurídica producida por la presunción de muerte y la ineficacia de la declaración de ausencia, ambas en relación con el vínculo matrimonial entre una pareja, son las razones que nos han llevado al desarrollo del presente tema de investigación, al cual hemos denominado “AUSENCIA Y PRESUNCION DE MUERTE COMO CAUSAS DE DISOLUCIÓN DEL VINCULO MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”, basándonos para ello en la figura jurídica de “los ausentes e ignorados”, contemplada en el título undécimo del libro primero del ordenamiento de referencia.

Tanto la declaración de ausencia como la presunción de muerte, han sufrido diversas reformas a lo largo de la historia de nuestro ordenamiento jurídico civil, a ambas figuras se les ha dado un enfoque diferente a través del tiempo y han sido reguladas de una manera muy vaga por el legislador, es decir, se le ha dado poca importancia a la situación jurídica en la que se ubican los cónyuges cuando alguno de ellos se coloca en el supuesto de la presunción de muerte. Cuando se da la hipótesis de la presunción de muerte de un sujeto unido a otro por virtud del matrimonio, surge la existencia de un estado de incertidumbre jurídica que nuestro Código Civil intenta resolver señalando, de manera tácita, la subsistencia del matrimonio entre los sujetos aun cuando se presente el referido supuesto, sin embargo dicho supuesto impide materialmente que puedan cumplirse los fines de la referida figura jurídica.

Una vez declarada judicialmente la presunción de muerte o la ausencia, el cónyuge presente o supérstite no puede contraer nupcias nuevamente, puesto que aún se encuentra unido en matrimonio al “presuntamente muerto” o ausente, por lo que para volver a casarse es necesaria la tramitación, previa, de un juicio de divorcio necesario. Nuestro actual Código Civil señala, en la fracción X de su artículo 267, “la declaración de ausencia legalmente hecha o la

de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia” como causales de divorcio, sin embargo debemos decir que consideramos ineficaz la fracción en comento, pues en el primer supuesto resultaría mas factible invocar como causal la señalada en la fracción IX del artículo mencionado, relativa a la separación de ambos cónyuges por más de un año, sin importar quien dio lugar a la misma, sin tener que esperar el transcurso del tiempo que la ley dispone para la declaración de ausencia, el cual va de los 2 a los 4 años, dependiendo del supuesto, evitando así el tardado y costoso trámite judicial. Por cuanto hace a la presunción de muerte creemos que el declarado “presunto muerto” debe estarlo para todos los efectos legales, incluyendo la disolución del vínculo matrimonial, puesto que la muerte termina con el mismo.

Con base en los argumentos anteriores, si la ausencia y la presunción de muerte **disuelven de pleno derecho** el vínculo matrimonial, se estaría atendiendo al principio de economía procesal, ahorrando tiempo invertido en procedimientos sin razón de ser. Asimismo estaría ahorrándose al promovente erogaciones que tendría que realizar en las notificaciones por edictos para poder llevar a cabo el juicio de divorcio.

Con el fin de resolver de manera acorde con nuestra realidad social, de modo menos costoso y en menor tiempo, entre otras, las cuestiones antes mencionadas, hemos desarrollado esta investigación en cuatro capítulos.

El primer capítulo se refiere a los antecedentes de la ausencia y la presunción de muerte a fin de observar cuales han sido los cambios sufridos por dichas figuras, así como la evolución que han experimentado las mismas. Materia de esta parte de la investigación son el pueblo romano, español, francés e italiano, asimismo la forma en que ha sido regulada la figura de mérito en nuestro derecho.

El segundo apartado de nuestro capitulado es lo relativo a los “Conceptos básicos”, dentro del cual nos encargamos de exponer someramente las figuras jurídicas relevantes para esta investigación y que han de servirnos para ir adentrándonos un poco en la misma. Son parte de este capítulo los conceptos de matrimonio, disolución del mismo, divorcio, nulidad, muerte, ausencia, presencia y su aspecto negativo que sería la no presencia, presunciones, tanto legales como humanas, y presunción de muerte.

En el tercer capítulo nos ocuparemos del marco jurídico en el cual se encuentra la presunción de muerte, el procedimiento que se sigue para ésta y la declaración de ausencia, las etapas de ambos, las medidas provisionales tomadas y la situación jurídica en que se coloca el cónyuge presente. Haremos, también, un análisis comparativo de diversas legislaciones tanto nacionales como extranjeras y de las posturas tomadas por ellas.

Por último, en nuestro cuarto capítulo haremos un análisis más detallado de la problemática planteada y señalaremos la forma en que, según nosotros, debiera regularse la misma.

Cabe señalar que para el desarrollo de nuestro tema hemos de utilizar el método analítico, pues se desglosarán los elementos de cada una de las figuras estudiadas para después reunir nuevamente dichos elementos, con la finalidad de lograr una mejor comprensión de la problemática planteada.

Capítulo 1

Antecedentes

de la

Presunción

de

Muerte

1.1. Derecho Romano

1.2. Derecho Español

1.3. Derecho Francés

1.4. Derecho Italiano

1.5. Derecho Mexicano

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES DE LA PRESUNCIÓN DE MUERTE

1.1. Derecho Romano

Para comenzar a hablar del tema que nos ocupa resulta necesario retroceder un poco en la historia a fin de observar la evolución jurídica de la presunción de muerte y de esta forma darnos cuenta de la manera en la cual dicha figura se ha ido transformando. Cabe señalar que la mayoría de las instituciones y figuras reguladas por la legislación vigente en nuestro País, de alguna manera, han tenido su origen en el ordenamiento jurídico del pueblo romano, sin embargo refiriéndonos concretamente a la presunción de muerte debemos señalar que no existen antecedentes concretos de la misma, inclusive, la gran mayoría de los doctrinarios coinciden en una misma postura, a través de la cual afirman que la presunción de muerte y la declaración de ausencia son figuras jurídicas inexistentes en el Derecho Romano; cabe destacar el argumento de Bonfante que expresa lo siguiente:

“La institución de la ausencia, en el sentido técnico en que se acostumbra hoy a decir la palabra, es, sin embargo, extraña al Derecho Romano puro. Fue la práctica medieval la que empezó a colocar las bases, reconociendo a tal efecto, por un versículo de los Salmos, la presunción de que el ausente fuera considerado muerto cuando hubiere llegado a la edad de setenta años, o bien, cinco años después de su desaparición, si en aquella época había alcanzado la edad citada.”¹

Aunado a lo señalado por Bonfante, encontramos lo argumentado por Juan Iglesias , quien concuerda con el primero:

¹) BONFANTE, Pedro, **Instituciones de Derecho Romano**, Instituto Editorial Reus, 5ª ed., España, 1975, p. 53

“La institución de la ausencia es extraña al derecho romano, sus bases fueron sentadas por la práctica medieval...”²

Podríamos continuar citando diversas ideas esgrimidas por los doctrinarios, sin embargo resultaría repetitivo toda vez que la totalidad de ellas desembocarían en el mismo resultado, por lo que hace a quienes toman esta postura. Es preciso indicar que los mismos doctrinarios atribuyen a los glosadores las disposiciones existentes en Roma en lo que se refiere a la ausencia y a la presunción de muerte, en los supuestos de que el ausente hubiere cumplido cien años, dicha presunción admitía prueba en contrario, por lo que no existía una certeza jurídica en cuanto al tema.

No obstante lo señalado, existen algunos autores que de alguna manera equiparan el *Ius Postliminium* y la *Lex Corneliae* con la presunción de muerte en virtud de las semejanzas que entre ellas existen. Para lograr una mejor comprensión con relación a esta parte de nuestra investigación, consideramos pertinente hacer una somera referencia a las figuras citadas primeramente. En este orden de ideas debemos señalar que por lo que hace al *Ius Postliminium* tenemos que es una figura jurídica contemplada por el Derecho Romano y que hace alusión, al igual que la *Lex Corneliae*, al estado de esclavitud en que se halla un ciudadano romano que cae prisionero de guerra, en este supuesto el esclavo muere con tal calidad si no entra nuevamente a las fronteras de Roma, pues el hecho de hacerlo le devuelve automáticamente la libertad perdida, así como los derechos y obligaciones que como ciudadano tenía, esto quiere decir que se considera como si nunca hubiese sido esclavo. Pese a esta disposición, si el *Ius Postliminium* no se configuraba y aquél moría esclavo, el testamento que hubiere hecho era nulo, pues el autor del mismo perdía la capacidad para realizarlo.

²) IGLESIAS, Juan, **Derecho, Historia e Instituciones**, Editorial Ariel, S. A., España, 1990, p. 159.

En el caso del *lus Postliminium*, nunca se considera al ausente como “presuntamente muerto”, sino que el sujeto pierde todos sus derechos en el momento en que se vuelve esclavo, es decir pierde la capacidad jurídica, tal y como sucede con la muerte.

La *Lex Corneliae*, llega a subsanar las imperfecciones del *lus postliminium*, pues con ella se estableció una ficción a través de la cual cualquier ciudadano romano que adquiría la calidad de esclavo era considerado muerto desde el momento mismo en que caía en cautiverio, dicha situación era en lo relativo a la sucesión testamentaria, pues, como ya se mencionó, para realizar testamento era necesario que el testador fuera capaz, tanto al momento de suscribirlo como al momento de la muerte. Como podemos observar existen varias diferencias entre la ficción de la *Lex Corneliae* y la actual figura de la presunción de muerte, de los aspectos mas destacados que hacen notable la distinción entre ambas encontramos los siguientes:

Ficción de la Lex Corneliae

- 1) Se tiene conocimiento de la existencia del “presunto muerto”, solo que se le presume como tal en el momento en que cae en la esclavitud.
- 2) Únicamente se configura para efectos de la sucesión.
- 3) Se hace referencia a la transición de un estado jurídico a otro, es decir, de la ciudadanía a la esclavitud.

Presunción de muerte

- 1) Se ignora el paradero del “presunto muerto”, se desconoce, inclusive, su existencia o inexistencia.
- 2) Sus efectos son mucho más amplios que los de la *Lex Corneliae* (Tutela, Curatela, Patria potestad, etc).
- 3) No existe la transición que se manifiesta en la *Lex Corneliae*.

“El lus Postliminii, y la ficción de la Lex Cornelia, constituyen una verdadera teoría de la ausencia, que no ha sido superada ni siquiera modificada esencialmente, por las legislaciones posteriores.”³

A través de esta idea podemos corroborar una postura distinta a la indicada anteriormente, pues de acuerdo con Cossío tanto el lus Postliminium como la Lex Cornelia son los antecedentes más fehacientes de la ausencia, por lo cual son las figuras que han sentado las bases para la regulación en esa materia.

En nuestra opinión, es cierto que existen algunas similitudes en cuanto a las figuras estudiadas, sin embargo no creemos que constituyan una doctrina en cuanto a ausencia se refiere, pues tanto el lus Postliminium como la ficción de la Lex Cornelia se aplicaban en supuestos totalmente distintos a los contemplados por nuestras leyes actuales, inclusive, en las figuras de mérito no existe la incertidumbre jurídica provocada por la ausencia, siendo ese elemento uno de los principales para la constitución de dicho estado.

1.2. Derecho Español

En el desarrollo de nuestra investigación no podíamos omitir referirnos a una legislación tan importante y con tanta influencia en nuestro Derecho actual, dadas las circunstancias históricas acontecidas, como la Española.

La ausencia en el Derecho Español surge a raíz de la situación en que quedaban los bienes de los sujetos ausentes por virtud de diversos acontecimientos sociales, económicos y políticos de la sociedad de la época, tales como las guerras, las cuales fueron la principal causa que dio lugar a una regulación jurídica en esa materia. Sin embargo cabe señalar que las reglas establecidas en ese sentido no constituyeron un ordenamiento específico, toda

³) COSSIO, A., **Teoría General de la Ausencia**, *Revista de Derecho Privado*, Sin Edit., España, 1942, p. 87.

vez que la doctrina, la práctica y las Partidas e, incluso el Derecho Romano, habían formado ya un Sistema Jurídico consolidado para los supuestos que se pudieran presentar en lo que al tema se refería.

El orden jurídico en estudio contemplaba 3 situaciones en materia de ausencia, las cuales eran denominadas: “la defensa del ausente”, “la administración de los bienes del desaparecido” y, por último, “la presunción de muerte”.

“La defensa del ausente” encontraba sus bases en las Leyes de Partidas y hacía alusión, precisamente, a dos clases de protección a dicho sujeto, la primera de ellas era la otorgada al ausente o cautivo que fuere demandado por otro sujeto, para ello se le proporcionaba al ausente un defensor o curador que lo representara durante la tramitación del juicio, pudiendo pedir dicho cargo algún amigo o pariente de aquél. Cabe mencionar que la persona que obtuviese el cargo citado, debía hacer inventario, jurar y prestar fianza, comprometiéndose a devolver al ausente, cuando éste volviera, los bienes con sus frutos y rentas, permitiéndosele, al defensor, retener los gastos que hubiere hecho para la conservación de los citados bienes. El segundo tipo de defensa otorgado a los ausentes era la que se originaba con la partición de una herencia en la cual el ausente o cautivo era heredero, dada la situación en que se ubicaba se le nombraba, de igual forma, un curador o defensor de sus bienes. En estos casos la ausencia se configuraba cuando el sujeto ausente se encontraba en un país lejano, sin que hubiere dejado persona que lo representara y que su regreso no se esperase en un tiempo corto, asimismo que hubiere peligro de que los bienes de aquél se perdieran o menoscabaran.

Por cuanto hace a la **“administración de los bienes del desaparecido”**, ésta se otorgaba cuando no se podía probar la muerte o la existencia del sujeto ausente, en este tipo de situaciones el orden jurídico ibérico presumía que después de los cien años de vida, el ausente ya no vivía. Por otra parte, en los casos en que se presumía la existencia del ausente, se nombraba

administrador de sus bienes al pariente más cercano en grado, pues se afirmaba que éste podía encargarse de cuidarlos de una manera honesta; desde luego que a falta de parientes, la administración podía otorgarse a otra persona que se consideraba apta y honrada para su desempeño en el cargo, en cualquier caso el administrador debía otorgar fianza y devolver los bienes con sus frutos al ausente, si éste regresaba, pudiendo deducir solamente los gastos hechos en la conservación de dichos bienes.

En lo relativo a la partición de la herencia en la cual el ausente tuviere derecho alguno, existía la disposición, suponiendo que el sujeto viviere, de que la masa hereditaria no podía repartirse en tanto no estuviese aquél, dejando los bienes en custodia; por otro lado, si se le consideraba muerto y se realizaba la partición, ella era nula en lo que perjudicase al ausente, esto como medida de protección a dicho sujeto.

“La presunción de muerte”, es la última situación que maneja el Derecho Español, en este caso, las Partidas señalaban que cuando se tuviere incertidumbre sobre la vida o muerte de alguien, se debía aplicar el criterio de que si el sujeto ausente lo había estado por mas de diez años, en tierras extrañas y lejanas a España, teniéndose fama de su muerte, se presumía que ésta había sucedido, por lo que se procedía a abrir la sucesión testamentaria o ab intestato. En la hipótesis de que el “presunto muerto” volviese, sus bienes le eran devueltos. Si el heredero declarado ignoraba la existencia de aquél y enajenaba los bienes, estaba obligado a restituir únicamente el precio o provecho que con ese negocio hubiere obtenido, si por el contrario, a pesar de saber de la existencia del “presunto muerto” enajenara los bienes, se veía obligado a restituir a su legítimo propietario el valor y los frutos de los referidos bienes.

El Derecho Aragonés tiene algunas variantes respecto al tema de la presunción de muerte del ausente, pues se habla del derecho a la administración y

posesión que tiene la mujer respecto de los bienes de su marido ausente, salvo que éste haya dejado administrador para tal efecto; en ambos casos, una vez transcurridos diez años desde que alguien salía del reino de “Aragón”, los parientes que tuvieran derecho hereditario respecto de los bienes de el “ausente” podían pedir que finalizara la administración de los sujetos referidos y se les concediera a ellos, previo el otorgamiento de fianza, compromiso de no enajenar los bienes y dar cuenta de su administración si el ausente regresara. Una circunstancia muy peculiar en estas disposiciones es que los herederos tenían esa potestad aún cuando se hubieren tenido noticias del ausente, es decir, sin que se hubiere configurado la presunción de muerte.

Cuando la ausencia se derivare de viajes a Ultramar a lugares lejanos bastaba, según los Fueros Aragoneses, solo la fama de la muerte para que su presunción fuere válida. De igual forma se aplicó el criterio de que una vez pasados cien años desde el nacimiento del ausente, éste era dado por muerto.

En otros reinos de España se presentaban algunas diferencias en el orden jurídico establecido, tales como la disposición de conservar sin administrar los bienes del ausente, derivados de la partición del patrimonio de sus ascendientes, hasta su regreso, después de determinado tiempo, si éste se cumplía sin que el ausente regresara, los bienes se encomendaban a uno de sus hermanos para su administración y devolución a la vuelta de aquél. Del mismo modo *“En la antigua Audiencia valentina se consideró fallecido a quien llevaba treinta años ausente de la ciudad y del reino de Valencia, y no se tenía noticia alguna de su vida o muerte.”*⁴

⁴) CASTRO Y BRAVO, Federico, **Derecho Civil de España. Derecho de la persona**, T. II, Edit. Instituto de Estudios Políticos, 3ª ed., Madrid, 1952, p. 485.

1.3. Derecho Francés

Sin lugar a dudas, otro orden normativo de gran trascendencia en nuestro Derecho es, desde luego, el Francés, por ello es pertinente hacer una breve reseña de la manera en la cual, tanto la ausencia como la presunción de muerte eran reguladas en dicho orden jurídico.

Para comenzar a tratar este apartado comenzaremos diciendo que, mucho antes de que el cuerpo legislativo Civil Galo regulase alguna situación en materia de ausencia o presunción de muerte, existía ya una normatividad basada primordialmente en las costumbres escritas y en los usos de algunos lugares en Francia.

“En 1804, el problema de la ausencia presentaba en Francia un gran interés, porque a consecuencia de las guerras incesantes, que se sucedían desde 1792, el número de los desaparecidos había llegado a ser considerable. Los redactores del Código Napoleónico, atentos a proteger los bienes de esos ausentes, establecieron un sistema de reglamentación de la ausencia que vino a ser el tipo...de las que adoptaron otros Códigos europeos.”⁵

La regla primordial establecida por el Código de Napoleón fue que mientras más durare la ausencia, eran mayores las probabilidades de muerte del sujeto ausente, sin embargo la presunción que declarare tal circunstancia nunca podía ser absoluta, pues no existía una certeza total del referido acontecimiento. El ordenamiento de referencia hablaba de tres periodos dentro del procedimiento de ausencia, el primero de ellos era el llamado “presunción de ausencia”, a éste le seguía el denominado “ausencia declarada” y por último estaba el de “entrega de posesión definitiva”, cada uno con las características que vamos a describir a continuación.

⁵) PLANIOL, Marcel y Georges Ripert, **Tratado elemental de Derecho Civil, Introducción, Familia, Matrimonio**, Tr. José M. Cajica Jr., Edit. José M. Cajica Jr., S. A, 12ª ed., México, p. 273

La presunción de ausencia, se inicia en el momento de la desaparición del sujeto o de las últimas noticias que se tuvieren de su paradero. Por lo que hace a este periodo, el Código Francés, permitió la posibilidad de dar en administración los bienes del ausente, sin embargo ello se hacía con muchas reservas y únicamente porque era estrictamente necesario, pues se decía que si aquél no había dejado a nadie a cargo de sus bienes, era porque no quería dar a conocerlo relativo a su fortuna.

La ausencia declarada iniciaba con la entrega de los bienes del ausente en posesión provisional, de ahí que cuando un sujeto estuviere ausente durante un plazo que variaba de los tres a los diez años, según el lugar, los parientes más próximos en grado, podían solicitar la declaración de ausencia y una vez hecha la misma podía pedirse al juez, a través de un documento, llamado “acta de notoriedad”, la apertura provisional de la sucesión sobre los bienes del ausente, realizándose, de manera también provisional, la partición y la entrega de posesión de los mismos, previo el otorgamiento de una caución por parte de éstos. Asimismo, cuando un tercero interesado, verbigracia un acreedor, lo solicitare, los bienes podían ser provistos de un curador o administrador durante el tiempo que se prolongare la ausencia. Cabe señalar que la posesión de que gozaban los parientes del ausente no tenía el carácter de definitiva, pues en el supuesto de que el sujeto ausente hiciera acto de presencia, sus bienes le eran devueltos en su totalidad y con los frutos que durante ese tiempo hubieren producido dichos bienes. Un efecto más de la declaración de ausencia era que la comunidad conyugal quedaba disuelta.

La declaración de ausencia, es regulada de forma más estricta en el Código Civil Galo, pues en el mismo se consignó que dicha declaración tuviera como antecedente una investigación judicial exhaustiva, pues aquella tenía como finalidad desposeer al “ausente” de sus bienes. Pasados cuatro años de la desaparición del sujeto, se podía solicitar la declaración de ausencia del mismo, no obstante ésta no podía declararse si no había transcurrido un año desde el

inicio de la investigación judicial a que ya hicimos referencia, y más complejo era aún el procedimiento si el “ausente” hubiere dejado administrador para sus bienes, pues entonces, la declaración de ausencia debía hacerse diez años después de que el sujeto se hubiere ausentado.

Una vez declarada la ausencia, se procedía a abrir la sucesión testamentaria, si la había, poniéndose en posesión de los bienes a los sujetos con derecho a dicha sucesión, de tal manera que ellos podía ejercer sus derechos provisionalmente y en caso de que el ausente regresare, los bienes se le devolvían en su totalidad, así como las rentas que por ellos se hubieren percibido. Es de hacer mención que el Código Civil del pueblo Galo, en aquella época, contenía en relación a ésto una contradicción, pues por una parte establecía la devolución de los bienes con todo y sus rentas, y por otra señalaba que las últimas pertenecían al poseedor provisional, dependiendo del tiempo que dicha posesión hubiere durado, de esta manera, si el ausente volvía antes de cumplirse quince años de la entrega de la posesión provisional de los bienes, se devolvía una quinta parte de las rentas; si lo hacía después se devolvía la décima parte. Si reaparecía pasados los treinta años, las rentas eran en su totalidad del poseedor.

Transcurridos treinta años de que los solicitantes habían adquirido la posesión provisional, sin que el ausente hubiera hecho acto de presencia o sin que se hubieren tenido noticias suyas, se configuraba el último periodo de la ausencia y la **posesión se convierte en definitiva**, quedando los poseedores provisionales liberados de la caución que hubieren otorgado, asimismo, si los bienes eran pedidos pasados los treinta años referidos, no era necesario que se otorgara caución para que se les diera la posesión definitiva de ellos. En esta etapa los bienes del ausente pueden entrar ya al comercio y cesa la contabilidad de rentas de los poseedores provisionales.

Entre los franceses, al igual que en España, se adopta el principio de que un sujeto se presume vivo hasta la edad de cien años, criterio que posteriormente

es desechado, arguyéndose que, por lo general, ningún sujeto vive mas de cien años. Otro punto muy discutido entre los juristas franceses fue el momento en el cual debía abrirse provisionalmente la sucesión del ausente, señalándose por un lado que esto tenía que suceder el día en que se recibiere la última noticia del ausente y por otro que lo adecuado era hacerlo en el momento que el juez entregara la posesión definitiva de los bienes a los parientes de aquél, puesto que en ese caso se podía presumir su muerte.

En nuestra opinión, los criterios tomados en cuenta por el Derecho Francés en cuanto a la sucesión del ausente se refiere, resultan un tanto inadecuados, toda vez que en el primero se habla del día en que se reciba la última noticia del mismo, siendo esto muy inexacto, pues quizás, a criterio del juzgador, hoy sucede dicha circunstancia, pero nadie puede asegurar que mañana no se reciba otra “ultima noticia” y dentro de un mes otra, y así sucesivamente, es decir, la interrogante sería ¿quién determina cuál es y en qué momento se recibe esa “ultima noticia”? En el segundo criterio, se maneja un sistema, desde nuestro punto de vista, demasiado apresurado, pues sin procedimiento alguno se presume la muerte del ausente, con la simple entrega de la posesión provisional.

El Código Francés se caracterizó por no admitir la presunción de muerte en situaciones de peligro, tal y como lo manejan el segundo y tercer párrafo del artículo 705 de nuestro ordenamiento Civil para el Distrito Federal, asimismo, como se señaló anteriormente, rechazó también la presunción de que pasados cien años de vida del sujeto ausente, éste era considerado muerto; además dependiendo del tiempo durante el que se prolongare la ausencia, se hablaba de distintos grados de incertidumbre.

1.4. Derecho Italiano

El Derecho Italiano no admitió, sin importar el tiempo que durare la ausencia, en ningún momento la presunción de muerte, no obstante y debido a las

circunstancias históricas acontecidas en la sociedad italiana, hubo algunas disposiciones legales que se encargaron de regular lo relativo al tema.

Mediante las Leyes de el 2 y el 11 julio de 1896 y 1904, respectivamente, se aceptó la presunción de muerte para los sujetos desaparecidos en la guerra de África, únicamente para efectos de sucesión y de que se entregara una pensión económica a sus familias.

Posteriormente, en enero de 1909, se expidió, con efectos más amplios, un decreto referente a la comprobación de las muertes acontecidas durante el terremoto del año anterior, el citado decreto establecía la publicación en la Gaceta Oficial, con intervalos de quince días, las listas de los desaparecidos durante el siniestro, con el objeto de que si transcurrido noventa días o un año desde la segunda publicación sin que se presentare controversia o noticias del “ausente”, éste fuere registrado como muerto en la oficina del Registro Civil. En este último supuesto indicado por Roberto de Ruggiero, es prudente preguntarse si el término señalado para esperar noticias del ausente es a elección del promovente, es decir, si se puede elegir entre esperar noventa días o un año, después de la última publicación, para poder registrar la muerte del ausente en el Registro Civil, sin embargo consideramos que se trata de una omisión del autor y que cada uno de los términos procede en supuestos distintos, no referidos en el texto que se analiza.

En 1913, para los desaparecidos en la guerra italo-turca, se ponen de nuevo en vigor las disposiciones de 1896, relativas a la guerra de África y, mas adelante, para los desaparecidos en el terremoto de 1915 o de Avezzano, vuelve a aplicarse el decreto de 1909, relativo al siniestro mencionado en el párrafo que precede.

Un conflicto bélico que dejó miles de personas desaparecidas en Italia, fue la primera guerra mundial, al término de la cual el gobierno Italiano determinó que los sujetos desaparecidos en dicho conflicto se presumían muertos, sin embargo no daba lugar a la apertura de la sucesión hereditaria y tampoco

disolvía el vínculo matrimonial, si no que el único efecto que tenía era la procedencia del pago de una pensión económica para la viuda y huérfanos de los militares perdidos.

En el año de 1919, se expide otro decreto que determina la presunta muerte de un militar, desaparecido con motivo de operaciones de guerra o hechos de armas, si transcurre un año desde el término del conflicto; lo mismo sucedía con aquellos sujetos cuya desaparición fuere producto de accidentes marítimos, computándose el tiempo desde la comprobación oficial del suceso. Cuando la desaparición fuere consecuencia de prisión de guerra o internado, deberían transcurrir dos años, después de que se pactare la restitución de los prisioneros o repatriación de los internados, para que se configurara la presunción de muerte. De lo anterior se desprende que el ordenamiento Civil Italiano en aquella época reguló la figura en estudio de tal manera que la presunción de muerte era solicitada por los herederos legítimos, el cónyuge, parientes consanguíneos, afines dentro del cuarto grado, en línea recta o colateral, el ministerio público o por quien demostrare algún interés. Cuando se declarare la muerte, el matrimonio quedaba disuelto y en aptitud el cónyuge presente para contraer nuevas nupcias, pero en el supuesto de que el desaparecido regresare, el nuevo matrimonio podía anularse a petición de cualquiera de los tres interesados, quedando a salvo los efectos civiles en lo que a los hijos se refería.

Fuera de los supuestos mencionados, no existió en el Derecho Italiano regulación alguna que presumiera la muerte de un sujeto de manera plena, por lo cual las medidas adoptadas por la ley eran muy similares a las de la sucesión, sin que en ningún momento se equipararan la muerte con la ausencia.

Debido a la necesidad de protección que debía darse al ausente y a los familiares que pudieran tener derecho alguno sobre sus bienes, la legislación italiana se vio en la necesidad de regular la ausencia en tres periodos:

“ausencia presunta”; “ausencia declarada, primer estadio” y “ausencia declarada, segundo estadio”.

El primer periodo del procedimiento señalado, se denominaba, como ya hemos dicho, **ausencia presunta** y para que esta etapa se presentara era necesario que el sujeto desapareciera de su domicilio o residencia y que además se tuviera duda sobre su existencia; no obstante esta situación, cabe señalar que durante este periodo imperaban las probabilidades de que el “ausente” estuviera vivo, por tal razón sus derechos eran estrictamente salvaguardados, anteponiéndolos, incluso, a los derechos que tuvieran sus presuntos herederos. La salvaguarda de los derechos del ausente, admitía dos situaciones, la primera de ellas era que aquél hubiere dejado mandatario para que éste se encargara de sus negocios; la otra que no lo hubiere dejado o que habiéndolo hecho, no gozara de poder suficiente para intervenir en todos los negocios de su mandante.

Para efectos de la segunda situación, la legislación italiana de la época disponía que cuando no hubiere mandatario, el Tribunal del lugar en que hubiere residido el ausente por última vez podía nombrar un administrador que tomara las medidas más adecuadas para la conservación del patrimonio del ausente. Por otro lado, si el mandatario dejado no poseía poder suficiente, el mismo Tribunal podía intervenir como tal en los actos en que estuviere impedido el primero.

El segundo periodo del procedimiento de ausencia era el denominado “**ausencia declarada**”, que como ya hemos señalado se dividía en dos estadios. En el primero existía un equilibrio en cuanto a la ausencia de un sujeto, es decir, tanto que aquél regresara como lo contrario era igual de probable, por ello se otorgaba un mayor goce de derechos sobre los bienes a los presuntos herederos, pues les era otorgada la posesión temporal de los bienes del ausente; sin embargo, a pesar de ello dichos herederos tenían que otorgar caución para tal efecto en la forma en que lo determinara el Tribunal y si no pudieran hacerlo la misma autoridad establecería las garantías que debían

dar para asegurar el patrimonio del ausente. Una vez que les hubiere sido dada la posesión debían hacer inventario de los muebles y descripción de los inmuebles que conformaren dicho patrimonio; no podían disponer de los bienes del ausente y para ello solo estaba facultada la autoridad; dependiendo del grado de parentesco que tuvieran con el ausente gozarían de determinada parte de las rentas que los bienes produjeran, pudiendo disfrutar de la totalidad de las mismas una vez que hubieren transcurrido treinta años de la ausencia del sujeto.

Para este primer periodo de la ausencia declarada era necesario, además de que hubiere incertidumbre sobre la existencia del sujeto no presente en su domicilio o residencia, que hubieren transcurrido más de tres años desde la ausencia del mismo o seis, contados a partir del momento en que se tuvieran las últimas noticias del ausente si éste había dejado administrador; y por último se requería, también, que el Tribunal competente, a través de una sentencia hiciera la declaración correspondiente.

La declaración de ausencia podía solicitarse, igual que la ausencia presunta, por los probables herederos, legítimos o testamentarios, o bien, por cualquier persona que se creyere con derecho sobre los bienes del “ausente”.

El procedimiento de ausencia declarada, en este su primer estadio, iniciaba con una providencia que ordenaba la práctica de investigaciones sobre la existencia del “ausente”, la publicación de la misma fijándola en la puerta del último domicilio de aquél, la notificación de ambas circunstancias a los interesados y al procurador del ausente, así como una doble inserción de dicha providencia en los diarios oficiales del reino y del distrito a efecto de obtener información de quien la pudiera proporcionar; y, por último, una sentencia que declarara formalmente la ausencia, su publicación y notificación, al igual que la providencia descrita, sin embargo y a pesar de este largo procedimiento, dicha sentencia no producía efectos inmediatamente sino hasta transcurridos seis meses después de haber sido dada a conocer a los interesados.

El **segundo estadio de la “ausencia declarada”** era la última etapa del procedimiento y se caracterizaba porque durante ella las probabilidades de muerte del ausente imperaban sobre las de vida, por tal motivo se otorgaba a los presuntos herederos una mayor amplitud de derechos con respecto a los bienes del ausente, tal y como si se tratara de una verdadera sucesión originada por la muerte del testador, en virtud de esta circunstancia se les otorgaba la posesión definitiva, lo cual significaba el retiro de cauciones o garantías que hubieren otorgado al serles conferida la posesión temporal, no tenían que estar sujetos a vigilancia sobre su administración ni dependían más de decisiones judiciales, además podían disponer de los bienes como si fueren los legítimos propietarios. Pese a todos los nuevos derechos adquiridos, la posesión definitiva de los presuntos herederos sobre los bienes del ausente estaba sujeta a revocación en el supuesto de que éste último regresare o bien, que se comprobare el momento de su muerte y de esa situación resultaren ser otros los herederos legítimos.

Para que tuviera lugar la posesión definitiva era necesario que transcurriesen treinta años desde que se hubiere otorgado la temporal o bien, cien años desde el nacimiento del ausente, siempre que no se tuvieran noticias de él los tres años anteriores a la desaparición; una sentencia que declarara la posesión temporal en definitiva o que ordenara esta última cuando no hubiere previamente temporal.

1.5. Derecho Mexicano

Para tener una idea más concreta de la manera en que han ido evolucionando la ausencia y la presunción de muerte en nuestro Derecho interno creemos conveniente hacer un poco de historia por lo que respecta a la vida de nuestro Código Civil para el Distrito Federal.

*“Al independizarse México de España sobrevino un caos legislativo por la diversidad e incertidumbre de las leyes. Se ignoraba si las disposiciones españolas seguían vigentes. No se sabía cuáles ni en qué orden lo seguían estando, ya que por muy diversas causas, se omitió sustituir las disposiciones españolas con leyes nacionales.”.*⁶

De sobra sabemos que el México independiente, en sus primeros años, vivió una crisis económica, política, social y, por supuesto, legislativa, pues el nuevo estado comenzaba a dar sus primeros pasos sin la ayuda de España, por lo que sus dirigentes carecían de experiencia en el gobierno, situación que provocó el caos referido. No obstante esta situación, nuestro país debía salir adelante como nación y ello implicaba una estricta organización en todos los aspectos y el legislativo no podía quedarse atrás, prueba de ello es el nacimiento de nuestra primera Carta Magna el 4 de octubre de 1824 y, desde luego, los primeros antecedentes de nuestro actual Código Civil. Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento Civil vigente para el Distrito Federal, es necesario señalar que éste vio por primera vez la luz en el año 1870 y que catorce años más tarde sería reproducido casi en su totalidad para dar origen al de 1884; asimismo este último sería reemplazado por el promulgado en 1928, el cual, con algunas modificaciones, nos rige hasta la fecha.

A efecto de tener un mayor conocimiento tanto de la ausencia como de la presunción de muerte, creemos conveniente hacer un breve estudio de los ordenamientos referidos a fin de darnos cuenta de la evolución histórica de las figuras señaladas. Luego entonces, es menester señalar que el Código Civil para el Distrito Federal y territorio de Baja California de 1870, siendo el primero de los ordenamientos en la materia, para los territorios indicados, consignaba ya en su texto las multicitadas figuras; de la misma forma, y en vista de que dicho cuerpo legislativo fue transcrito casi en su totalidad para dar lugar al de

⁶) **Diccionario Jurídico 2000**, Informática Jurídica profesional, México, 2000, disco compacto.

1884, este último regularía la ausencia y la presunción de muerte en los mismos términos, salvo algunas variantes sin trascendencia alguna.

Englobando las disposiciones de los ordenamientos Civiles locales de 1870 y 1884 y dejando en claro que las diferencias existentes entre ambos son, primordialmente, los numerales de los artículos a tratar, comenzaremos diciendo que los cuerpos normativos indicados contenían, casi en su totalidad, las mismas disposiciones contenidas en nuestro actual Código Civil vigente, pues la evolución histórica de los ordenamientos supracitados, por cuanto hace a la ausencia y a la presunción de muerte, es básicamente en lo relativo a la reducción de los plazos para promover cada una de las etapas del procedimiento. Por las razones expuestas creemos irrelevante referirnos a cada una de las disposiciones contenidas en los Códigos de 1870 y 1884, puesto que ello es materia de estudio del tercer capítulo de esta investigación y será abordado en el momento oportuno (gráfica 1).

Posteriormente, en el año de 1917, el entonces presidente, Venustiano Carranza, promulgó la Ley Sobre Relaciones Familiares, que fue el ordenamiento que reguló la ausencia y la presunción de muerte después del Código Civil para el Distrito Federal de 1884. Es importante señalar que la citada ley no hacía mas que transcribir la mayoría de los artículos ya manejados por el Código referido y por el antecesor del mismo, aunque, por supuesto, contenía algunas diferencias que eran especialmente la reducción de tiempos en el procedimiento.

“...tratándose de ausencia, las disposiciones del Código Civil satisfacen en lo general el objeto para que fueron dictadas; pero expedidos en una época en que las comunicaciones eran muy difíciles, establecieron plazos muy largos para la declaración de la ausencia y de la presunción de muerte, plazos que, en la actualidad, no sólo son inútiles, sino también perjudiciales, pues durante ellos los bienes del ausente se demeritan y no explotan debidamente, lo cual

redunda en perjuicio de los herederos presuntos y de la misma sociedad que tiene esencial interés en la debida explotación de la riqueza.”⁷

Una de las diferencias mas importantes de esta Ley en relación con el Código Civil local de 1884 fue la reducción de los plazos para pedir la declaración de ausencia, quedando en tres años para el caso de que se hubiere nombrado representante (contados a partir del día del nombramiento) y en cinco para cuando el ausente hubiere dejado representante o apoderado (contados desde la desaparición del ausente, si no se tenían noticias suyas, o desde la fecha en que se hubieren tenido las últimas); cabe recordar que los plazos establecidos por los ordenamientos Civiles, tanto de 1870 como de 1884, eran de cinco y diez años, respectivamente. También se reduce de cinco a dos años el plazo otorgado a los interesados para solicitar al juez que exija garantía al apoderado.

La ley en estudio omite la disposición de los multicitados Códigos de 1870 y 1884, que señala claramente que la declaración de ausencia no disuelve el matrimonio pero si suspende la sociedad conyugal. Asimismo se omiten varias disposiciones más que determinan: el derecho del cónyuge presente, en el supuesto de sociedad conyugal, a obtener la mitad de las utilidades de los bienes, quedando a salvo su derecho a alimentos que deberá determinarse con audiencia de los herederos; la restauración de la sociedad conyugal, cuando hubiere sido interrumpida por la declaración de ausencia, si, después de dicha declaración el ausente volviere, siendo propiedad del cónyuge presente los gananciales adquiridos; la devolución a los herederos de los gananciales que el cónyuge presente hubiere recibido de más, si se comprobare que el ausente murió antes de la declaración de ausencia, pues los gananciales solo debían ser comunes hasta la fecha del fallecimiento y ; la separación de bienes y su entrega a los herederos correspondientes, cuando ambos cónyuges desaparecieren simultáneamente. Además de lo anterior, los Códigos de

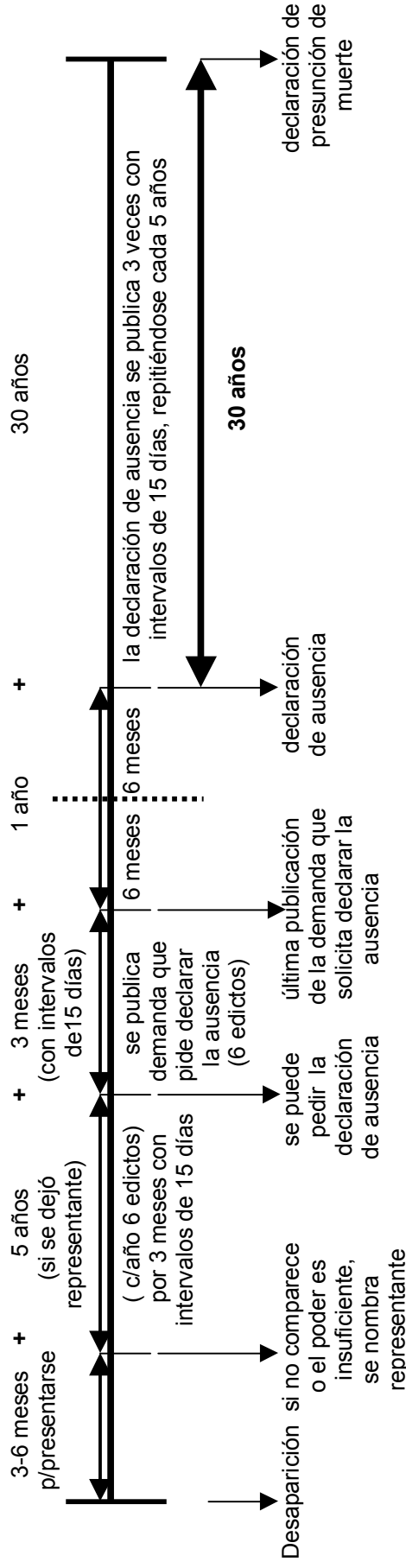
⁷) **Considerando de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917**, <http://www.congreso.jal.gob.mx/legislacion/LeyesAbrog/LeyRelFam.html>, 02 de diciembre de 2003, 15:43 horas.

referencia indicaban que los bienes del ausente debían entregarse con los gananciales correspondientes, sin embargo la Ley Sobre Relaciones Familiares únicamente se refería a los bienes, omitiendo gananciales.

La última modificación contenida por la expuesta ley es en cuanto a la declaración de presunción de muerte del ausente, pues se reduce el plazo de treinta a quince años, contados desde la declaración de ausencia.

Después de los ya citados Códigos Civiles y la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, en el año de 1928, surge un nuevo Código Civil, que, cuando menos en materia de ausencia y presunción de muerte, tendría muy pocos cambios en relación con los ordenamientos citados y dichas discrepancias serían, nuevamente, en cuanto a los tiempos y plazos empleados en el procedimiento. Como podemos recordar la Ley referida redujo considerablemente los plazos establecidos por los Códigos Civiles de 1870 y 1884 para los casos de ausencia y presunción de muerte, pues bien, el ordenamiento Civil de 1928 los redujo aún más, de tal manera que quedarán contemplados como se encuentran en nuestro actual ordenamiento Civil, tema que vamos a tratar en el apartado correspondiente. Entretanto hay que mencionar que dentro de los pocos cambios sufridos por el Código de 1928 están la introducción en el mismo de un artículo que señala el orden de las personas que pueden ser nombrados depositarios de los bienes del ausente, comenzando por el cónyuge, uno de los hijos mayores de edad y designado por todos de común acuerdo, el ascendiente más próximo en grado o el heredero presuntivo nombrado por el juez; por otra parte se impone al representante del ausente la obligación de formar inventario y avalúo de los bienes y otorgar caución en el término de un mes (contados, según nuestro parecer, desde el día del nombramiento); y, se concede a los poseedores provisionales el derecho de conservar la totalidad de los frutos industriales que produjeran los bienes del ausente, así como la mitad de los naturales y civiles, si el ausente se presentare antes de la declaración de presunción de muerte.

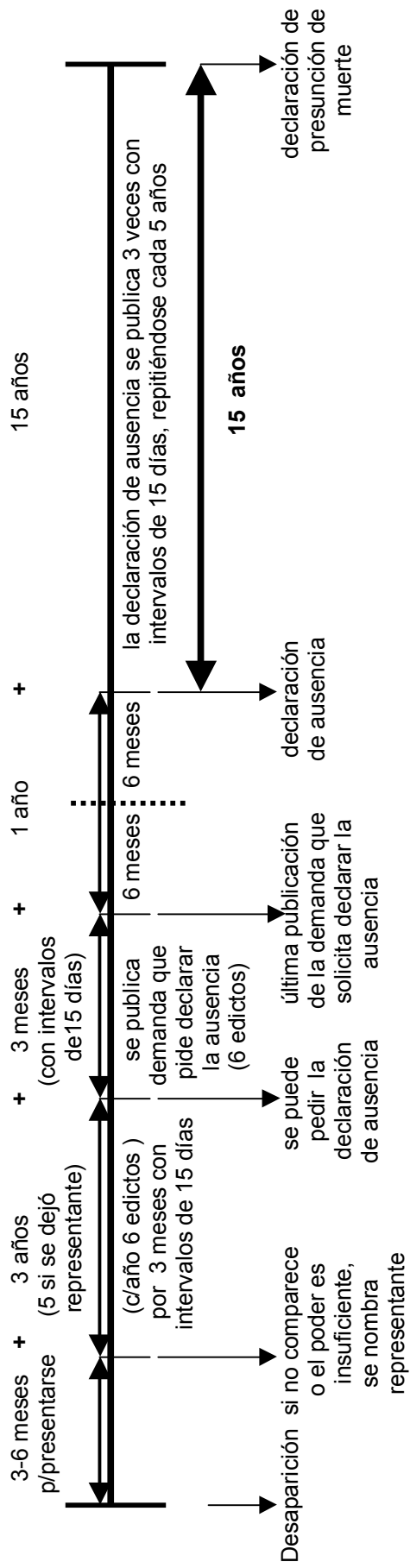
LOS PROCEDIMIENTOS DE AUSENCIA Y PRESUNCIÓN DE MUERTE EN LOS CÓDIGOS DE 1870 Y 1884



Grafica 1. El esquema presentado esboza la duración de cada uno de los periodos del procedimiento en estudio en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, desde la desaparición del sujeto hasta la declaración de presunción de muerte, pasando por la declaración de ausencia, lo cual arroja un resultado de 37 años hasta la última etapa del procedimiento si hubiere oposición para declarar la ausencia. En caso de que no existiere tal oposición se estaría hablando de un tiempo de 36 años y 3 meses. Ahora bien, en caso de que el ausente hubiere dejado representante, la duración del procedimiento hasta la última fase aumenta a 42 años, (41 años y 3 meses si no había oposición), puesto que se duplica el término para poder pedir la declaración de ausencia.

(.....) Indica que entre el periodo que divide existen seis edictos que se repiten porque hubo oposición para declarar la ausencia. (se habla de tres meses, aproximadamente).

LA AUSENCIA Y LA PRESUNCIÓN DE MUERTE EN LA LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917



Grafica 2. Como puede observarse, la Ley sobre Relaciones Familiares reduce en gran medida los tiempos de duración en cada una de las fases del procedimiento que nos ocupa, desde la desaparición del sujeto hasta la declaración de presunción de muerte y en caso de oposición se habla de un lapso de 20 años, en caso de que no existiere oposición para declarar la ausencia se restaría un periodo de 9 meses, quedando en 19 años y 3 meses. Si el ausente hubiere dejado representante, la duración del procedimiento hasta la última fase sería de 22 años ó 21 años con 3 meses, según hubiere o no oposición.

(.....) Indica que entre el periodo que divide existen seis edictos que se repiten porque hubo oposición para declarar la ausencia.

- # Capítulo 2
- 2.1. Matrimonio**
 - 2.2. Disolución del matrimonio**
 - 2.2.1. Divorcio**
 - 2.2.2. Nulidad**
 - 2.2.3. Muerte**
 - 2.3. Domicilio**
 - 2.4. Ausencia**
 - 2.4.1. Ausentes**
 - 2.4.2. No presentes**
 - 2.4.3. Desaparecidos**
 - 2.5. Presunciones**
- # Conceptos Básicos

CAPITULO 2 CONCEPTOS BÁSICOS

2.1. Matrimonio

Recordemos que la familia es la base de nuestra sociedad y que ella no es otra cosa que una consecuencia del matrimonio, pues un hombre y una mujer deciden por voluntad propia unir sus vidas mutuamente, cumpliendo con una serie de deberes que, lógicamente, acarrearán el goce de determinados derechos. Debido a la importancia que reviste el matrimonio, el estado se ve en la necesidad de establecer normas que van a encargarse de la regulación del mismo, pues aún cuando éste se deriva propiamente de la naturaleza humana, no puede negarse su trascendencia social y jurídica.

Hablar del matrimonio, es hacerlo también de una serie de aspectos que conllevan situaciones de carácter moral, social, ético, jurídico e inclusive teológico, toda vez que, inicialmente, el matrimonio estuvo regulado bajo cánones eminentemente religiosos y que, aún hasta la fecha, aunque no con la misma importancia, las agrupaciones religiosas, tienen gran influencia en lo relativo a esta figura.

Para comenzar con el estudio del tema que nos ocupa, es imprescindible dejar en claro, previamente, los diversos conceptos que vamos a manejar a lo largo de esta investigación y si hemos de hablar de la disolución del matrimonio es preciso, entonces, que demos un concepto de lo que es el matrimonio y analicemos varios aspectos del mismo.

De acuerdo con el autor Guillermo Cabanellas, “la palabra matrimonio deriva de la voz latina *matrimonium*, que a su vez procede de los vocablos *matris* y *manium*, refiriéndose el primero a madre y el segundo a carga u oficio, por lo

que resulta, entonces que, matrimonio significa carga u oficio que corresponde a la madre.⁸

Interesante, sin duda, resulta el estudio de esta raíz latina, pues desde los tiempos más antiguos, el ser humano ha vivido bajo un sistema patriarcal, razón por la cual es curioso que la base de la célula principal de esa sociedad sea alusiva, no al padre de familia si no a la madre. Sin embargo, creemos, como lo explican muchos doctrinarios y la significación misma de la palabra, que, si bien, dentro del matrimonio cada uno de los consortes tiene deberes que cumplir, también creemos que la mujer constituye el apoyo más fuerte dentro del mismo y por ende es ella quien tiene dentro de esa relación conyugal los deberes mas importantes, tales como la educación y el cuidado de los hijos.

Continuando con la significación de la palabra matrimonio nos encontramos que se le puede definir como “... *la unión plena, permanente, religiosa y legal entre personas de sexo distinto.*”⁹

De acuerdo a lo anterior, nos encontramos en la necesidad de manifestar nuestra parcial discrepancia con la idea vertida, pues cierto es que el matrimonio constituye una unión plena puesto que hombre y mujer al contraer nupcias se transforman en un todo, en una unidad total que al ser regulada por el derecho se convierte en legal y que al celebrarse entre aquéllos implica la diferencia sexual, sin embargo la religión no cabe en este concepto, pues de permitirlo se estaría negando el carácter laico del estado. Tomando en cuenta que el concepto vertido no es dado por un profesional del derecho, creemos que adolece de muchos elementos constitutivos y esenciales de la figura en estudio y que debido a la misma razón se hace la mezcla estado-religión.

⁸) CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, T. V., Edit. Heliasta, S. R. L., 21ª ed., Argentina, 1989, p. 339.

⁹) **Enciclopedia universal ilustrada Europeo-Americana**, T. XXXIII, Vol. 33, Editorial Espasa Calpe, S. A., España, 1981, p. 1014.

En términos jurídicos existe una diversidad de opiniones, en cuanto al matrimonio se refiere, pues los doctrinarios no logran un acuerdo en la naturaleza jurídica del mismo, por tales motivos algunos lo definen como una institución, otros más afirman su carácter contractual, algunos otros lo señalan como un acto jurídico y varios más le atribuyen las características de un acto de poder estatal. Los partidarios del matrimonio como institución señalan dicha naturaleza para la figura en estudio, puesto que *“Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y que persiguen una misma finalidad.”*¹⁰ Luego entonces, afirman, que el todo orgánico es el matrimonio, cuyos fines son, entre otros, la comunidad de vida, la ayuda mutua y la procreación de la especie, sujetándose aquél a las normas correspondientes.

Por lo que hace a los prosélitos de la unión conyugal como contrato, tenemos que éstos basan dicha idea, en el carácter esencial que tiene el acuerdo de voluntades de las partes en la celebración del matrimonio; algunas ideas que dejan ver esto con más claridad son las expresadas por Magallón Ibarra: *“nosotros creemos que es acertada...la calificación...que el legislador...ha realizado del carácter contractual del matrimonio...y a él concurren dos supuestos: el consentimiento que se convierte en la unión y su objeto que se cristaliza en la procreación y la ayuda mutua.”*¹¹

*“...el matrimonio es y seguirá siendo un acuerdo de voluntades y por lo tanto, en su forma preliminar un contrato mismo”*¹²

Existen otras opiniones que atribuyen al matrimonio el carácter de acto de poder estatal, pues se dice que sin la declaración formal que hace el estado respecto de la unión conyugal, ésta no podría surgir; ello implica que la voluntad

¹⁰) ROJINA VILLEGAS, Rafael, **Derecho de familia**, T. I, Vol. II, Edit. Antigua librería Robredo, 1959, p. 164

¹¹) MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, **Instituciones de Derecho Civil**, T. III, Edit. Porrúa, 2ª ed., México, 2001, p. 215.

¹²) *íbidem*, p. 233

de los contrayentes es solo un requisito que debe existir previo a la declaración referida.

Por último, otra de las posturas adoptadas es la que define al matrimonio como un acto jurídico, cabe señalar que, al igual que los seguidores de la teoría contractual del matrimonio, quienes sostienen esta opinión se basan en que la unión conyugal se origina con la voluntad de los contrayentes, sin embargo, aludiendo a la máxima de que “todo contrato es un acto jurídico pero no todo acto jurídico es un contrato”, niegan terminantemente que se le pueda calificar de contrato en virtud de que su naturaleza no es económica. Aunado a lo anterior, se dice que el matrimonio, como tal contiene todos los requisitos que debe llenar un acto jurídico, es decir elementos de existencia y de validez.

“Podemos determinar como elementos esenciales de un acto jurídico: la manifestación de la voluntad y la existencia de un objeto física y jurídicamente posible; pero en el caso especial del matrimonio debemos agregar, además, la celebración ante la presencia del juez del Registro Civil y dos testigos (solemnidad), y la diferencia de sexos.”¹³

Una vez señalados los diversos criterios que aluden a la naturaleza jurídica del matrimonio, creemos conveniente dar una definición de la figura en comento, para ello vamos a referirnos a varios autores y haremos un breve análisis de cada uno de sus conceptos.

De Diego se refiere al matrimonio como: *“El contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por el cual se unen perpetuamente el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos.”¹⁴*

¹³) CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., **La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas-Conyugales**, Edit. Porrúa, 3ª ed., México, 1995, p. 88

¹⁴) Citado por José Castán Tobeñas en el **Derecho Civil Español Común y Foral, Derecho de Familia**, T. V, Vol. I, Edit. Reus, S. A., España, 1994, p. 200.

Ahrens, refiriéndose también al matrimonio señala que *“Es la unión formada por dos personas de distinto sexo, a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia.”*¹⁵

De Casso lo define como *“La unión solemne e indisoluble de hombre y mujer para prestarse mutuo auxilio y procrear y educar hijos.”*¹⁶

Cabanellas se refiere a él como *“una sociedad compuesta por sólo dos personas, que han de ser de sexo diferente, por lo general tiende a la propagación más o menos inconsciente de la especie, además de fortalecerse por la ayuda mutua, asentada en el propósito inicial de compartir la misma suerte a través del vínculo que los une, con ciertas comunidades patrimoniales y solo disoluble en los casos y según los modos estrictamente determinados en la ley”*¹⁷

En la opinión de Chávez Asencio, el matrimonio *“es un compromiso jurídico, público y permanente de vida conyugal”*¹⁸

La ley sobre relaciones familiares de 1917, en su artículo 13, establecía: *“el matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen en vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”*.

Por último, nuestro Código Civil vigente en el Distrito Federal señala, en su numeral 146 que *“matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y*

¹⁵) Citado por Guillermo Cabanellas, op. cit., T. VI, Edit. Heliasta, S. R. L., 21^a ed, Argentina, 1989, p. 339.

¹⁶) Ídem

¹⁷) Íbidem, p. 340.

¹⁸) CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., op. Cit., p. 72.

ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada”.

Atendiendo a las ideas vertidas y analizando cada una de ellas podemos argumentar que, como se observa, varios de los autores citados como de Diego y Chávez Asencio hablan del matrimonio como una unión perpetua, siendo ello, en nuestra opinión, una concepción errónea, toda vez que la palabra perpetuo, implica eternidad, situación que no puede darse, en virtud de la naturaleza física del ser humano, pues cabe recordar que todos estamos destinados a morir y para atribuir la calidad mencionada a la unión conyugal, sería necesario que el ser humano fuese inmortal. Por otro lado, De Casso se refiere a la unión conyugal como indisoluble, lo cual contraviene las disposiciones legales vigentes, pues debemos recordar que la misma ley establece las formas a través de las cuales puede disolverse dicho vínculo. Desde nuestro punto de vista, la definición que hace Cabanellas de la figura en estudio es la mas acertada, puesto que, a nuestro parecer, contiene todos los elementos, tanto de existencia como de validez, que integran el concepto de matrimonio, es decir, el consentimiento; un objeto posible física y jurídicamente y solemnidad, por un lado y, por otro lado, capacidad de las partes; ausencia de vicios en la voluntad, objeto, motivo o fin lícitos y la forma exigida por la ley.

En nuestra opinión el matrimonio es un acto jurídico celebrado entre un hombre y una mujer, por voluntad propia, efectuado con las formalidades debidas y ante la autoridad competente, en virtud del cual ambos se unen en un vínculo disoluble únicamente por muerte o en los casos expresamente señalados por la ley y el cual tiene como finalidad la ayuda mutua, de carácter moral, espiritual y económica, así como la procreación de los hijos, la fidelidad y la cohabitación entre otras.

Una vez que ha quedado establecida la significación de la palabra matrimonio, es fundamental que hagamos una breve reseña sobre lo que se refiere a los fines que persigue.

Podemos entender como fin del matrimonio aquello que se persigue con la realización de la unión conyugal, a saber: la comunidad de vida, la ayuda mutua y la procreación de la especie, entre otros. En atención a esta idea y considerando los elementos, tanto de existencia como de validez de todo acto jurídico, tenemos que la ausencia de objeto o fin en el matrimonio trae consigo la inexistencia del mismo, puesto que es un elemento necesario que señala nuestra legislación civil vigente en el Distrito Federal, determinando ésta que cuando falte alguno de esos elementos dicho acto no producirá ningún efecto legal, es decir, será inexistente, no habiendo forma alguna de remediar dicha circunstancia, ello según lo dispuesto por el artículo 2224 del ordenamiento en comento.

Además de la necesidad de que todo acto jurídico tenga un objeto, es indispensable señalar que el mismo deberá poseer las características de posibilidad y licitud, pues de lo contrario estaría afectado de invalidez al carecer de un elemento tan importante; como puede observarse absurdo resultaría que se contemple como fin matrimonial circunstancia alguna que no pueda realizarse, asimismo se tornaría incoherente que la ley permitiese una unión que como finalidad tuviera contravenir lo dispuesto por el orden jurídico establecido, sin embargo, el código de referencia, en su artículo 2225, señala que, en este supuesto se producirá la nulidad, ya sea absoluta o relativa, según el caso, siendo subsanable esta última e insubsanable la primera.

Por lo que puede observarse, todo acto jurídico, en este caso el matrimonio, debe perseguir un objeto o fin, debiendo ellos ser lícitos y posibles; asimismo cualquier pacto que entre los cónyuges se celebre y sea contrario a los fines de

la unión matrimonial, será considerado nulo por nuestro Derecho, situación que no hace mas que confirmar lo señalado en los párrafos anteriores.

El código sustantivo de la materia no da una definición concreta de lo que considera como fines del matrimonio, no obstante esta circunstancia, dicho ordenamiento si menciona, en su artículo 146, aunque no literalmente, que los fines que persigue la unión en estudio son la comunidad de vida, la ayuda mutua y la procreación de manera libre, responsable e informada, al respecto vale la pena mencionar que este último fin está consagrado en el segundo párrafo del artículo cuarto constitucional como una garantía del gobernado. Por otro lado, el artículo 162 del ordenamiento citado impone a ambos cónyuges la obligación de contribuir, cada uno por su parte, a lograr los fines del matrimonio.

Al respecto se dice que: “Múltiples son los fines que los autores señalan al matrimonio: la satisfacción del instinto genésico, moralización del amor, procreación, educación de la prole, auxilio reciproco de los cónyuges, felicidad mutua, vida en común, perfeccionamiento, complemento sexual, etc. Es un error pretender que el matrimonio tiene uno solo de estos fines, ya que todos pueden ser realizados en él”¹⁹

La idea transcrita nos da a entender que el matrimonio no tiene solamente una finalidad, y mucho menos que de entre todos los fines que persigue pueden elegirse unos y desecharse otros, por el contrario, estamos totalmente de acuerdo en que pueden resultar, además de los mencionados muchos fines mas, sin embargo no siempre van a realizarse todos ellos y esta situación no necesariamente implica el fracaso de la unión conyugal.

Chávez Asencio nos habla, en concreto, de tres fines del matrimonio “... *el amor conyugal que comprende la relación sexual y la comunicación espiritual; la promoción integral de los cónyuges, que significa algo más que la ayuda y*

¹⁹⁾ **Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana**, op. cit., p. 1015

*socorro mutuos, pues a través de la promoción se busca la plena realización de los consortes; también, sin que signifique último, si no simple relación de fines, está la procreación responsable... Para lograr los fines objetivos, existe una serie de deberes conyugales recíprocos entre la pareja, y un conjunto de derechos y obligaciones entre los cónyuges de carácter económico que son también recíprocos.*²⁰

Como se advierte, en general son tres los fines que persigue la unión matrimonial, a saber: amor conyugal, que incluye tanto el aspecto sexual como el espiritual y moral; la promoción humana, como lo llama Chávez Ascencio, que abarca el socorro y la ayuda mutua y, por último, la procreación responsable que engloba también la obligación de los progenitores a proporcionar a los hijos lo necesario para su desarrollo integral. Es de resaltarse la íntima relación que existe entre estos tres fines, pues del amor, surge la necesidad de proporcionar al otro cónyuge todo el apoyo que sea necesario desprendiéndose también la decisión de perfeccionar ese amor con la procreación de hijos, comprometiéndose ambos cónyuges a prestarse ayuda, en lo que a cada uno corresponda, para la educación de esos hijos.

2.2. Disolución del matrimonio

Para entrar de lleno al tema de la disolución matrimonial, es indispensable dar una idea de la palabra disolución, por lo que procedemos a señalar que dicho vocablo *“proviene de la locución latina disolveré o disolví, que significa separar, desunir o destruir”*²¹. Hablando entonces de matrimonio, podemos afirmar que disolución del matrimonio se refiere a la separación de los cónyuges, puesto que se encuentran unidos por el vínculo matrimonial, razón por la cual también se habla de desunirlos; asimismo se puede decir que se destruye la relación que une a ambos cónyuges.

²⁰) CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel, op. cit., p. 165

²¹) CABANELLAS, Guillermo, op. cit., T. III, p. 273

Por disolución del matrimonio se entiende: *“el término o conclusión del vínculo personal y económico entre los cónyuges reales o aparentes. Puede ser natural, por muerte de uno o ambos consortes; legal por el divorcio, donde se admite,...; o especial, la nulidad...”*.²²

*“Por disolución del matrimonio se entiende la ruptura del vínculo matrimonial que unía al hombre y a la mujer y que los deja en libertad de contraer nuevo matrimonio.”*²³

En nuestro derecho local existen tres formas de disolver la unión matrimonial, ellas son: el divorcio, sea voluntario o necesario, la nulidad y la muerte; por ello estamos en desacuerdo con el concepto anterior, toda vez que la disolución del matrimonio no siempre deja a los consortes en libertad para contraer nupcias nuevamente, tal es el caso de la muerte, en el cual ello no es factible para el consorte que ha fallecido. Todas las formas referidas las estudiaremos oportunamente en el capítulo que corresponda.

2.2.1. Divorcio

Como se ha manifestado anteriormente, el divorcio es una de las formas que la ley señala para la disolución del vínculo matrimonial, y dada la importancia del tema es necesario introducirnos un poco en el significado de la palabra, para ello y según el Diccionario Jurídico 2000, debemos referir que *“la palabra divorcio deriva de las expresiones latinas divortium y divertere, que significan separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes o diferentes.”*²⁴

²²⁾ Íbidem, p. 277

²³⁾ **Diccionario Jurídico 2000**, op. cit., disco compacto.

²⁴⁾ Ídem

*“El divorcio es la disolución del matrimonio, pronunciada por la justicia, en vida de ambos esposos”.*²⁵

*“...el criterio de divorcio vincular que actualmente se maneja, como disolución absoluta del vínculo matrimonial que deja a los esposos divorciados en aptitud de celebrar nuevo matrimonio”.*²⁶

Guillermo Cabanellas dice al respecto lo siguiente: *“...referido a los cónyuges cuando así le ponen fin a la convivencia y al nexo de consortes. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido, viviendo ambos esposos.”*²⁷

De acuerdo con el Diccionario Jurídico 2000: *“Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido.”*²⁸

De lo anterior se desprenden cinco elementos que debe reunir el divorcio, a saber:

- A) Disuelve el matrimonio
- B) Esta señalado en la ley
- C) Es declarado por una autoridad judicial o administrativa
- D) Se presenta en vida de ambos consortes
- E) Deja a los sujetos en aptitud de contraer nuevas nupcias

De los elementos que se indican, podemos extraer el siguiente concepto: El divorcio es una forma de disolución matrimonial, señalada por la ley y declarada

²⁵) GARRONE, José Alberto, **Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot**, T. I, Editorial Abeledo-Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 1980, p. 782

²⁶) BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, **Derecho de Familia y Sucesiones**, Editorial Oxford University Press, México, 2002, p. 147

²⁷) CABANELLAS, Guillermo, op. cit., T. III, p. 291

²⁸) **Diccionario Jurídico 2000**, op. cit., disco compacto.

por una autoridad competente, en vida de ambos cónyuges, por virtud del cual éstos quedan en aptitud de contraer nuevo matrimonio.

El divorcio, según el caso, puede clasificarse de acuerdo a la voluntad de las partes y a la autoridad que conoce de él. Tratándose de la voluntad de las partes puede ser necesario o contencioso y voluntario o por mutuo consentimiento, éste a su vez puede ser judicial o administrativo. Por cuando se refiere a la autoridad que conoce de él, el divorcio puede ser administrativo o judicial y éste se subdivide en voluntario o necesario.

Divorcio Voluntario

Tal y como su nombre lo indica, en esta clase de divorcio interviene la voluntad de los sujetos, al igual que en el momento mismo de la celebración del matrimonio, es decir, ambos consortes están de acuerdo en poner fin al vínculo que los une y con ello a los deberes que tienen uno para con el otro.

El divorcio voluntario puede definirse como *“la forma de disolución del vínculo matrimonial por la que deben optar los esposos cuando, sin aducir causa específica y reuniendo los requisitos de ley, hayan decidido poner fin al matrimonio.”*²⁹

Este tipo de divorcio, según el caso, puede ser judicial o administrativo, uno y otro se caracterizan por la ausencia de controversia, toda vez que ambos sujetos están de acuerdo en la disolución conyugal, sin embargo, el procedimiento será administrativo, tramitándose ante el Juez del Registro Civil, cuando se reúnan los requisitos indicados en el artículo 272 de nuestro Código Civil local, en el caso de que faltare alguno de esos requisitos se procederá por la vía judicial, ante un juez de lo familiar y con la presentación de la solicitud correspondiente.

²⁹) BAQUEIRO ROJAS, Edgard, op. cit., p. 155

El trámite del divorcio voluntario por la vía administrativa, es a nuestro parecer, el camino más sencillo para disolver la unión conyugal (en comparación con el voluntario judicial y el necesario), sin embargo para proceder al trámite es necesario que los consortes reúnan previamente los requisitos marcados por el numeral 272 del Código Civil para el Distrito Federal, mismos que son los siguientes:

- A)** Que haya transcurrido un año o más desde la celebración del matrimonio.
- B)** Que ambos decidan divorciarse de común acuerdo.
- C)** Que sean mayores de edad.
- D)** Que hayan liquidado la sociedad conyugal si el matrimonio se contrajo bajo ese régimen patrimonial.
- E)** Que la consorte no esté embarazada.
- F)** Que no tengan hijos comunes o teniéndolos sean mayores de edad y no requieran alimentos.
- G)** Que ninguno de los consortes necesite alimentos

Si la pareja reúne todas estas exigencias que señala la ley, podrán acudir ante el Juez del Registro Civil del domicilio de alguno de ellos y manifestarle a éste su deseo de divorciarse, hecho esto el Juez del Registro Civil pedirá a los interesados que se identifiquen y posteriormente levantará el acta correspondiente en la cual conste la solicitud de divorcio. Enseguida citará a los consortes para que se presenten a ratificar ante él la solicitud referida, ello deberá ser a los quince días de haberse presentado la solicitud de mérito, si así sucede y la última es ratificada el Juez hará la declaración de divorcio en ese momento y levantará el acta correspondiente a tal circunstancia haciendo la debida anotación en el acta del matrimonio contraído por los solicitantes. Cabe señalar que el Código Civil para el Distrito Federal no impone a los solicitantes la obligación de comprobar ante el Juez del Registro que realmente cumplen con los requisitos que el mismo ordenamiento establece, sin embargo el cuerpo

legislativo en cita si determina que si el divorcio administrativo se obtiene sin haberse llenado previamente los debidos requerimientos legales, no producirá efecto alguno, quedando los solicitantes sujetos a las penas que establezca la ley.

Cuando los cónyuges no reúnan los requisitos establecidos para solicitar el divorcio administrativo podrán proceder entonces por la vía judicial, sin que esto implique controversia entre ellos, pues de igual manera ambos están de acuerdo en la disolución de su matrimonio. En este orden de ideas, es competente para conocer del asunto un Juez de lo familiar con residencia en el domicilio de la persona que promueva, en este caso puede ser el del domicilio conyugal si ambos viven juntos o el del cónyuge promovente cuando no exista ya domicilio conyugal. Luego entonces, los solicitantes deben acudir ante la autoridad citada y someterán a su aprobación un convenio que contendrá los siguientes puntos:

- A)** Indicación de la persona que, durante el procedimiento y una vez decretado el divorcio, asumirá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces.
- B)** La manera en la que, durante el procedimiento y una vez declarado el divorcio, se van a atender las necesidades de los hijos a los que deberá darse alimentos, especificando la forma de pago de los mismos y la garantía que se deberá otorgar para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, así como la cantidad o porcentaje que por tal concepto deba otorgarse a favor del acreedor alimentario.
- C)** El señalamiento del consorte que, durante el tramite del divorcio, ocupe la casa conyugal y los enseres familiares.
- D)** La casa en que habitarán cada uno de los consortes y los hijos, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, debiendo ambos sujetos notificar los cambios de domicilio que se

presentaren, aún después de decretado el divorcio, cuando hubiere hijos menores o incapaces.

- E) La forma de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide la misma, así como la forma de hacer esto último, exhibiendo para ello las capitulaciones matrimoniales, un inventario, avalúo y proyecto de partición de los bienes.
- F) Las características bajo las cuales el padre que no tenga la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces ejercerá su derecho de visitas, tomando en consideración los horarios de comida, descanso y estudio de los mismos.

Una vez efectuada la solicitud de divorcio con la presentación del referido convenio, el procedimiento de divorcio se desarrollará en dos etapas. Durante la primera fase el Juez de lo familiar deberá citar a los consortes y al representante del Ministerio Público a una junta de avenencia, la cual se llevará a cabo después de los ocho y antes de los quince días siguientes a dicha solicitud; durante la citada junta los solicitantes se identificarán plenamente ante la autoridad jurisdiccional y enseguida ésta los exhortará a una posible reconciliación; en el supuesto de no lograr el avenimiento aprobará provisionalmente los puntos del convenio presentado, oyendo previamente al representante del Ministerio Público. La segunda fase del procedimiento se desarrolla durante una segunda junta a la cual cita el Juez, en el caso de que los solicitantes persistieran en su propósito de divorciarse, durante dicha junta, el juez volverá a invitar a los solicitantes a una reconciliación y si esta invitación tampoco fuere exitosa, se dictará la sentencia que disuelva el matrimonio. Previamente a la declaración del divorcio, el juez deberá comprobar que los derechos de los hijos menores o incapacitados queden debidamente garantizados en el convenio presentado por los solicitantes y para ello escuchará la opinión del representante del Ministerio Público.

Divorcio Necesario

En esta clase de divorcio existe, como su nombre lo indica, la necesidad de disolver el vínculo matrimonial por ser imposible la subsistencia del mismo, sin embargo, la demanda que lo solicita deberá apegarse a las causas señaladas estrictamente por nuestra legislación sustantiva de la materia en su numeral 267. En el divorcio contencioso o necesario, a diferencia del voluntario, existe una controversia entre los cónyuges, la cual debe dirimirse ante la autoridad judicial competente, que en este caso es el Juez de lo familiar.

Divorcio necesario es *“la disolución del vínculo matrimonial decretada a petición de un cónyuge por autoridad judicial competente, con base en las causales específicamente señaladas en la ley.”*³⁰

*“Divorcio causal, necesario o contencioso. Es aquel que requiere de la existencia de una causa o razón suficientemente grave, que haga imposible o cuando menos difícil la convivencia conyugal; la acción se otorga al cónyuge que no hubiere dado causa para el divorcio. Y cuando, sin culpa alguna de los esposos, la vida en común se deteriora por enfermedad, impotencia o locura...la acción se concede al cónyuge sano.”*³¹

De acuerdo a las definiciones dadas, advertimos que en el divorcio necesario se habla de una acción, es decir de una facultad que se concede a uno de los consortes para provocar la actividad del órgano jurisdiccional a fin de que se declare la disolución del vínculo matrimonial, fundando esa petición en una de las 21 causales enumeradas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal. Como se observa estamos hablando de un conflicto existente entre las partes, en este caso los cónyuges, dicho conflicto al no poder dirimirse de común acuerdo, desemboca en un litigio que tiene como finalidad satisfacer las

³⁰) UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, **Enciclopedia Jurídica Mexicana**, T. III, Edit. Porrúa, México, 2002, p. 595.

³¹) BAQUEIRO ROJAS, Edgard, op. cit., p. 150.

pretensiones del cónyuge inocente o sano que se traducen en la disolución del vínculo matrimonial, entre otras.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal enumera en su artículo 267, como ya hemos dejado establecido anteriormente, 21 causales en las cuales puede fundarse la acción de divorcio necesario, las cuales procedemos a señalar:

- A)** El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.
- B)** El hecho de que, durante el matrimonio, nazca un hijo concebido con anterioridad al mismo y con persona distinta del cónyuge, siempre y cuando el otro consorte desconociera esa circunstancia.
- C)** La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, ya sea directa o indirectamente.
- D)** La incitación o la violencia para cometer un delito hecha por un cónyuge al otro.
- E)** La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.
- F)** Padecer enfermedades incurables, que sean además contagiosas o hereditarias y la impotencia sexual irreversible cuando no sea producto de la avanzada edad.
- G)** La enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción.
- H)** La separación injustificada del hogar conyugal por más de seis meses.
- I)** La separación de los consortes por más de un año, sin importar la causa que la origine.
- J)** La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, cuando no es necesaria la primera para que ésta última proceda, es decir en los casos de excepción.
- K)** La sevicia, las amenazas y las injurias graves de un cónyuge para con el otro o con los hijos.

- L)** La negativa de los cónyuges a cumplir con las obligaciones alimentarias o el incumplimiento, sin causa justificada de la sentencia ejecutoriada que resuelva lo relativo al artículo 168.
- M)** La acusación calumniosa de un cónyuge al otro por delito penado con más de dos años de prisión.
- N)** La comisión de uno de los cónyuges de un delito doloso por el cual hubiere sido condenado por sentencia ejecutoriada.
- O)** Los hábitos de juego o alcoholismo cuando amenacen con causar la ruina de la familia o sean motivo de constantes desavenencias.
- P)** La comisión de un delito doloso, de un cónyuge contra los bienes, la persona del otro o los hijos, cuando hubiere sido condenado por sentencia ejecutoriada.
- Q)** La violencia familiar cometida o permitida por un cónyuge contra el otro o contra los hijos de uno o de ambos.
- R)** El incumplimiento injustificado de las determinaciones de la autoridad administrativa o judicial, cuando tiendan a corregir la violencia familiar.
- S)** El uso no terapéutico de sustancias ilícitas y de las lícitas no destinadas a su correcto uso, cuando produzcan efectos psicotrópicos, constituyan motivo continuo de desavenencias o amenacen con causar la ruina familiar.
- T)** La fecundación asistida sin consentimiento del cónyuge.
- U)** Impedir un cónyuge al otro el libre desempeño de una actividad lícita.

Es preciso indicar que la ley de la materia les da a las causales señaladas carácter limitativo y les atribuye una naturaleza autónoma, es decir cada una existe de manera individual.

En virtud de la importancia que reviste el divorcio necesario creímos factible mencionar las causas en las cuales puede fundarse el mismo, sin embargo resultaría inútil entrar al estudio de cada una de ellas, toda vez que la que nos interesa para el desarrollo de esta investigación es la señalada en el inciso **J)**, que se refiere a la presunción de muerte y declaración de ausencia, no obstante

dicha circunstancia, no es el momento oportuno para adentrarnos en la figura de referencia, por lo tanto dejaremos su estudio para otra sección de nuestro trabajo.

2.2.2. Nulidad

La expresión nulidad denota: *“Carencia de valor. II Falta de eficacia. II Incapacidad. II Ineptitud. II Persona inútil. II Inexistencia. II Ilegalidad absoluta de un acto.”*³²

El gran diccionario enciclopédico Universal atribuye a la palabra nulidad la significación de *“Calidad de nulo. II 2. vicio que disminuye o anula la estimación de una cosa. II 3. incapacidad, ineptitud.”*³³

Para comenzar con el estudio de este punto es necesario recordar que el acto jurídico debe reunir determinados elementos, tanto de existencia como de validez, para nacer y tener vida y eficacia en el mundo jurídico. Recordemos que el matrimonio es un acto jurídico y ello implica que como tal deba reunir esos elementos, pues de lo contrario sería nulo o inexistente, dependiendo de la carencia de alguno de ellos.

Los elementos de existencia del acto jurídico son aquellos que permiten que éste nazca, jurídicamente hablando, es decir la falta de alguno de esos elementos simplemente no permitirá que surja dicho acto. Los elementos que debe reunir todo acto jurídico para su existencia son: el objeto, el cual deberá ser física y jurídicamente posible; el consentimiento, que puede ser expreso o tácito y, la solemnidad, en algunos casos.

³²) CABANELLAS, Guillermo, op. cit., T. V, p. 587

³³) **Gran Diccionario Enciclopédico Universal**, T. X, Cultural de Ediciones, S. A., 1994, España, S. F., p. 3582

Por otro lado, el acto jurídico debe reunir también determinados requisitos de validez, pues de lo contrario existiría, pero de manera imperfecta y podría invalidarse por dicha circunstancia. Son elementos de validez, interpretando a contrario sensu el artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal: la capacidad de las partes; la ausencia de vicios en el consentimiento, es decir que en él no exista error, dolo, mala fe, lesión ni violencia física o moral; que el objeto, motivo o fin que se persiga sea lícito y; por último, la forma.

El matrimonio como acto jurídico deberá reunir los elementos de existencia y de validez ya señalados, sin embargo nuestro interés se enfoca particularmente a los últimos, puesto que la nulidad de la unión conyugal es producto de la omisión de alguno de los elementos de validez.

“Por nulidad debe entenderse la sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa ya existente al tiempo del otorgamiento del acto.”³⁴

“Al lado de estos elementos esenciales del acto jurídico..., tenemos elementos de validez del acto, que le vienen a dar una existencia perfecta y en ausencia de los cuales el acto existe, pero de manera imperfecta: es un acto nulo, pues la nulidad es la existencia imperfecta de los actos jurídicos.”³⁵

En la opinión de Hugo Alsina *“...la nulidad es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para ello...”³⁶*

³⁴) [http:// www.monografias.com.htm](http://www.monografias.com.htm), **El derecho**, México, 10 de octubre de 2003, 19:30 horas

³⁵) ROJINA VILLEGAS, Rafael, **Derecho Civil Mexicano, Introducción y Personas**, T. I, Editorial Porrúa, 10ª ed., México, 2001, p. 345

³⁶) Citado por Cipriano Gómez Lara en **Teoría general del proceso**, Editorial Oxford, México, 1996, p. 249

En vista de las ideas detalladas, al hablar de nulidad del matrimonio nos estamos refiriendo a la existencia imperfecta del mismo, toda vez que carece de uno o mas elementos de validez, sin embargo al ser la unión conyugal una figura de interés social, en todo momento goza de la presunción de validez, salvo que exista una sentencia ejecutoriada que declare la nulidad, esto según lo dispuesto por el artículo 253 del Código Civil para el Distrito Federal.

Cuando un matrimonio es declarado nulo, en virtud de una sentencia judicial, se extinguen los efectos que produjo durante su imperfecta existencia, dichos efectos solo se producen respecto del cónyuge inocente cuando se procedió de buena fe. La sentencia de nulidad deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias, es decir, los deja total y completamente libres.

2.2.3. Muerte

La muerte, desde un punto de vista gramatical, se define como: *“Fin, extinción, término, cesación de vida, al menos en el aspecto corporal.”*³⁷

Desde el punto de vista orgánico la muerte es: *“...un proceso durante el cual uno o más órganos vitales van a dejar de funcionar, lo que será seguido de muerte celular. Paulatinamente se van sumando otros órganos, hasta alcanzar la necrosis de todas las células del cuerpo.”*³⁸

Médicamente hablando, la definición de muerte ha evolucionado con el paso de los años, pues actualmente no basta que el corazón de un individuo deje de latir para que se produzca dicha circunstancia, incluso se dice que hay personas que están muertas aún cuando el corazón todavía late y los pulmones, auxiliados por métodos artificiales continúan con el proceso de respiración. Tenemos entonces que: *“La medicina moderna acepta que la muerte es el paro*

³⁷) CABANELLAS, Guillermo, op. cit., T. VI, p. 173

³⁸) [http:// www.monografias.com/trabajos3/muertemed/muertemed.shtml](http://www.monografias.com/trabajos3/muertemed/muertemed.shtml), **La muerte y los límites de la medicina**, México, 26 de julio de 2004, 20:18 horas.

total de la actividad cerebral, en concreto, la del tronco cerebral, sede de los comportamientos automáticos y reflejos que garantizan, entre otras cosas, el mantenimiento de la actividad respiratoria.” ³⁹

Por otro lado, jurídicamente hablando, la muerte no es otra cosa que: *“la condición de extinción de la personalidad jurídica de las personas físicas, pues la existencia de éstas es el supuesto fundamental de toda capacidad.”*⁴⁰

La personalidad jurídica surge con el nacimiento viable de un hombre y la existencia del mismo se considera desde la misma concepción, es decir desde antes de nacer la esfera jurídica del individuo se ve afectada de consecuencias de derecho, lo que significa que desde la concepción se producen efectos jurídicos en la vida de un sujeto. Asimismo, la muerte pone fin a la personalidad jurídica, sin embargo aun cuando la persona jurídica ha dejado de existir, se presentan situaciones respecto de las cuales aquella sigue produciendo efectos legales, podríamos mencionar como ejemplo el tema de la sucesión. Sin embargo, existen también situaciones que se extinguen al presentarse este hecho, tal es el caso del punto que nos ocupa: la disolución del matrimonio.

Con la muerte de uno de los cónyuges se extingue el vínculo que los unía, dejando al supérstite en aptitud de contraer nuevo matrimonio. Aun cuando nuestro Código Civil no dice expresamente que la muerte disuelve el matrimonio, resulta lógico entender que ello sucede puesto que la persona jurídica llega a su fin y no puede ya cumplir sus deberes ni reclamar los derechos que se derivan de dicha unión.

Ahora bien, sucede que cuando el cadáver de una persona no fuese hallado, dependiendo de las circunstancias, el juez puede, previo el trámite del procedimiento de muerte presunta, declarar legalmente que el deceso ocurrió.

³⁹) **MUY ESPECIAL**, Los secretos de la muerte, edit. Televisa, No. 31, 14 de julio de 2003, publicación mensual, p. 10

⁴⁰) **Enciclopedia Jurídica Omeba**, T. XIX, Bibliografica Omeba, Argentina, 1976, p.934.

2.3. Domicilio

Para entender bien a bien lo que significa la ausencia, nos parece necesario dejar en claro, previamente, la significación del concepto de domicilio y para ello vamos a adentrarnos un poco en nuestro Código Civil Local vigente, a efecto de proporcionar un concepto más adecuado del término aludido.

Recordemos que el domicilio es uno de los atributos de la persona y que ésta puede ser física o moral, sin embargo y dado el tema tratado en esta investigación dejaremos a un lado lo relativo al domicilio de las personas morales y procederemos a decir que, según lo dispuesto por el artículo 29 del Código referido, *“el domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren. Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses.”*

El domicilio se clasifica en real, convencional, conyugal, de origen, voluntario y legal. El primero es aquel en el que la personas residen habitualmente; convencional es el designado voluntariamente por un sujeto para el cumplimiento de ciertas obligaciones; conyugal es el establecido de común acuerdo por los consortes; de origen es aquél en el que nace una persona; voluntario es el señalado por un sujeto, aún cuando su domicilio real sea distinto, para ello deberá notificar a la autoridad de ambos domicilios; por último, es domicilio legal el que establece la ley para que un sujeto cumpla sus obligaciones, aún cuando no resida en él.

2.4. Ausencia

Atendiendo al título de nuestra investigación, así como al fondo de la misma, es de inferirse que el punto en desarrollo es de los mas importantes dentro del cuerpo de dicho estudio. Comenzaremos por señalar que la palabra ausencia,

en un sentido amplio, estaría haciendo referencia a la privación de la presencia física de una persona o cosa en el lugar que debiera estar. Dicho de otro modo, puede haber ausencia de sonido, de imagen, etc. No obstante la amplia significación del vocablo en comento es de hacer mención que, jurídicamente hablando, resulta que en la ausencia se presentan algunos aspectos que distinguen la terminología común de la legal. Con base en lo anterior, podemos afirmar que la ausencia es: *“...la situación de quien se encuentra fuera del lugar de su domicilio, sin que se sepa su paradero, sin constar además, si vive o ha muerto y sin haber dejado representante.”*⁴¹

*“En el vocabulario jurídico ausencia es el estado de quien desapareció de su último domicilio sin haber dejado representante.”*⁴²

Ausencia: *“Es la situación en que se encuentra una persona que ha abandonado el lugar de su residencia ordinaria, y que no habiendo constituido apoderado, se ignora el lugar donde se halla y no se tienen noticias ciertas de su vida o de su muerte”*.⁴³

De las ideas transcritas, podemos darnos cuenta que la ausencia, dentro del ámbito legal, difiere totalmente del sentido que la gramática le atribuye, ello en virtud de que para que la ausencia se configure en materia jurídica es necesario que concurren con dicha figura, una serie de elementos sin los cuales simplemente aquélla no vería la luz. Los referidos elementos son los siguientes:

- a) Que se ignore el lugar donde se encuentre un sujeto.
- b) Que el ausente no haya dejado apoderado legal para representarlo.
- c) Que se ignore la existencia o muerte del ausente.

⁴¹) CABANELLAS, Guillermo, op. cit., T. I, p. 414.

⁴²) **Gran Enciclopedia Rialp**, T. III, Ediciones Rialp, S. A. de C. V., Madrid, 1971, p. 369.

⁴³) **Diccionario Jurídico 2000**, op. cit., disco compacto.

Por lo que refiere a los elementos de la ausencia, es menester señalar que si no hubiere incertidumbre respecto del paradero de un sujeto, absurdo resultaría afirmar que se encuentra ausente, toda vez que no ignoramos el lugar en el que se localiza; de igual forma, si el ausente ha dejado un representante con poderes suficientes para actuar en su nombre, la ley señala que se le tendrá como presente para todos los efectos legales. El último elemento se refiere al desconocimiento de la existencia o inexistencia del sujeto, pues si se conociere aquélla estaríamos, quizás, frente a la figura de los no presentes, en el caso de que se conociere el domicilio del sujeto.

Como puede observarse la ausencia es una figura un tanto compleja, sobre todo porque los doctrinarios hacen una división tripartita de esta figura, dependiendo de las circunstancias que rodean al sujeto, por ello se habla de los ausentes, los no presentes y los desaparecidos, de cada uno de ellos daremos una breve explicación en el apartado correspondiente.

2.4.1. Ausentes

“El ausente es por tanto, quien ha desaparecido de su domicilio, sin que se tengan noticias de él, de manera que no se sepa si ha muerto o vive.”⁴⁴

Según puede observarse, el elemento básico de la ausencia es la incertidumbre que se tiene respecto de la existencia o muerte de un sujeto en virtud del tiempo prolongado durante el cual no se han tenido noticias de él. Ahora bien, es preciso mencionar que en dicho supuesto el ausente no ha estado expuesto a situación alguna que haga suponer que ha perdido la vida y sea por ello que se dude de su existencia. Verbigracia aquellos sujetos que emigran de ilegales hacia los Estados Unidos en busca de una mejor situación económica y encontrándola no vuelven a contactar a su familia, por lo cual ésta al no tener

⁴⁴) PLANIOL, Marcel y Georges Ripert, op. cit, p. 271.

noticias de aquél puede, incluso, suponer que ha perecido en su intento de cruzar la frontera.

2. 4.2. No presentes

Además de los ausentes, otro concepto básico a manejar en esta investigación es el que se refiere a los no presentes y para ello es necesario hacer una distinción exacta de las circunstancias que rodean a los sujetos que se colocan en este supuesto y que difieren totalmente de los que se encuentran en la hipótesis de los ausentes, para ello debemos proceder a señalar la significación jurídica del concepto referido.

“Por no presente, debe entenderse simplemente a aquella persona que no se encuentra en su domicilio, pero sobre cuya existencia no se tiene duda alguna.”⁴⁵

Por citar algún ejemplo del concepto en estudio podemos aludir a aquellos sujetos que se encuentra radicando en los Estados Unidos y que han emigrado en busca de nuevas oportunidades de trabajo, dejando a su familia en el territorio Nacional, en este ejemplo tenemos que, aunque el sujeto se encuentra lejos de su domicilio, su familia tiene plena certeza de su existencia.

2. 4.3. Desaparecidos

Por último debemos referirnos al tercer concepto que se deriva de la ausencia y que es precisamente el de los desaparecidos y como podremos darnos cuenta esta definición es la más compleja de los tres vocablos, dados las acontecimientos que le rodean.

⁴⁵) **Diccionario Jurídico 2000**, op. cit., disco compacto.

“Se entiende por desaparecida aquella persona a quien se le ha visto durante un accidente o catástrofe y a partir de entonces, ya no se tienen noticias de ella, por lo que existen serias presunciones acerca de su muerte.”⁴⁶

Como ejemplo de esta situación podemos citar al sujeto que se encuentra dentro de un edificio que se incendia y a raíz de este siniestro no se vuelve a saber de él; en este caso hay motivo fundado para creer que pudo haber muerto en el incendio. Otro ejemplo clarísimo es el que se desprende de los terremotos que sacudieron a nuestro país los días 19 y 20 de septiembre de 1985, pues recordemos que después de dichos movimientos telúricos no se volvió a saber nada de una gran cantidad de personas que se hallaban en los inmuebles que se colapsaron, por ello se presume que dichos sujetos fallecieron durante la catástrofe.

2.5. Presunciones

La presunción como figura jurídica entraña una serie de complejidades que hasta hoy en día han dado pauta a los doctrinarios para hacer diversas disertaciones respecto de la misma, inclusive hay quienes la equiparan con el indicio por ello es importante que nosotros tengamos una idea bastante clara de ambos conceptos, toda vez que la presunción es una figura jurídica importantísima en nuestra investigación.

Atendiendo a lo anterior podemos decir que: *“La palabra indicio proviene de la voz latina indicium que significa señal o signo aparente y probable de que existe una cosa.”*⁴⁷ Ahora bien, *“En el campo procesal los indicios son los signos, señales, rastros o huellas que sirven para presumir que un hecho o acto pudo suceder o que ha sucedido. En otras palabras, toda acción o circunstancia*

⁴⁶) Ídem

⁴⁷) DÍAZ DE LEON, Marco Antonio, **Tratado sobre las pruebas penales**, Edit. Porrúa, México, 1991, p. 429

*relacionada con el hecho que se investiga, y que permite inferir su existencia y modalidades, es un indicio; así, todo hecho que guarde relación con otro, puede ser llamado indicio.”*⁴⁸

Por otro lado debemos decir que *“la palabra presunción viene del latín presumtio, tionis, que significa suposición que se basa en ciertos indicios. Denota, también, la acción y efecto de presumir, y ésta a su vez proviene de la voz latina praesumere que significa sospechar o juzgar por inducción, o igualmente conjeturar una cosa por tener indicios o señales para ello.”*⁴⁹

Atendiendo a lo señalado por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se entiende como presunción aquella consecuencia que la ley o el juzgador deducen de un hecho conocido para indagar la existencia o necesidad de otro desconocido; en el primer supuesto se trata de una presunción legal, en el segundo humana, en virtud de su origen.

La doctrina define a la presunción como: *“...el juicio que la ley o el hombre forman sobre la verdad de una cosa por su ilación con otra cosa diferente y cierta.”*⁵⁰

De todo lo anterior podemos entender que los vocablos en análisis son totalmente diferentes, aún cuando algunos doctrinarios e inclusive el mismo legislador los considere equivalentes, esto es visiblemente notable en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que, en su artículo 245, señala que las presunciones o indicios son las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados. En términos generales se puede afirmar que la presunción constituye una reflexión lógico-jurídica que hace el legislador, y que se encuentra inserta en la ley, o bien, la hace el

⁴⁸) Ídem.

⁴⁹) Ídem.

⁵⁰) CABANELLAS, Guillermo, op. cit., T. VI, p. 542.

juzgador, en cuyo caso estaríamos ante un criterio humano, de un suceso que ha sido previamente comprobado, para de esta manera conjeturar la existencia de otro hecho sobre el cual existe incertidumbre. De acuerdo con esta situación pueden existir las presunciones humanas y legales, las cuales a su vez se subdividen en 2 clases que citaremos más adelante.

“El indicio es una circunstancia o un hecho conocido que sirve de guía para descubrir otro oculto. La presunción es la inferencia de ese hecho conocido, el razonamiento que lleva del indicio a la verdad oculta.”⁵¹

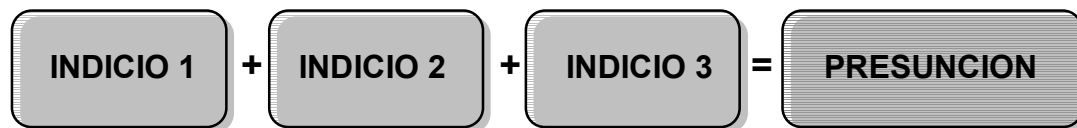
“...La presunción es el resultado del indicio, esto es, el juicio que se forma la mente fundada en la inducción a la cual sirven de base hechos independientes del delito; pero que se relacionan con él de manera más o menos inmediata.”⁵²

Luego entonces, a nuestro parecer, el indicio puede ser tangible o intangible, es decir que lo constituye un hecho, situación u objeto material, a diferencia de la presunción que no es otra cosa que algo inmaterial toda vez que se trata de un razonamiento, siendo éste producto del intelecto del hombre y por tanto no puede verse o tocarse tal y como no pueden palpase los pensamientos. Así, el indicio es una especie de eslabón que, al concurrir en conjunto, puede formar una cadena que sería la presunción, sin que ello signifique que un solo indicio no pueda dar lugar a la referida presunción, pues pudiera presentarse el caso de que exista solo un indicio que sea lo suficientemente categórico como para lograr convencer al juzgador sobre la verdad de los hechos controvertidos.

A continuación y de manera gráfica, pretendemos explicar mejor la diferencia entre indicios y presunciones.

⁵¹) ACERO, Julio, **Procedimiento Penal**, Edit. Cajica, S. A., 7ª ed., México, 1976, p. 306.

⁵²) Ídem



Grafica 3. El esquema presentado indica claramente que la suma de varios indicios dan como resultado una presunción, muestra por lo tanto que el indicio forma parte de la presunción y no puede equipararse a la misma.

Presunciones Legales

La presunción legal, nos dice el artículo 380 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, es un medio de prueba a través del cual el juzgador, observando lo ordenado por la ley, debe tener como acreditado un hecho desconocido que se deriva de otro hecho conocido, o cuya existencia ha sido probada. Esta clase de inferencias son establecidas expresamente por el orden jurídico existente y por ende sus consecuencias derivan directamente del mismo.

Cabe señalar que dentro de las presunciones legales existen dos subtipos de las mismas, unas son llamadas presunciones absolutas o *juris et de jure* y otras se denominan relativas o *juris tantum*. Contra las primeras no se admite ninguna prueba en contra cuando el mismo ordenamiento jurídico lo prohíba de manera explícita, o cuando no exista prohibición escrita, pero el fin de la presunción sea anular un acto o negar una acción. Por lo que se refiere a las Presunciones *juris tantum*, podemos decir que sí admiten prueba en contra, pero en ellas siempre opera la inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, para ahondar un poco al respecto, recordemos que, por regla general, quien afirma tiene la obligación de probar, sin embargo el Código procesal Civil para el Distrito Federal establece, en el numeral 282, que también el que niega debe

probar su argumento cuando éste envuelva una afirmación; se desconozca la presunción legal que la contraparte tenga a su favor; la capacidad de la misma, o bien, cuando la negativa sea elemento constitutivo de la acción (inversión de la carga de la prueba).

Presunciones Humanas

En esta clase de presunciones entra en juego la lógica de las circunstancias que rodean al caso en concreto, es decir corresponde al juzgador, inferir determinados sucesos con base en el raciocinio. Las presunciones humanas son instrumentos mediante los cuales el titular del órgano jurisdiccional, de oficio o a petición de parte, deberá tener por cierto un hecho desconocido, por ser consecuencia de otro probado o admitido.

Con todo lo vertido en este capítulo podemos percatarnos de la amplitud de conceptos que se han de manejar en el desarrollo del tema en estudio, pues se abordan puntos tanto del derecho adjetivo como del sustantivo y las expresiones manejadas se entienden desde diferentes puntos de vista, situación por demás importante para efectos de lograr una mejor comprensión del tema que se investiga. Con esto concluimos el presente apartado y pasamos al desarrollo del siguiente punto de nuestra investigación en el cual abordaremos todo lo relativo al aspecto jurídico del tema.

3.1. Etapas de la ausencia en el Código Civil para el Distrito Federal

3.1.1. Presunción de ausencia

3.1.1.1. Medidas provisionales en caso de

ausencia

3.1.2. Declaración de ausencia

3.1.3. Presunción de muerte

3.2. Situación jurídica del ausente casado

3.3. La presunción de muerte y la disolución matrimonial en el Derecho Interno

3.3.1. Código Civil para el Estado de Campeche

3.3.2. Código Civil para el Estado de San Luis Potosí

3.4. La presunción de muerte y la disolución matrimonial en el Derecho Internacional

3.4.1. Francia

3.4.2. Italia

3.4.3. Alemania

3.4.4. Puerto Rico

3.4.5. Cuba

3.4.6. Argentina

3.4.7. España

3.4.8. Uruguay

3.4.9. El Vaticano (Código Canónico)

CAPÍTULO 3

MARCO JURÍDICO

3.1. Etapas de la ausencia en el Código Civil para el Distrito Federal

A lo largo de esta investigación nos hemos dado cuenta, que a través de la historia, el procedimiento de ausencia se ha caracterizado por dividirse en tres etapas y, en la actualidad este sistema sigue vigente, pues nuestro Código Civil para el Distrito Federal maneja tres fases dentro del procedimiento citado:

- A) Presunción de ausencia**
- B) Declaración de ausencia**
- C) Presunción de muerte**

3.1.1. Presunción de ausencia

La presunción de ausencia se encuentra regulada por el Código Civil vigente para el Distrito Federal bajo el rubro de “medidas provisionales en caso de ausencia”, contempladas en los numerales que van del 648 al 668 del citado ordenamiento.

A decir del autor Galindo Garfias: *“El procedimiento judicial de presunción de ausencia, se inicia ante el juez, a petición de parte o de oficio, cuando una persona ha desaparecido, se ignora el lugar donde se halla y no ha dejado quien la represente.”*⁵³

⁵³) GALINDO GARFIAS, Ignacio, **Derecho Civil, primer curso. Parte General. Personas. Familia.**, Edit. Porrúa, 16ª ed., México, 1952, p. 385.

Cierto es, sin duda alguna, que el procedimiento de ausencia debe tramitarse ante la autoridad judicial cuando concurren las circunstancias señaladas, no obstante diferimos totalmente con el citado autor, en cuanto a que dicho procedimiento se pueda iniciar de oficio, pues resulta absurdo creer que el juez va a estar enterado de todos los casos en los que un sujeto desaparezca, pues puede darse el caso remoto de que tenga conocimiento de que tal o cual persona no se encuentra en su domicilio, pero ello no necesariamente implica que se encuentre desaparecido, por lo que consideramos más acertada la opinión de que el procedimiento en estudio se inicie a petición de la parte que se encuentre interesada en que se declare dicha presunción.

3.1.1.1. Medidas provisionales en caso de ausencia

Cuando un sujeto se ausente de su domicilio sin haber dejado, previamente, apoderado legal con quien tratar sus negocios y se ignore el lugar en que se encuentre, el Ministerio Público o cualquiera a quien interese tratar o litigar con el ausente o defender los intereses de éste, podrán solicitar al juez competente que señale un depositario que se encargue de los bienes del mismo; entretanto se citará por edictos a aquél a efecto de que se presente en un lapso no menor a tres ni mayor de seis meses, dictando las medidas necesarias para asegurar sus bienes. De los edictos referidos se enviarán copias a los cónsules mexicanos de los lugares en el extranjero en que se presume pueda estar el ausente o pudieran tenerse noticias suyas.

El depositario de los bienes del ausente tendrá, según el caso y de acuerdo con los artículos 549, 550, 551, 552, 553 y 555 del Código Procesal Civil para el Distrito Federal, todos ellos con relación al 652, 2544 y 2545 del Código Civil Local, entre otras, las siguientes obligaciones:

- a) La simple custodia de los bienes, si el depósito recae sobre muebles que no sean dinero, alhajas ni créditos.

- b)** Presentará al juzgado, cada mes, una cuenta de las ganancias, productos y de los gastos realizados, para tal efecto cuando los bienes sean productivos.
- c)** Hará del conocimiento del juez el lugar en que quede instituido el depósito, y recabará la autorización para hacer en caso necesario, los gastos de almacenaje.
- d)** Investigar el precio de los bienes depositados, cuando se trate de cosas fungibles, a efecto de que si ellos pudieren venderse, lo haga saber al juez para que éste determine lo conducente.
- e)** Examinar frecuentemente los bienes depositados, cuando se trate de cosas fáciles de deteriorarse, e informar al juez el desgaste que hubieren sufrido o pudieran sufrir a efecto de que se dicten las medidas oportunas para evitar el deterioro de los mismos.
- f)** Administrar los bienes cuando el depósito sea sobre finca urbana y sus rentas, o sobre éstas últimas solamente, con los siguientes deberes:
 - f.1)** Contratar los arrendamientos, bajo la base de que las rentas no sean menores de las que al tiempo de verificarse el secuestro rindiere la finca o departamento de ésta que estuviere arrendado.
 - f.2)** Recaudar, en sus términos y plazos las pensiones que por arrendamiento rinda la finca, procediéndose legalmente, en su caso, contra los inquilinos morosos.
 - f.3)** Hacer sin previa autorización los gastos ordinarios de la finca, como el pago de contribuciones y los de conservación, servicio y aseo, no siendo excesivo su monto.
 - f.4)** Presentar en tiempo oportuno a la Oficina de Contribuciones, las manifestaciones que la ley de la materia previene.
 - f.5)** Solicitar permiso al juez para realizar gastos de reparación o construcción en la finca.

- f.6)** Pagar, con autorización del juez, los réditos de los gravámenes reconocidos sobre la finca.
- g)** Si el depósito recae sobre finca rústica, negociación mercantil o industrial, el depositario será interventor con cargo a la caja, vigilando la contabilidad y tendrá, además, las siguientes atribuciones:
- g.1)** Inspeccionará el manejo y las operaciones que se hagan en la negociación o finca, a fin de que produzcan el mejor rendimiento posible.
 - g.2)** Vigilará en las fincas rústicas la recolección de los frutos y su venta y recogerá el producto de ésta.
 - g.3)** Vigilará las compras y ventas de las negociaciones mercantiles, recogiendo bajo su responsabilidad el dinero.
 - g.4)** Vigilará la compra de materia prima, su elaboración y la venta de los productos, en las negociaciones industriales, recogiendo el numerario y efectos de comercio para hacerlos efectivos en su vencimiento.
 - g.5)** Entregará los fondos para los gastos de la negociación o finca rústica y cuidará de que la inversión de esos fondos se haga convenientemente.
 - g.6)** Depositará el dinero que resultare sobrante, después de cubiertos los gastos necesarios y ordinarios.
 - g.7)** Tomará provisionalmente las medidas necesarias para evitar los abusos y malos manejos en los administradores.

De acuerdo con el numeral 653 del Código Civil para el Distrito Federal, pueden ser depositarios o representantes del ausente, con las obligaciones ya señaladas, las siguientes personas, es decir el juez, al nombrar a cualquiera de ellos, seguirá el siguiente orden:

- a) Al cónyuge del ausente.
- b) A uno de los hijos mayores de edad del ausente, que resida en el lugar. Si hubiere varios, el juez elegirá al más apto.
- c) Al ascendiente más próximo en grado al ausente.
- d) A falta de los anteriores o cuando éstos, por su mala conducta o por su ineptitud para el manejo de los bienes no pudieren ser nombrados, el juez designará al heredero presuntivo y si hubiere varios entre ellos señalarán uno, si hubiere desacuerdo lo hará el juez atendiendo al interés que cada uno tenga en la conservación de los bienes.

Sin embargo y aún cuando la ley señala a los sujetos anteriores como posibles representantes del ausente, la misma ley establece cuando una persona no puede fungir como tal debido a determinadas circunstancias, aun cuando dichas personas estén de acuerdo en recibir tal cargo, entre los impedidos para tal efecto, según el artículo 503 del Código Civil para el Distrito Federal, están:

- a) Los menores de edad.
- b) Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela.
- c) Los que hayan sido removidos de cargo similar por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes de su representado.
- d) Los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo.
- e) El que haya sido condenado por delito doloso.
- f) Los que no tengan un modo honesto de vivir.
- g) Los que al otorgarse la representación tengan pleito pendiente con el ausente.
- h) Los deudores del ausente que, a juicio del juez, le adeuden cantidad considerable.
- i) Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia.

- j)** El que no esté domiciliado en el lugar en que deba ejercer la representación.
- k)** Los servidores públicos que por razón de su destino tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto.
- l)** El que padezca enfermedad que le impida el ejercicio adecuado del cargo.

Cabe señalar que también existen casos en los cuales la persona a la que se le ha conferido el cargo de representante del ausente puede excusarse de tal obligación, siempre y cuando caiga en alguno de los supuestos referidos por el artículo 511 del Código Civil para el Distrito Federal, mismos que a continuación se enumeran:

- a)** Cuando se trate de servidores públicos.
- b)** En el caso de militares en servicio activo.
- c)** Cuando el designado representante tenga tres o más cargos iguales.
- d)** Cuando el representante, dada su situación socioeconómica, no pueda atender el cargo sin menoscabo de su existencia
- e)** Cuando el representante, por el mal estado habitual de su salud, no pueda atender debidamente el cargo.
- f)** Cuando el elegido como representante tuviere sesenta años cumplidos.
- g)** Cuando por inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, el designado representante no esté en aptitud de desempeñar convenientemente el cargo.

Si el cónyuge ausente fuere casado en segundas o ulteriores nupcias y hubiere hijos del matrimonio o matrimonios anteriores, el juez dispondrá que el cónyuge presente y los hijos del matrimonio o matrimonios anteriores, o sus legítimos representantes en su caso, nombren al depositario que los represente, pero si no estuvieren conformes, el juez lo nombrará libremente, de entre las personas señaladas en líneas anteriores. Asimismo, en el supuesto de que el ausente

tuviere hijos menores bajo su patria potestad, y al tiempo de la desaparición del primero no hubiere ascendiente que pudiera ejercerla legalmente, ni tutor testamentario o legítimo, el Ministerio Público pedirá a la autoridad jurisdiccional que se nombre al menor un tutor dativo. Es decir, que si el menor ha cumplido dieciséis años, él mismo podrá designar a su tutor, nombramiento que deberá confirmar el juez, si no lo hiciera por creer que el sujeto designado es inconveniente el mismo juez nombrara un tutor, tal y como si el menor tuviere menos de 16 años.

Una vez tomadas todas las medidas señaladas y transcurrido el término otorgado al ausente para que hiciera acto de presencia, ya fuere por sí, por apoderado o por persona alguna que lo representare, sin que dicha circunstancia sucediere, o bien que el poder conferido al representante dejado por el ausente fuere insuficiente u operare en él la caducidad, el juez procederá a nombrar de entre las personas señaladas anteriormente, un representante que administre legítimamente los bienes del ausente. Cabe señalar que el representante del ausente entrará a administrar los bienes de éste una vez que haya formado el inventario y avalúo de los mismos; asimismo deberá otorgar la caución que fije el juez en un término no mayor a un mes, si no lo hiciera así se nombrará otro representante. Por cuanto hace a los honorarios del mismo, éste recibirá una remuneración sobre los bienes de su representado, la que deberá fijar el juez y que en ningún caso será menor del cinco ni mayor del diez por ciento de las rentas líquidas de los bienes. Dicha suma podrá ser aumentada por el juez hasta en un veinte por ciento de los productos líquidos, cuando por la administración del representante éstos aumentaran.

El representante tiene las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores, mismas que se infieren de acuerdo con lo señalado por el capítulo X del título Noveno, correspondiente al libro primero del Código Civil para el Distrito Federal, denominado “Del desempeño de la tutela”, algunas de ellas son:

- a) Formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del ausente, dentro del término que el juez designe y que no podrá ser mayor de seis meses.
- b) Administrar el patrimonio del ausente.
- c) Representar al ausente en juicio y fuera de él en todos los casos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales, dentro de este último supuesto podríamos señalar el divorcio.
- d) Solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella.
- e) Admitir las donaciones simples, legados y herencias que se dejen al ausente
- f) Abstenerse de hacer donaciones a nombre del ausente.
- g) Abstenerse de recibir dinero prestado en nombre del ausente ya sea que se constituya o no hipoteca en el contrato.
- h) Abstenerse de dar en arrendamiento los bienes del ausente, por más de cinco años, a menos que sea en caso de necesidad o utilidad, recabando previamente la autorización judicial.
- i) Abstenerse de aceptar para sí, a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho o crédito contra el ausente.
- j) Transigir o comprometer en árbitros los negocios del ausente, previa licencia judicial.
- k) Vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados pertenecientes al ausente, por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta, previa la autorización judicial.
- l) Abstenerse de dar fianza a nombre del ausente.
- m) Abstenerse de enajenar o gravar cualquier bien del ausente, salvo en caso de absoluta necesidad o evidente utilidad del mismo, obteniendo previamente la autorización judicial.
- n) Depositar en una institución bancaria las cantidades que reciba por concepto de su cargo.

- o)** Fijar, dentro del primer mes de ejercer su cargo y con aprobación del juez, la cantidad que haya de invertirse en gastos de alimentación y el número y sueldos de los dependientes necesarios.
- p)** Promover la publicación de los edictos que llamen al ausente y le notifiquen el tiempo que falta para la declaración de ausencia.

Ahora bien, una vez constituido el cargo de representante a favor de persona determinada pueden concurrir situaciones que den como resultado la remoción del sujeto que desempeña la representación, esto en virtud de lo preceptuado por el numeral 664 en relación con el 504 y 668, todos del código Civil para el Distrito Federal , en dichos supuestos se colocan los siguientes sujetos:

- a)** Los que sin haber caucionado su manejo conforme a la ley, ejerzan el cargo.
- b)** Los que se conduzcan mal en el desempeño del cargo.
- c)** Los representantes que no rindan sus cuentas dentro del término fijado por la ley.
- d)** El que permanezca ausente por más de tres meses, del lugar en que debe desempeñar el cargo.
- e)** El representante que omita promover la publicación de los edictos que llamen al ausente y le indiquen el tiempo que falta para declarar la ausencia.

Cuando el Ministerio Público o los parientes del ausente tengan conocimiento de alguna de las circunstancias anteriores, podrán promover la separación del representante que caiga en uno o más de los supuestos señalados, esto en virtud de lo dispuesto por el artículo 507 del Código Civil para el Distrito Federal.

Como ya se ha señalado, una de las obligaciones más importantes del representante del ausente es promover la publicación de edictos que llamen al ausente y le indiquen cuanto tiempo falta para que pueda declararse legalmente la ausencia; dichos edictos se publicaran cada año en la misma fecha en que

haya sido nombrado el representante y por dos meses con intervalos de quince días, ello se hará en los principales periódicos del último domicilio que hubiere tenido el ausente y se remitirá copia de ellos a los cónsules mexicanos en el extranjero a fin de que se les de la debida difusión; en esos edictos deberá constar el nombre y domicilio del representante.

Por último, y de acuerdo con el numeral 665 del Código Civil para el Distrito Federal, cabe señalar que el cargo de representante termina cuando suceda alguna de las siguientes circunstancias:

- a) El regreso del ausente.
- b) La presentación del apoderado legítimo.
- c) La muerte del ausente.
- d) El otorgamiento de la posesión provisional.

3.1.2. Declaración de ausencia

Los presuntos herederos legítimos del ausente, los herederos instituidos en testamento abierto, los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente y el Ministerio Público pueden realizar la solicitud correspondiente a efecto de que se declare legalmente la ausencia, siempre que hubieren transcurrido dos años, contados desde el día en que haya sido nombrado el representante del ausente, en el caso de que aquél no hubiere dejado representación alguna y tres años en caso contrario (contados desde la desaparición del ausente si no se tuvieron noticias suyas o desde que se hubieren tenido las últimas) aún cuando el poder conferido haya sido tal por más de ese tiempo. Dentro de los mismos plazos, las mismas personas, podrán solicitar que el apoderado del ausente otorgue garantía para el desempeño del cargo, de la misma forma en que lo debe hacer el representante y si no lo hiciera, el juez nombrará otra persona para ese efecto.

Si la demanda que solicita la declaración de ausencia es, a criterio del juez, fundada, dicha autoridad ordenará la publicación de la referida declaración a

través de edictos, lo anterior por un lapso de 3 meses, con intervalos de quince días, en el Periódico Oficial que corresponda y en los principales del último domicilio del ausente y la remitirá a los cónsules mexicanos en el extranjero para que se le de la publicidad debida. Una vez satisfecho el requisito de las publicaciones de la demanda y transcurridos cuatro meses desde la última de ellas sin que hubiere noticias del ausente u oposición de algún interesado, el juez procederá a declarar de forma legal la ausencia; por el contrario, si se presentaren alguna de estas circunstancias, la autoridad jurisdiccional estará obligada a hacer las investigaciones correspondientes, a través de los medios que el oponente proponga o que él mismo juzgador considere pertinentes, asimismo ordenara nuevamente la publicación de la demanda por un periodo igual al de la primera vez, es decir durante tres meses con intervalos de 15 días. Pasada esta etapa se procederá a la declaración de ausencia que se publicará tres veces en los periódicos mencionados, con intervalos de quince días, remitiéndose a los cónsules para su debida promoción y repitiéndose esas publicaciones cada dos años hasta que se declare la presunción de muerte.

Cabe señalar que contra la sentencia que emite el juez de lo familiar de primera instancia respecto de la declaración de ausencia procede el recurso de apelación, conforme a las reglas establecidas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, esto atendiendo a la disposición señalada en el numeral 690 del Código Sustantivo de la materia, pues éste indica que dicho fallo tiene los recursos que el mencionado Código Procesal asigna a los negocios de cuantía mayor.

Ahora bien, dada la trascendencia económica del procedimiento de ausencia creemos pertinente mencionar que al declararse legalmente la ausencia se habrán publicado, dependiendo del supuesto, cuando menos 17 edictos, 8 de ellos desde el nombramiento del representante del ausente y hasta el momento en que se solicita la declaración de ausencia (2 años); 6 más, posteriores a dicha solicitud y que publican la misma (3 meses) y por último, 3 más que publican la declaración de ausencia. Además si hubiere oposición o se tuvieren

noticias del ausente se repetirán las publicaciones señaladas, antes de declarar legalmente la ausencia, por lo que a los 17 edictos referidos se sumarían 6 más para dar un total de 23. No obstante el número de publicaciones, ellas no son las únicas, pues como ya se dijo anteriormente antes de nombrar al representante del ausente se llama a éste por edictos, para que se presente, concediéndole para ello un tiempo que nunca será menor de tres meses ni mayor de seis, sin embargo el ordenamiento Civil no establece un número determinado de publicaciones para ese efecto, por lo que, a nuestro criterio, debe aplicarse la regla general establecida por la fracción II del artículo 122 del Código Procesal Civil para el Distrito Federal, numeral que dispone la publicación de los edictos por tres veces, de tres en tres días, por ello estaríamos hablando entonces de 26 publicaciones, aproximadamente

Otros de los aspectos importantes del procedimiento de ausencia son el tiempo y el dinero, en atención a estos aspectos debemos mencionar que la ausencia no se caracteriza precisamente por ser un procedimiento rápido y económico, sino por el contrario en él se emplea una gran cantidad de tiempo y dinero.

Como ya se señaló anteriormente, hasta esta etapa del multireferido procedimiento se habrán publicado una considerable cantidad de edictos; además se habrá empleado también muchísimo tiempo, a saber desde la desaparición del ausente de 3 a 6 meses para que se presente ante el juez por si mismo o por apoderado; si el ausente no se presenta hay que sumar 2 años mas, después de que el juez nombra representante, para pedir la declaración de ausencia; posteriormente hay que añadir al cómputo 3 meses más durante los cuales se publican los edictos que dan a conocer la demanda que solicita la declaración de ausencia, hasta este momento llevamos 2 años y nueve meses; consecutivamente deben transcurrir 4 meses antes de que se haga la multicitada declaración, si no hay oposición hasta aquí llega el procedimiento, se declara la ausencia y se publica la misma por aproximadamente un mes lo que daría un resultado de 3 años con 2 meses, sin embargo si hubiere oposición el procedimiento aumentaría 7 meses (3 años y 9 meses) puesto que

después de publicar la solicitud que pide la declaración de ausencia se tendrían que publicar dicha demanda, nuevamente, por un lapso de 3 meses y después de ello esperar otros 4 más para proceder a la declaración correspondiente. Ahora bien, si el ausente desde su partida hubiere dejado representante, los periodos señalados varían, pues en este caso y aún cuando la ley no lo señala consideramos que no se llama al ausente para que se presente toda vez que existe un representante legalmente designado, por ello la acción para solicitar la ausencia nace tres años después del día de la desaparición del ausente o desde aquél en que se tengan las últimas noticias de él; en este supuesto el procedimiento de declaración de ausencia tendría una duración aproximada de 3 años y 8 meses, contados desde la desaparición y hasta la publicación que hace la declaratoria correspondiente y la publicación de 9 edictos, 6 que dan a conocer la solicitud de declaración de ausencia y 3 que publican la declaratoria de mérito, ésto en caso que no hubiere oposición, pues si fuese el caso, el procedimiento aumentaría 7 meses y 6 edictos, lo cual arrojaría un resultado de 4 años y 3 meses, con la publicación de 15 edictos.

La situación jurídica en que se coloca un sujeto cuando se declara formalmente su ausencia trae consigo diversos efectos, entre ellos están, según el artículo 679 del Código Sustantivo para el Distrito Federal, la apertura de la sucesión a bienes del ausente y para ello es necesario que cuando hubiere testamento público u ológrafo, éste se presente al juez por la persona en cuyo poder se encuentre, por supuesto esto sucederá una vez que haya sido declarada la ausencia y a los quince días siguientes de la última publicación que haga la declaración de mérito.

Posteriormente, de acuerdo con lo señalado en el numeral 680 del citado ordenamiento, la autoridad jurisdiccional procederá a la apertura del testamento ológrafo, sea porque lo haya solicitado algún interesado o porque se haya actuado de oficio, ante el representante del ausente y citando previamente a aquellos que promovieron la declaración de ausencia. En este supuesto vale la pena hacer notar que, a nuestro criterio, el numeral en cita es omiso por cuanto

se refiere al testamento público, en caso de que éste existiera, pues menciona que es el testamento ológrafo el que ha de abrirse, no así el público, por lo que nos preguntamos entonces ¿que sucede si el testamento que existe es precisamente público y no ológrafo?

Continuando con el procedimiento, tenemos que el juez, al momento de la apertura, examinará la cubierta que contiene el testamento a efecto de asegurarse que no ha sido violada, hará que los testigos de identificación que residieren en el lugar reconozcan tanto sus firmas como la del testador; asimismo en presencia del Ministerio Público, de los que se hayan presentado como interesados y de los mencionados testigos, abrirá el sobre que contiene el testamento y comprobará que fue realizado por persona mayor de edad, que fue escrito por el testador y firmado por él, constando el día, mes y año en que fue otorgado; una vez cubiertas todas las formalidades señaladas, se dará la posesión provisional de los bienes a los herederos que resultaren de dicho testamento así como a los testamentarios o legítimos al momento de la desaparición del ausente, en su caso, para tal efecto será necesario que dichos herederos tengan capacidad legal para administrar y que otorguen fianza que asegure las resultas de ello. Si estuvieren bajo la patria potestad o tutela, se procederá conforme a derecho.

En este orden de ideas y atendiendo a lo establecido por los numerales 682, 683, 684 y 685 del Código Civil para el Distrito Federal, debemos decir que si los herederos fueren varios y los bienes admitieren cómoda división, cada uno administrará la parte que le corresponda, otorgando la garantía adecuada a la porción de los bienes que administre; en cambio, si la división no fuere posible los herederos elegirán de común acuerdo y de entre ellos mismos un administrador general, que también deberá otorgar fianza en la proporción de los bienes que se queden bajo su administración, pero si hubiere desacuerdo en el nombramiento, el juez hará la designación correspondiente de entre ellos. Si se presentaren ambos supuestos, esto es que una parte de los bienes pudiere dividirse y la otra no, será respecto de esta última que se nombre el

administrador general de la forma ya señalada; en cualquiera de los casos en que se elija administrador, el resto de los herederos podrán nombrar un interventor que tendrá las mismas facultades y obligaciones señaladas a los curadores siendo sus honorarios pagados por quienes le dieron el cargo y en la cantidad que ellos mismos le fijaren.

Los presuntos herederos que adquieran la posesión provisional tienen derecho de pedir cuentas al representante del ausente, sea al nombrado por el juez o al señalado por el mismo ausente, quien deberá entregar los bienes y dar las cuentas, según el artículo 694 del Código Civil para el Distrito Federal, en los términos advertidos en los capítulos XII y XIV del Título Noveno, contenido en el libro primero del ordenamiento citado, sin embargo creemos que el referido numeral tiene una redacción equivocada, pues si revisamos los capítulos mencionados podremos percatarnos que ellos se refieren, respectivamente, a la extinción de la tutela y al curador no a las cuentas de la tutela que serían las disposiciones aplicables a la forma en que el representante del ausente debe emitir su informe por lo que se refiere a ese aspecto. Además de lo anterior, el subsiguiente texto del numeral indicado hace alusión a su similar 602 del ordenamiento en comento, el cual habla del plazo otorgado al tutor para rendir las cuentas generales de su cargo dentro de los tres meses siguientes al día en que termine este último, por lo que creemos que la sección aplicable por cuanto hace a las cuentas del representante del ausente es la contenida en el capítulo XI, del título y libro indicados. Hay que señalar que en el caso del representante el plazo para rendir cuentas de su cargo comienza a correr desde el día en que los presuntos herederos entren en la posesión provisional de los bienes, asimismo el juez podrá prorrogar el plazo señalado cuando considere que la situación lo amerite.

Si a pesar de haber sido hecha formalmente la declaración de ausencia no se presentaren herederos del ausente, el Ministerio Público pedirá que el representante continúe en el cargo o bien que se elija otro que a nombre de la

Hacienda Pública entre en la posesión provisional, en los mismos términos que se han descrito.

Muerto el que haya obtenido la posesión provisional, será sucedido por sus herederos en la porción que le hubiere correspondido, bajo las mismas condiciones y con las mismas garantías que el de cuyos.

Otro de los efectos producidos por la declaración de ausencia es que los legatarios, donatarios y todos aquellos sujetos que tengan sobre los bienes del ausente derechos que dependan de la muerte o presencia del mismo, podrán ejercitarlos, al igual que los que tengan obligaciones que deban cesar con la muerte de su acreedor, ambas situaciones podrán ser siempre y cuando se otorgue garantía por ello, de acuerdo con el artículo 528 del Código Civil para el Distrito Federal, en los siguientes términos y cantidades:

- a) Por el importe total de las rentas de los bienes raíces, cuando se trate de ellos, en los dos últimos años y por los réditos de los capitales impuestos durante ese tiempo.
- b) Por el valor total de los bienes muebles, en el caso de ellos.
- c) Por el total de los productos de las fincas rústicas que se obtengan en dos años, previo el cálculo por peritos, cuando se trate de ellos, o bien por el término medio de un quinquenio, según lo determine el juez
- d) En el supuesto de negociaciones mercantiles e industriales, por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculado por los libros si están llevados en debida forma o a juicio de peritos.

Por lo que respecta a esta situación, existen casos en los cuales el interesado no puede otorgar la garantía correspondiente en los términos y cantidades descritos, por lo que el juez, atendiendo las circunstancias de las personas y de los bienes podrá disminuir el importe de aquélla, pero en ningún caso la cantidad fijada será menor a la tercera parte de las cantidades indicadas en los incisos que anteceden.

Es de hacer notar la circunstancia de que, según lo señalado por los numerales 689 y 690 del Código Civil local, y para cualquiera de los efectos indicados anteriormente, sea entrar en la posesión provisional, ejercitar derechos o dejar de cumplir con obligaciones, todo ello con respecto al ausente y sus bienes, deberá garantizarse previamente y en tanto los interesados no otorguen la garantía correspondiente, el artículo 692 del orden legal en cita señala que no terminará el cargo del representante y éste continuará administrando los bienes del ausente. No obstante la disposición referida y debido al vínculo que los une con el ausente, no todos los sujetos están constreñidos a dar garantía puesto que la ley sustantiva de la materia en su artículo 693 exceptúa de esa obligación, en lo que se refiere a la parte que le corresponda, al cónyuge, descendientes y ascendientes que como herederos entren en la posesión de los bienes del ausente, así como al ascendiente que en ejercicio de la patria potestad administre los bienes que correspondan a los descendientes del ausente por concepto de herencia y por último a los legatarios (si los hubiere) pues por ellos darán garantía los anteriores si no hubiere división ni administrador general, por lo que entendemos que si hubiere administrador, será éste quien otorgue la citada garantía.

La última disposición en esta etapa es la posibilidad de que el ausente regrese o se pruebe su existencia antes de que se declare la presunción de muerte, en cuyo caso recobrará la totalidad de sus bienes, conservando los poseedores provisionales el derecho de hacer suyos los frutos industriales que hayan hecho producir a esos bienes y la mitad de los frutos naturales y civiles.

Para lograr una mejor comprensión del supuesto en análisis creemos pertinente manifestar que por bien se entiende: *“todo aquello que puede ser objeto de apropiación, entendiendo como tales, las cosas que no se encuentran fuera del comercio por naturaleza o por disposición de la ley.”*⁵⁴

⁵⁴) **Diccionario Jurídico 2000**, op. cit., disco compacto.

Fruto es: *“todo bien o cosa que otro bien o cosa produce. Es todo aumento o ganancia producida por una cosa.”*⁵⁵

De acuerdo con la disposición señalada se entiende que existen varios tipos de frutos, a saber: industriales, naturales y civiles. Son industriales los que surgen como resultado de la intervención deliberada del hombre o como señala la ley los que producen las fincas a través del cultivo o trabajo, por supuesto, del hombre. Son civiles los que se obtienen de un bien pero que no provienen directamente del mismo, generalmente se habla de sumas de dinero, tales como arrendamientos o intereses de una cuenta bancaria y por último, son frutos naturales los que se obtienen espontáneamente de otro bien.

Atendiendo al derecho de accesión podemos argumentar que la propiedad de los bienes da derecho a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora natural o artificialmente, es decir que pertenecen al propietario: los frutos naturales, los industriales y los civiles; sin embargo tomando en cuenta que el propietario, en este caso, se encuentra ausente y que de no ser por el poseedor provisional sus bienes no producirían ningún fruto y que además tal vez se verían menoscabados en su valor, consideramos por demás justo el hecho de que se recompense el trabajo del último, primero con el goce de los bienes en su momento y después, en el supuesto de que el ausente regresare, con la retención del total de los frutos industriales, pues es a causa del poseedor que los bienes del ausente producen dichos frutos, así como la conservación de la mitad de los frutos naturales y civiles, pues éstos prácticamente requieren muy poca intervención del poseedor.

Como podemos percatarnos, el procedimiento de ausencia de un sujeto posee una gran trascendencia jurídica sobre todo por cuanto se refiere al aspecto patrimonial, prueba de ello son las diversas disposiciones que la ley de la materia contempla con la finalidad de proteger los bienes que integran el

⁵⁵) TAPIA RAMÍREZ, Javier, **Introducción al Derecho Civil**, Edit. Mc Graw Hill, México, 2002, p. 152.

peculio del ausente. Además de lo anterior el procedimiento de referencia esta integrado por una serie de trámites un tanto complejos que llevan implícita la referida protección y de una u otra manera la recompensa o pago al poseedor provisional por desempeñar dicho cargo y cuidar de los bienes que le fueron encomendados.

3.1.3. Presunción de muerte

A) Procedimiento simple u ordinario

La presunción de muerte constituye la última fase del procedimiento de ausencia y se inicia cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, pues a este tiempo el juez declarará la presunción de muerte atendiendo a la petición de la parte interesada y una vez hecha la citada declaración se procederá a abrir el testamento del ausente, en el caso de no haberlo hecho posteriormente a la declaración de ausencia; asimismo, los que tengan la posesión provisional de los bienes del ausente deberán rendir cuentas respecto de su administración en los mismos términos que lo hace el representante al ser otorgada la posesión provisional, es decir para tal efecto tendrán tres meses, contados a partir de que los herederos y demás interesados entraren en la posesión definitiva de los bienes; cabe mencionar que los poseedores definitivos no deberán otorgar garantía alguna y la que hubieren otorgado como poseedores provisionales, es decir en el supuesto de que hayan tenido dicho carácter antes de ser declarados herederos legítimos o interesados, quedará cancelada en su totalidad.

Si una vez declarada la presunción de muerte del ausente y otorgada la posesión definitiva de sus bienes, éste se presentare o se probare su existencia, el mismo tendrá derecho a recobrar sus bienes en el estado en que se encuentren, así como el precio de los que hubieren sido enajenados o de los que se hubieren adquirido con el mismo precio, pero en esta etapa ya no podrá reclamar ni frutos ni rentas, los cuales se quedarán en poder de los poseedores

definitivos. Si por el contrario, se llegare a probar la muerte del ausente, la herencia del mismo se otorgará a los que debieran heredar al tiempo en que sucedió la muerte del testador, pero el poseedor o poseedores definitivos de los bienes que conformaren la masa hereditaria que deberá restituirse, es decir las personas que al final no tengan derecho hereditario alguno respecto de los bienes del presunto muerto, a su vez conservarán los frutos correspondientes a la época de la posesión provisional, en un cien por ciento en lo que respecta a los frutos industriales y en un cincuenta por ciento por lo que se refiere a los civiles y naturales, así como la totalidad de los frutos que se hubieren producido desde que se les hubiere dado la posesión definitiva.

Si una vez declarada la ausencia o la presunción de muerte de una persona, se aplicaren sus bienes a los que por testamento o sin él se tuvieran por herederos y después se presentaren otros diciendo tener preferencia en la sucesión y ello se declarare por sentencia que causare ejecutoria, se entregarán los bienes a los legítimos herederos con la mitad de los frutos civiles y naturales que hubieren producido, si tal circunstancia sucediere después de declarada la ausencia, o bien, si sucediere después de declarada la presunción de muerte, solo se entregarán los bienes en el estado en que se encontraren así como el precio de los que hubieren sido enajenados o de los que se hubieren adquirido con el mismo precio, sin frutos ni rentas.

En cualquiera de los casos descritos los poseedores definitivos estarán obligados a rendir cuentas respecto de los bienes, ya fuere al ausente o a sus legítimos herederos, en un plazo que comenzará a correr desde el día en que el ausente se presente o desde que cause ejecutoria la sentencia que otorgue la herencia a los legítimos herederos, determinándose para tal efecto un tiempo específico y aún cuando la ley no señala un plazo en concreto, consideramos que debe ser el mismo que se otorga para tal efecto al representante del ausente y a los poseedores provisionales, es decir el de tres meses, mismo que se computará como se ha señalado.

Por último y sintetizando lo anterior es de hacer mención que la posesión definitiva termina con el regreso del ausente; con noticia cierta de su existencia (para tal efecto los poseedores definitivos serán considerados como provisionales desde el día en que se tengan dichas noticias), asimismo, con la certidumbre de la muerte del ausente y, con la sentencia que cause ejecutoria y reconozca como legítimos herederos a otros distintos a los reconocidos hasta ese momento.

A efecto de clarificar lo esgrimido, es menester señalar que, en el primer caso resulta por demás obvio que el mero hecho de que el ausente o presunto muerto regrese, da por terminada la posesión definitiva otorgada a los presuntos herederos del mismo, pues hay que recalcar que dicha posesión se origina, precisamente, con la incertidumbre que existe sobre la vida o muerte del sujeto ausente, misma que no tiene razón de ser en el momento en que la presencia de aquél prueba su existencia; lo mismo sucede en el segundo supuesto, es por ello que con la noticia cierta de la existencia del ausente, el poseedor definitivo regresa a su calidad de provisional en tanto retorna el primero. La última hipótesis es un tanto confusa en apariencia, sin embargo no es tan complicada como parece, pues hace referencia a que la posesión definitiva respecto de los bienes del ausente, llega a su fin con la sentencia ejecutoriada que reconozca como herederos legítimos a otros distintos de los aceptados como tales hasta ese entonces.

Ejemplo de lo anterior, sería lo siguiente: B y C son hermanos de A, respecto de quien se ha declarado la presunción de muerte, D y E son hijos de A pero radican en los Estados Unidos de América al tiempo en que B y C solicitan al juez competente la declaración de muerte presunta de A y se les otorga la posesión definitiva en su carácter de herederos de A por sucesión legítima. D y E se enteran de esta circunstancia por lo que regresan a México y entablan una demanda en contra de B y C, en términos de lo dispuesto por los artículos 13 y 14 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal a efecto de que les sean entregados los bienes de A que les fueron otorgados a B y C como

herederos legítimos de A. El juez que conoce de la acción de petición de herencia invocada por D y E declara procedente el derecho de éstos a poseer definitivamente los bienes de A por corresponderles el título de herederos legítimos del mismo. Luego entonces, una vez que la sentencia dictada a favor de D y E cause ejecutoria, la misma tiene por efecto terminar con la posesión definitiva que hasta ese momento estaban ejerciendo B y C sobre los bienes de A. En este mismo orden de ideas resulta imperioso aclarar que, la acción de petición de herencia invocada por D y E, únicamente puede ejercitarse dentro de los diez años siguientes al día en que se hizo la adjudicación de los bienes que integran la masa hereditaria del ausente, esto en términos del artículo 1159 del Código Civil para el Distrito Federal

Ahora, volviendo a hacer alusión al aspecto del tiempo empleado en el procedimiento, creemos necesario hacer mención que hasta esta etapa, es decir la declaración de presunción de muerte, habremos empleado en el procedimiento de mérito un total de 9 ó 10 años aproximadamente, pues recordemos que antes y hasta la declaración de ausencia llevábamos actuados alrededor de 3 ó 4 años, según los supuestos que se presentaren, que sumados a los 6 años que debemos esperar para la declaración de presunción de muerte, dan mas o menos el tiempo referido en primer término.

Como podemos percatarnos el procedimiento en estudio es demasiado prolongado, pues los 9 ó 10 años señalados que se emplean en la tramitación del procedimiento son demasiados a nuestro criterio. Ahora bien, hablar de un procedimiento mucho mas reducido para la presunción de muerte implica una determinación muy aventurada pues disminuir en exceso el tiempo empleado para tal declaración sería, de alguna manera equívoco pues cualquier sujeto que se ausentara por un tiempo considerable sin dejar noticias suyas o un representante legal correría el riesgo de ser declarado presuntamente muerto. Consideramos que lo mas pertinente sería buscar un término medio que hiciera un procedimiento mas ágil sin caer en una excesiva celeridad. Al respecto, nuestra propuesta sería que una vez declarada legalmente la ausencia

transcurran sólo 2 años para que pueda solicitarse la declaración de muerte presunta y no los 6 que señala la Ley, es decir equiparar el término al que señala el párrafo segundo del artículo 705 del Código Civil para el Distrito Federal para los casos de que la desaparición de un sujeto se deba a participación en guerra, naufragio de buque, inundación o siniestro semejante; y por lo que se refiere a los edictos, propondríamos la publicación de la declaración de ausencia por 3 veces con intervalos de 15 días, inmediatamente que la misma sea declarada; además, creemos necesario que para coadyuvar con la investigación, aparte de los edictos, es necesario que se ordene la averiguación del paradero o existencia del sujeto ausente a través de los diversos medios de comunicación, verbigracia: radio, televisión, internet, carteles, etc.

Por lo que se refiere al aspecto económico tenemos que adicionar a los aproximadamente 23 edictos previamente publicados durante la ausencia, 9 más que corresponden al periodo intermedio entre la declaración de ausencia y la presunción de muerte, toda vez que ya declarada la ausencia, ésta deberá publicarse 3 veces con intervalos de 15 días, repitiéndose las publicaciones cada 2 años, durante 6, siendo los 3 primeros los que publican la declaratoria de ausencia legalmente hecha; es decir, estamos hablando de alrededor de 32 edictos.

Aunado a lo anterior y aún cuando no hay una disposición expresa consideramos que la declaración de presunción de muerte también debe ser publicada, a efecto de enterar a los interesados que tuvieren el derecho de recurrir la citada declaración. Tenemos entonces que, a nuestro criterio deberán hacerse las mismas publicaciones que se señalan para la publicación de la declaración de ausencia, es decir por 3 veces con intervalos de quince días, ello según lo dispuesto por el artículo 677 del Código Civil para el Distrito Federal. En concreto, hasta el fin del procedimiento se habrán publicado alrededor de 35 edictos.

B) Procedimiento sumario o calificado

El Código Civil para el Distrito Federal contempla otros supuestos, además de los ya estudiados, en los cuales procede la presunción de muerte pero a través de un procedimiento más ágil, o bien sin tener que pasar previamente por la declaración de ausencia, es decir, que de manera directa se promueve la declaración de presunción de muerte.

A efecto de adentrarnos un poco más en los supuestos aludidos en el párrafo anterior y de dejar más en claro lo relativo a ellos, debemos mencionar que cuando se trate de sujetos que hubieren desaparecido al intervenir en una guerra, encontrándose a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, bastará que transcurran dos años, mismos que se contarán desde la desaparición del mencionado sujeto, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en esos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia. Ahora bien, cabe señalar que de igual manera deberán asumirse las medidas provisionales que se toman durante el periodo posterior a la ausencia y hasta que se declare legalmente la presunción de muerte, es decir se nombrará un depositario de los bienes del ausente, se publicarán los edictos que lo llamen y se le designará un representante en caso de que aquél no atienda al llamado que se le haga a través de los referidos edictos.

Otras hipótesis son las señaladas por el tercer párrafo del numeral 705 del ordenamiento de referencia, siendo tales que la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria. En estos casos deberá existir fundada creencia de que el desaparecido estaba en el lugar en donde ocurrió el siniestro para que el juez pueda declarar, en un periodo de seis meses, la presunción de muerte. El referido artículo habla también de la publicación hasta por tres veces de la solicitud que pide la declaración de presunción de muerte, indicando que dichas publicaciones serán gratuitas y en un periodo que no exceda de treinta días.

El procedimiento sumario, es sin duda alguna, una disposición acertada del legislador, pues consideramos que debido a las grandes posibilidades de muerte del sujeto desaparecido durante la catástrofe se determina la supresión del procedimiento desde la ausencia, pues en este caso sabemos que el sujeto se encontraba en el lugar del siniestro, a diferencia de la presunción de muerte en el procedimiento ordinario en la cual tal presunción se origina con la ausencia del sujeto y la falta de noticias del mismo sin que se hubiera presentado situación alguna que haga presumir su muerte. No obstante lo anterior, es de hacer la observación de que el legislador omite señalar que la declaración de muerte presunta en estos casos también debe publicarse, así como también es omiso respecto de las veces que ello debe hacerse, por lo que consideramos que debería aplicarse supletoriamente lo relativo a la publicación de la solicitud de dicha declaración, esto es, de acuerdo al numeral 705 del Código sustantivo de la materia, por 3 veces en un término no mayor de 30 días.

3.2. Situación jurídica del ausente casado

Resulta interesante, sin lugar a dudas, la situación jurídica en que se colocan los cónyuges desde el momento mismo en que se configura la ausencia de uno de ellos, tanto en lo que respecta a los bienes como a la unión conyugal misma.

Entraremos primero al estudio de los bienes de los cónyuges y para ello es menester decir que la declaración de ausencia legalmente hecha por la autoridad jurisdiccional competente pone fin inmediatamente a la sociedad conyugal, salvo que los consortes, en las capitulaciones matrimoniales, hubieren dispuesto la continuación de la misma en dicho supuesto. Una vez que haya sido disuelta la sociedad referida se llevará a cabo el inventario correspondiente sin que en él se incluyan lecho, vestido ordinario ni objetos personales o de trabajo de los cónyuges. Realizado el inventario se habrán de pagar los créditos que hubiere contra el fondo social y se devolverá a cada uno de los consortes los bienes llevados al matrimonio y si hubiere excedente será dividido entre ambos sujetos en la manera en que se hubiere convenido; si por

el contrario fueren pérdidas las que hubiere, ellas se deducirán de los bienes de cada consorte, de manera proporcional a las ganancias que les correspondieran o del patrimonio del consorte que hubiere llevado bienes a la sociedad.

De lo anterior se desprende que sólo el cónyuge presente será quien reciba sus bienes, únicamente hasta el día en que la declaración de ausencia haya causado ejecutoria y de ellos podrá disponer libremente. Por cuanto se refiere al ausente, tenemos que éste no puede recibirlos por sí mismo en virtud de esta situación y para que se haga la liquidación de la sociedad conyugal, es necesario que se cite a los presuntos herederos del ausente para que presencien, tanto el inventario como la separación de los bienes integrantes de dicha sociedad y posteriormente se entregarán a los mismos en los términos referidos con antelación.

Por otro lado, en el supuesto de que el ausente regresare o su existencia fuere probada antes de la declaración de presunción de muerte podrá recobrar la totalidad de sus bienes con las rentas y la mitad de los frutos naturales y civiles, quedando la otra mitad y el total de los frutos industriales en poder del cónyuge presente, si éste hubiere fungido como heredero en la posesión provisional, asimismo la sociedad conyugal quedará restaurada; no obstante esta situación, la ley no especifica si esto sucede automáticamente o bien se requiere elaborar nuevas capitulaciones, que creemos sería lo más pertinente dada la nueva situación patrimonial de los consortes.

Por cuanto hace al régimen de separación de bienes creemos que no existe ningún problema, puesto que en las mismas capitulaciones matrimoniales los consortes dejan en claro la situación patrimonial de cada uno de ellos, por lo que cada cual es dueño de sus propios bienes.

Ahora, si el cónyuge presente no fuere heredero del ausente y no tuviere bienes propios, tendrá derecho a que, del patrimonio del ausente, se le proporcionen alimentos.

Como señalamos al principio de este apartado, la ausencia también tiene efectos en lo que respecta a la unión conyugal, pues el vínculo que une a ambos consortes no se disuelve con la simple declaración de ausencia sino que el matrimonio subsiste en tanto no se ejercite la acción correspondiente que sería una demanda de divorcio necesario, con fundamento en la fracción X del artículo 267 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

3.3. La presunción de muerte y la disolución matrimonial en el Derecho interno

Para una mejor comprensión del tema que nos ocupa en la presente investigación es necesario entrar un poco en la regulación jurídica que del mismo hace el Derecho interno en nuestro país, es decir, es trascendental que nos adentremos un poco en las disposiciones jurídicas de algunas entidades federativas respecto a la presunción de muerte y el matrimonio, más específicamente nos interesan los Códigos Civiles de los estados de Campeche y San Luis Potosí, pues el resto de los ordenamientos locales hacen una regulación prácticamente igual a la contenida en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, tanto en lo que respecta al matrimonio como en lo relativo a la presunción de muerte.

3.3.1. Código Civil para el estado de Campeche

El ordenamiento jurídico Civil del Estado de Campeche constituye la base de esta investigación, pues dicho orden jurídico contiene una disposición que cambia en gran magnitud la situación jurídica en que se colocan los consortes al configurarse la presunción de muerte y por ello es la que nos interesa en esta investigación.

En general, el Código Civil para el estado de Campeche, dentro del libro primero y en su título undécimo, denominado, este último, "DE LOS AUSENTES E IGNORADOS", contiene siete capítulos relativos a la ausencia, tal y como se encuentran contenidos en el Código Civil para el Distrito Federal, aunado a esto todos los numerales que integran la referida sección engloban las mismas disposiciones que el último ordenamiento citado.

Por cuanto se refiere a la situación jurídica de los consortes, **en el supuesto caso de que uno de ellos fuere declarado legalmente ausente o presuntamente muerto** en los casos de excepción (procedimiento calificado o sumario), el Código Civil de la entidad federativa citada es muy claro al establecer dentro de sus artículos 278 y 280 que en dichas situaciones **procede la disolución de la unión conyugal y ella opera de pleno derecho**. Lo anterior se observa de la siguiente transcripción:

"Artículo 278.- El matrimonio se disolverá:

I.- Por la declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta, que proceda la declaración de ausencia;

II.- DEROGADA.

III.- Por divorcio".

"Artículo 280.- La declaración de ausencia o presunción de muerte a que se refiere la fracción I del artículo 278, disolverá de pleno derecho la unión matrimonial."

De conformidad con el párrafo precedente podemos decir que una vez hecha la declaración correspondiente, sea de ausencia o de presunción de muerte, esta última en los casos de excepción, el cónyuge presente queda en aptitud de contraer legalmente nuevas nupcias, toda vez que el numeral 279 del mismo ordenamiento señala que: *"En virtud de la disolución del matrimonio, cada cónyuge recobra su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, salvo*

las limitaciones que establece la ley.”La idea citada, a nuestro modo de pensar, es muy acertada por las razones que expondremos en el capítulo siguiente.

Aunado a lo anterior, es importante precisar que el mismo numeral 278 contempla también al divorcio como forma de disolución del matrimonio y aún cuando el artículo en comento no contiene textualmente la disposición, resulta lógico manifestar que, de igual manera, la muerte de uno de los consortes y la nulidad ponen fin a la unión conyugal.

Por otro lado, cabe mencionar que el Código Civil de la entidad federativa de mérito, a diferencia del ordenamiento Civil vigente en el Distrito Federal, sólo contiene un apartado correspondiente al procedimiento sumario en lo relativo a la presunción de muerte, pues recordemos que nuestro Código sustantivo señala dos años para solicitar la declaración de presunción de muerte cuando la desaparición del sujeto se origine por participación en guerra, naufragio en buque, inundación o siniestro semejante y seis meses cuando la desaparición tenga lugar a causa de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria y exista presunción fundada de que el ausente se encontraba en el lugar del desastre; sin embargo, el ordenamiento sustantivo del estado de Campeche reúne en una sola disposición todas las hipótesis referidas, concretando el procedimiento a dos años contados después de la desaparición, es decir este cuerpo legislativo no contempla el procedimiento de seis meses para solicitar la declaración de presunción de muerte.

Con relación al punto aludido en el párrafo que precede es importante manifestar que, a nuestro parecer, el ordenamiento Civil para el Distrito Federal es acertado al dividir los términos que deben esperarse para poder solicitar la declaración de presunción de muerte a través del procedimiento sumario; situación que su similar del Estado de Campeche no toma en consideración, pues hay que señalar que aún cuando los supuestos que se refieren a la desaparición del sujeto por participación en guerra, naufragio en buque, inundación o siniestro semejante son de índole trascendente en cuanto sus consecuencias, dichos supuestos proporcionan al juzgador una menor

probabilidad de muerte que la existente en los casos en que el sujeto desaparezca hallándose en el lugar del siniestro cuando el mismo sea un incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria. De ahí que, en nuestra opinión, es correcto que se haga la distinción entre las hipótesis señaladas y se manejen diferentes tiempos para solicitar la declaración de presunción de muerte correspondiente debido al grado de certeza que los referidos supuestos proporcionan al juzgador, situación que no se presenta en el ordenamiento de la entidad referida.

3.3.2. Código Civil para el estado de San Luis Potosí

Otro ordenamiento jurídico importante en el estudio del tema disolución del matrimonio con relación a la presunción de muerte es el del estado de San Luis Potosí, aún cuando dicho cuerpo normativo no contempla directamente la posibilidad de que el matrimonio se disuelva por la simple declaración de ausencia o presunción de muerte en los casos de excepción, antes bien manifiesta expresamente que dichas declaratorias no ponen fin a la unión matrimonial pero si disuelven la sociedad conyugal.

Además, el Código sustantivo de la entidad citada establece las multireferidas declaratorias como causal de divorcio, al igual que el ordenamiento Civil para el Distrito Federal, sin embargo existe otra disposición dentro del mismo cuerpo legislativo que indica la posibilidad de disolver el matrimonio, una vez que hayan transcurrido 10 años de que se hubiere declarado la presunción de muerte de uno de los cónyuges y no se hubieren tenido noticias de él, para ello es necesario que el consorte presente acuda al juez de su domicilio y solicite tal situación con base en la declaratoria judicial que presume la muerte del otro consorte; lo anterior se desprende de lo preceptuado por el siguiente artículo:

“Artículo 660.- Transcurridos diez años de la declaración de presunción de muerte del ausente, sin que este hubiere regresado o se tuviere noticia cierta de su existencia, quedará disuelto el vínculo del matrimonio, con la sola formalidad de que el cónyuge

presente ocurra al juez de su domicilio pidiendo que se haga la declaratoria correspondiente.”.

Tal y como se indicó, la disposición en comento no aporta a nuestra investigación elemento alguno que no sea la circunstancia de que la declaratoria de presunción de muerte disuelva el vínculo matrimonial, pues si nos referimos al tiempo que el ordenamiento Civil de San Luis Potosí cita para que se declare la mencionada disolución, estaríamos hablando de emplear para ello un periodo más largo que el que exigiría agotar tanto el procedimiento de presunción de muerte como el de divorcio, pues la disposición transcrita nos exige que, una vez declarada la muerte presunta esperemos diez años para poder dar trámite a la solicitud de declaración de disolución de la unión conyugal, pero si tal fuere el caso y siendo a nuestro criterio un **absurdo jurídico** más conveniente resultaría que, una vez obtenida la declaratoria de presunción de muerte, se entablara un juicio de divorcio necesario contra el presunto muerto, cuya tramitación sería mucho mas rápida que la espera exigida por el ordenamiento Potosino.

No obstante lo anterior, el Código Civil en comento sienta el antecedente de nuestra propuesta en la presente investigación, es decir contempla la presunción de muerte legalmente declarada como una causa que disuelve el matrimonio equiparando tal situación a la muerte misma.

3.4. La presunción de muerte y la disolución matrimonial en el Derecho Internacional.

A efecto de tener un antecedente más, aparte de los ya mencionados dentro de nuestro Derecho Nacional, creemos pertinente hacer un breve recorrido a través de algunos ordenamientos jurídicos internacionales, con la finalidad de mostrar la manera en que la comunidad extranjera regula el tema que nos ocupa.

Para desarrollar este punto hay que hacer mención de que existen, como en todo, diferentes criterios adoptados en cuanto a los efectos que la sentencia que declara la presunción de muerte tiene respecto al matrimonio.

Una corriente argumenta que, una vez declarada legalmente la presunción de muerte, el matrimonio, como tal, subsiste en tanto no exista una demanda de divorcio a la cual le recaiga sentencia judicial que disuelva el vínculo conyugal. Otra corriente señala lo contrario de la anterior, es decir, según ésta, el matrimonio se disuelve en el momento en que la presunción de muerte es legalmente declarada por la autoridad competente; ahora bien, dentro de esta última corriente hay algunas variantes de país a país, pues existe la opinión a través de la cual se dice que el vínculo matrimonial es, efectivamente, disuelto pero no con la sentencia referida sino en el momento en que el cónyuge presente contrae nuevas nupcias.

3.4.1. Francia

Hemos de recordar que, en el Derecho Francés, mientras más durare la ausencia había más probabilidades de que el ausente estuviese muerto, sin embargo nunca esa posibilidad era total por lo cual el ordenamiento galo disponía, en sus primeros tiempos, que el cónyuge presente no podía contraer nuevas nupcias toda vez que el vínculo conyugal con el ausente subsistía. Sin embargo, en el supuesto de que el cónyuge presente contrajera nuevo matrimonio a pesar de la prohibición, la invalidez de esa unión debía ser invocada por el ausente, si es que regresaba. Años más tarde, el Derecho Francés admite la disolución del matrimonio con la declaración de presunción de muerte, únicamente cuando la desaparición del sujeto hubiere sido ocasionada por circunstancias que pusieran en peligro la vida del mismo. Más adelante, las disposiciones señaladas son reemplazadas por aquella que determina que la declaración de ausencia tiene los mismos efectos que la muerte natural, por lo que entendemos que dichos efectos también aluden a la unión matrimonial.

*“Por último, la ley del 28 de diciembre de 1977...establece que la declaración de ausencia, produce todos los efectos que el deceso establecido del ausente hubiera producido. El artículo 132 declara sin efecto sobre la disolución del vínculo anterior la anulación del juicio declarativo de ausencia en virtud de la reaparición. En el nuevo régimen, por consiguiente, la ausencia declarada produce la disolución del vínculo matrimonial.”*⁵⁶

En atención a lo señalado, creemos que vale la pena hacer hincapié en el cambio sufrido por la ideología francesa con el paso del tiempo, pues, el legislador, después de negar rotundamente que la ausencia por más prolongada que fuera, no proporcionaba certeza alguna sobre la muerte de un sujeto, pasa a establecer que la declaración de dicha circunstancia tiene los mismos efectos que la muerte misma y por lo tanto disuelve el matrimonio como tal. En ese mismo orden de ideas consideramos acertada la determinación del legislador Galo en ese aspecto, pues consideramos que, en efecto, la ausencia debe ser motivo de disolución matrimonial, toda vez que en ese supuesto es imposible la realización de los fines que persigue la unión conyugal.

3.4.2. Italia

Según lo dispuesto por el artículo 65 del Código Civil Italiano, el cónyuge presente puede contraer un nuevo matrimonio una vez que la sentencia que declara la presunción de muerte del otro consorte quede firme, lo anterior se desprende de la siguiente transcripción: *“Art. 65.- Divenuta eseguibile la sentenza che dichiara la morte presunta, il coniuge può contrarre nuovo matrimonio.”* **Una vez dictada la sentencia que declara la muerte presunta, el cónyuge puede contraer nuevo matrimonio.**

Pese a lo anterior, los doctrinarios han tomado distintas opiniones en cuanto a este aspecto, pues aunque la legislación vigente en esa Nación refiere la

⁵⁶) TOBÍAS W., José, **Fin de la existencia de las personas físicas**, Edit. Astrea, Argentina, 1988, p. 205

posibilidad del cónyuge presente a contraer nuevas nupcias cuando la presunción de muerte esté legalmente declarada, no hace mención alguna por lo que se refiere a los efectos que la sentencia dictada en ese aspecto produce sobre el matrimonio. Por tal situación los doctrinarios han adoptado distintas posturas, algunos afirman que la sentencia multireferida no disuelve el matrimonio, sino que suspende los efectos del mismo en tanto el cónyuge presente no contraiga nuevas nupcias, esto es que después de que la presunción de muerte ha sido dictada el matrimonio previamente existente queda en un periodo de descanso que permite al otro consorte contraer un nuevo vínculo conyugal.

Lo anterior, se argumenta con base en el párrafo primero del artículo 68 del ordenamiento en estudio, pues dicha disposición señala que:

“Il matrimonio contratto a norma dell' art. 65 è nullo, qualora la persona della quale fu dichiarata la morte presunta ritorni o ne sia accertata l'esistenza.” **El matrimonio contraído conforme al artículo 65 es nulo, cuando regresa la persona de la cual fue declarada la muerte presunta o se tiene noticia cierta de su existencia.**

Traduciendo e interpretando el artículo vertido podemos decir que cuando el cónyuge ausente regrese o se pruebe su existencia de manera fehaciente el nuevo matrimonio deberá ser declarado nulo.

Retomando la idea principal tenemos que el argumento esgrimido es muy válido mas no acertado, a nuestro parecer, es válido porque si la sentencia que declara la presunción de muerte del cónyuge ausente disolviere el matrimonio de éste, no podría invocarse al regreso del mismo la nulidad de la segunda unión conyugal en virtud de que el primer vínculo fue disuelto de manera legal e invocar la nulidad del mismo sería improcedente, pero no es acertado en virtud de que la naturaleza misma del matrimonio impide que éste quede en un letargo

que tenga como consecuencia la suspensión de sus efectos y la ineficacia de sus cualidades intrínsecas, tales como la indisolubilidad. Es decir, la cuestión aquí es la siguiente: si el matrimonio del ausente queda disuelto con la declaración de muerte presunta ¿cómo es que si aquél regresa puede invocar la nulidad de una segunda unión conyugal de su consorte, cuando ella existiere, con base en el hecho de que vive?; ahora, si el matrimonio del ausente no se disuelve con la declaración que lo tiene como muerto presunto y dicha declaración, efectivamente, solo tiene por resultado suspender los efectos del conyugio ¿cómo es que el consorte presente puede contraer nuevas nupcias de manera legal cuando su primer matrimonio no ha quedado debidamente disuelto?.

Por otro lado existe la opinión de quienes consideran que por razones lógicas, la resolución que declara la presunción de muerte, debe tener entre otros efectos la disolución del matrimonio existente entre dos sujetos, pues la misma ley le concede al cónyuge presente la posibilidad de volver a contraer matrimonio legal, situación que no podría ser si previamente no hubiere sido disuelto el primer ligamen existente, no obstante, los partidarios de esta idea aclaran la no contradicción entre este argumento y el derecho del ausente a pedir la nulidad del segundo matrimonio del otro cónyuge, pues se dice que la sentencia de presunción de muerte produce, desde luego, la disolución del matrimonio existente, sin embargo si posteriormente se comprueba que la muerte no ha sucedido, la sentencia citada no puede producir efecto alguno, no obstante aquí cabría aclarar que, a nuestro juicio, es la declaratoria de presunción de muerte lo que disolvería el matrimonio en ese supuesto y no la muerte del sujeto ausente, por ende el hecho de que el mismo regrese o se compruebe su existencia no debería tener repercusión alguna sobre el nuevo estado civil de su antes consorte.

A nuestro muy particular modo de pensar ambos criterios son aceptables, sin embargo y atendiendo a la propuesta que pretendemos hacer creemos que

debería subsistir el segundo, sin que se contemplare la posibilidad futura de que el ausente invocare la nulidad del segundo matrimonio del otro consorte, en virtud de lo expuesto en el párrafo anterior, tal circunstancia conllevaría a la derogación del artículo 68, ya referido, por lo menos en lo que faculta al cónyuge ausente, cuando aparezca, claro está, para invocar la nulidad.

3.4.3. Alemania

El Código Civil Alemán dispone que el matrimonio del ausente se disuelve en el mismo momento en que el cónyuge presente contrae una nueva unión conyugal, es decir la sentencia que hace la declaración de presunción de muerte no disuelve por sí misma el matrimonio existente sino que únicamente da la posibilidad al otro consorte para que contraiga un nuevo matrimonio el cual no podrá disolverse aún cuando el ausente regresare o se comprobare su existencia, *“...en este sistema la sentencia no disuelve el vínculo, sino que faculta para contraer nuevas nupcias, en cuyo momento se produce por fin la disolución.”*⁵⁷ Cabe señalar que a esta regla hay una sola excepción, ella señala que cuando los contrayentes supieren de la existencia del presuntamente muerto y a pesar de ello, aprovechando la situación, contrajeran nupcias, éstas serán nulas.

De lo anterior debemos inferir que si el consorte presente no se casa nuevamente el vínculo anterior subsiste, sin embargo surge nuevamente la interrogante: si el matrimonio del ausente no se disuelve con la declaratoria de muerte presunta, ¿cómo es que el cónyuge presente puede contraer válidamente nuevas nupcias?. Aunado a esto, consideramos adecuado mencionar que de acuerdo a esta situación el presunto muerto lo esta para determinados efectos y sigue vivo para otros, como el matrimonio por ejemplo, lo cual consideramos un tanto incoherente.

⁵⁷) Íbidem p. 207

3.4.4. Puerto Rico

El ordenamiento Civil de esta isla en su artículo 67 determina que una vez que hayan transcurrido diez años de ausencia de un sujeto sin que se tengan noticias suyas, puede el cónyuge presente contraer un nuevo matrimonio, previa la autorización del Tribunal Superior y la comprobación satisfactoria de que nunca se han recibido noticias del ausente durante ese tiempo. Ahora, si celebrado el segundo matrimonio aparece el cónyuge ausente, aquél será plenamente válido y firme, quedando este último sujeto en aptitud legal para contraer una nueva unión matrimonial. La idea expresada se desprende de la siguiente referencia legislativa:

“Art. 67.-Diez años de ausencia sin que se tenga noticia o conocimiento del ausente, constituirán suficiente motivo para que el marido o la mujer del ausente pueda contraer nuevo matrimonio, después de haber sido autorizado para ello por el Tribunal Superior mediante una prueba satisfactoria de la ausencia y de no haberse recibido noticias del ausente en el expresado tiempo de diez años.

Si después de celebrado el nuevo matrimonio con arreglo a lo previsto en el párrafo anterior, comparece el marido o la mujer ausente quedará el uno o la otra, en su caso, libre de su primer matrimonio y en aptitud legal para contraer nuevo matrimonio.

El matrimonio celebrado por el marido o la mujer del ausente durante y por causa de la ausencia, permanecerá firme y válido.”.

Como se observa, este ordenamiento legal no hace referencia alguna a la presunción de muerte sino que la figura regulada es la ausencia de un sujeto, además cabe mencionar que no se habla de una declaración legalmente hecha sino de una mera y simple ausencia. Consideramos que por lo que al tema se refiere el ordenamiento de referencia adolece de una correcta regulación y que en él existen muchas lagunas que deben ser subsanadas.

3.4.5. Cuba

La legislación cubana, en los artículos 43 y 44 de su Código de Familia determina que el matrimonio se extingue, entre otras causas, por la declaración judicial de presunción de muerte de alguno de los cónyuges desde el momento mismo en que la citada declaración quede firme. Podemos observar, que de lo anterior se desprende, a nuestro criterio, una correcta y acertada regulación sobre las figuras estudiadas, pues en este caso la ley es definitiva al disponer los efectos que la presunción de muerte tendrá sobre el matrimonio. A continuación y para efecto de proporcionar una idea más clara al respecto procedemos a reproducir íntegramente los numerales citados:

“ARTICULO 43. El vínculo matrimonial se extingue:

- 1) Por fallecimiento de cualquiera de los cónyuges;
- 2) Por la declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges;
- 3) Por la nulidad del matrimonio declarada por sentencia firme;
- 4) Por sentencia firme de divorcio.”.

“ARTICULO 44. La declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges extingue el matrimonio desde el momento en que dicha declaración quede firme.”.

Consideramos importante manifestar que desde nuestra perspectiva este ordenamiento es el más acertado en cuanto se refiere a la regulación del tema que nos ocupa, pues maneja un sistema legal más exacto en virtud de que en ningún momento deja incertidumbres jurídicas respecto del estado civil de los consortes, toda vez que claramente determina que la presunción de muerte legalmente hecha disuelve plenamente el matrimonio, no dando lugar a que a la postre se invoque la nulidad de una posible segunda unión conyugal del consorte presente. De lo expresado se entiende entonces que este cuerpo legal

es el que proporciona una mayor seguridad jurídica a los sujetos que se coloquen en las hipótesis señaladas por la ley, es decir al ausente y su consorte.

3.4.6. Argentina

El ordenamiento Civil Argentino ha sufrido varias modificaciones en la forma de contemplar la situación jurídica de los consortes cuando se presenta el supuesto de la presunción de muerte. En un principio la legislación de esta Nación determinaba la no disolución del matrimonio por presunción de muerte, sin embargo más adelante se adopta un sistema similar al contemplado por las leyes alemana e italiana, es decir, que a través de una modificación legal el legislador argentino determina que el matrimonio del ausente se disuelve en el momento en que el cónyuge presente contrae un segundo matrimonio y no con la sentencia que declara la presunción de muerte, pues ésta solo suprime el impedimento para contraer nuevo matrimonio. Es decir, la ley no establecía en concreto el efecto de la sentencia de presunción de muerte sobre el matrimonio, razón por la cual debemos deducir que el matrimonio del cónyuge ausente quedaba disuelto porque ello se requería para que pudiese contraerse un nuevo vínculo conyugal, sin embargo si antes de la celebración de un segundo matrimonio aparecía el ausente, subsistía el primer vínculo, pero si por el contrario la reaparición sucedía cuando el cónyuge presente había contraído nupcias por segunda vez, dicha reaparición no producía ningún efecto sobre el segundo vínculo. Actualmente, el Código Civil Argentino en el apartado segundo de su artículo 213 indica lo siguiente:

“Art.213.- El vínculo matrimonial se disuelve:

2do. Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento.”

Como podemos percatarnos y según lo señalado por el precepto referido, en el Código sustantivo argentino subsiste aún el sistema mencionado en el primer párrafo de este apartado, sin embargo el numeral transcrito deja un poco mas clara la situación jurídica del cónyuge presente al configurarse la presunción de muerte, no obstante “ *El nuevo texto legal...postula la subsistencia del vínculo matrimonial luego de la sentencia y hasta las nuevas nupcias del cónyuge declarado muerto presunto...Pero en ese caso...se sigue considerando “vivo” al declarado muerto presunto para esa relación jurídica y muerto para las demás.*”⁵⁸

3.4.7. España

La legislación española ha tenido, a través de la historia, diversas modificaciones por lo que se refiere a los efectos que produce la declaración de presunción de muerte sobre el matrimonio. En un principio, el Código Civil de España señalaba como única manera de disolver el vínculo conyugal, la muerte sin tener disposición alguna en cuanto a la presunción de la misma. Posteriormente el ordenamiento citado señala que la simple declaración de muerte presunta no es motivo suficiente para la disolución del matrimonio. Sin embargo, en la actualidad, el numeral 85 del multicitado cuerpo legislativo dispone lo siguiente:

“Artículo 85.- El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.”.

Resulta, de lo transcrito, que el legislador español a través del tiempo le da un giro total al tema de la disolución matrimonial, pues actualmente nos encontramos con una regulación más completa en relación a dicho tema y muy similar a la contemplada por el Código de Familia Cubano, por lo cual resulta innecesario manifestar nuestra conformidad con dicho sistema así como las razones por las cuales coincidimos con esta postura.

⁵⁸) Íbidem, p. 215

3.4.8. Uruguay

El orden jurídico Civil de esta Nación no acepta bajo ninguna circunstancia la disolución del matrimonio cuando ella se apoye en la presunción de ausencia de uno de los consortes. Ahora bien, si el cónyuge presente contrajera nuevas nupcias, la validez de esa unión solo podrá ser atacada por el mismo ausente si regresare o por apoderado legítimo que probare fehacientemente la existencia de aquél. Atendiendo a esta disposición podemos señalar que la legislación vigente en esta nación expresamente señala la subsistencia del vínculo matrimonial después de que la presunción de muerte ha sido declarada, a efecto de dar sustento a lo referido es menester hacer la reproducción del artículo 78 del ordenamiento en análisis, misma que a continuación se hace:

“Art. 78.- La presunción que resulta de la ausencia, por larga que sea, no basta para disolver el matrimonio.

Sin embargo, sólo el cónyuge ausente, por sí o por apoderado que presente prueba acabada de su existencia, podrá atacar la validez del matrimonio contraído por el otro cónyuge.”.

En una opinión muy personal nos atrevemos a decir que la determinación aludida no tiene razón de ser, pues en el momento en que el cónyuge presente lo desee puede olvidarse del primer matrimonio y contraer otro de manera válida, pues ningún sujeto o autoridad posee facultad alguna para solicitar la invalidez de dicha unión, a menos, claro, el presunto muerto, en el momento en que aparezca.

Aunado a lo anterior es sumamente criticable el hecho de que la misma ley en su numeral 51 expresa lo siguiente:

*“El ausente a los ojos de la ley ni está vivo ni está muerto.
A los que tienen interés en que esté vivo, toca probar la existencia, como el fallecimiento, a los que tienen interés en que haya muerto”.*

De la transcripción anterior se desprende que la regulación de la ausencia en el ordenamiento de referencia es infructuosa, pues deja el mismo vacío jurídico, es decir que si no existiere disposición al respecto todo sería exactamente igual, por ello es un tanto contradictorio que el estado no califique de nulo el matrimonio contraído por el cónyuge presente cuando exista la presunción de ausencia del otro pues si la misma ley no considera muerto al ausente no tendría porque dar validez a un segundo matrimonio del consorte supérstite, tan considera válida dicha unión que nadie puede invocar su nulidad, salvo el mismo ausente. En ese mismo orden de ideas cabría preguntarnos que sucede en los casos de muerte presunta, situación no contemplada por el ordenamiento de mérito.

3.4.9. El Vaticano (Código Canónico)

Desde otra perspectiva, religiosamente hablando, una de las características que integran la naturaleza esencial del vinculo matrimonial es, precisamente, la indisolubilidad, pues atendiendo a la narración bíblica, hombre y mujer fueron creados para unirse y formar un solo ser; *“De la costilla que Yavé había sacado al hombre, formó una mujer y la llevó ante el hombre. Entonces el hombre exclamó: Ésta si que es hueso de mi huesos y carne de mi carne. Ésta será llamada varona porque del varón ha sido tomada. Por eso el hombre deja a sus padres para unirse a una mujer, y los dos son una sola carne.”*⁵⁹ (Génesis 2,22-24). En atención a lo anterior, los libros evangélicos de Mateo y Marcos refieren que Jesucristo, como hijo de Dios reitera la unidad que hombre y mujer forman al unirse en matrimonio, ahora bien, el principio de indisolubilidad se desprende indirectamente de esta circunstancia pero queda plenamente constituido con el mandato hecho por Cristo en los libros referidos: *“...¿No han leído que el Creador en el principio, los hizo hombre y mujer y dijo: El hombre dejará a su padre y a su madre, y se unirá con su mujer, y serán los dos uno solo? De*

⁵⁹) **La Biblia** , Traducida por las comunidades cristianas de Latinoamérica, Edit. Verbo Divino, 12ª ed., España, 1989, p. 45 A. T.

manera que ya no son dos, sino uno solo, pues bien, lo que dios ha unido, no lo separe el hombre.”⁶⁰ (Mateo 19, 4-6).

Los referidos textos bíblicos dan la pauta a la Iglesia Católica para establecer, en su ordenamiento legislativo, la unión matrimonial como indisoluble, es decir que: *“el matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano...”⁶¹ Esto es, que el vínculo conyugal sólo puede romperse con la muerte de uno o ambos consortes, pues solo Dios tiene la facultad para romper dicho vínculo y ello solo puede ser a través de la muerte pues de otra manera no podría presentarse dicha ruptura. De lo anterior se entiende que el matrimonio no consumado si puede disolverse, sin embargo el punto de referencia no es materia de nuestra investigación y por tal motivo consideramos infructuoso entrar al estudio del mismo.*

Por otro lado, el ordenamiento canónico contempla algunas disposiciones en caso de presunción de muerte de uno de los cónyuges, sin embargo y aunque esto forma parte de un apartado especial que refiere un procedimiento de la misma naturaleza, éste no es descrito por la normatividad en comento.

A efecto de comprender mejor este apartado es necesario analizar un poco el numeral 1707 del Código de Derecho Canónico, mismo que a la letra dice:

“Canon 1707

- 1. Cuando la muerte de un cónyuge no pueda probarse por documento auténtico, eclesiástico o civil, el otro cónyuge no puede considerarse libre del vínculo matrimonial antes de que el Obispo diocesano haya emitido la declaración de muerte presunta.*
- 2. El Obispo diocesano sólo puede emitir la declaración a que se refiere el apartado 1 cuando, realizadas las investigaciones oportunas, por las declaraciones de testigos, por fama o por*

⁶⁰) Íbidem., p. 53 N. T.

⁶¹) CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., **La familia en el derecho**, op. cit., p. 30.

indicios, alcance certeza moral sobre la muerte del cónyuge. No basta el solo hecho de la ausencia del cónyuge, aunque se prolongue por mucho tiempo.

- 3. En los casos dudosos y complicados, el Obispo ha de consultar a la Sede Apostólica.”.*

Tal y como se observa, el numeral citado señala que cuando la muerte de un consorte no pueda probarse mediante algún documento, el cónyuge presente no es considerado libre del matrimonio que lo unía con el consorte presuntamente muerto, esto mientras el Obispo diocesano no haya declarado la presunción correspondiente. De esta situación se infiere que una vez hecha la declaración que presume la muerte de un cónyuge, el otro consorte queda en absoluta libertad para contraer nuevas nupcias. En relación a esto cabe señalar que la declaración citada solo puede emitirse cuando se hayan hecho las investigaciones pertinentes, mismas que han de consistir en declaraciones de testigos, indicios o fama. Ahora bien, resulta necesario manifestar que, de acuerdo al canon 1550 del ordenamiento canónico, cualquier persona puede fungir como testigo en el procedimiento de muerte presunta, con excepción de los menores de catorce años, los débiles mentales y los incapaces, por lo que respecta a los 2 primeros debemos decir que su condición no es impedimento para que sean oídos por el juez de la causa, si este mismo lo estima conveniente, aunque en esta hipótesis es de entenderse que el testimonio de los mismos no tiene la misma validez que el de un testigo apto; por cuanto hace a los incapaces es preciso indicar que son considerados como tales los sujetos que son parte en el proceso, es decir que el Derecho Canónico al referirse a incapacidad no habla de la falta de aptitud de un sujeto para ser titular de derechos y obligaciones así como para ejercitarlos por sí mismo, sino que hace una especial clasificación de las incapacidades y les atribuye el carácter de incapaces a quienes se encuentran sumamente relacionados con el proceso o a quienes por voto eclesiástico no pueden revelar los datos que conocen respecto de alguna situación; en este caso serían incapaces el cónyuge que solicite la

declaración de muerte presunta; los que comparecen en dicho proceso a nombre de las partes; el juez; los ayudantes de éste; el abogado; aquellos otros que prestan o han prestado asistencia a las partes en la misma causa; los sacerdotes, cuando su dicho se base en hechos conocidos por confesión sacramental y; aquellos sujetos cuyo testimonio se desprenda de lo escuchado a otro durante su confesión.

Para dejar más claro lo anterior procedemos a transcribir el numeral en comento, mismo que dice:

“Canon 1550.

1. No se admitan como testigos los menores de catorce años y los débiles mentales, pero podrán ser oídos si el juez por decreto manifiesta que es conveniente.

2. Se consideran incapaces:

1. Los que son partes en la causa o comparecen en juicio en nombre de las partes, el juez y sus ayudantes, el abogado y aquellos otros que prestan o han prestado asistencia a las partes en la misma causa;

2. Los sacerdotes, respecto a todo lo que conocen por confesión sacramental, aunque el penitente pida que lo manifiesten; más aún, lo que de cualquier modo haya oído alguien con motivo de confesión no puede ser aceptado ni siquiera como indicio de la verdad”.

Por lo que respecta a la fama, consideramos que la misma hace referencia a que la misma comunidad en la que habitaba el ausente lo considere o crea que ha muerto, sea por las circunstancias o bien, por que lo han oído referir a otros sujetos. Por último, se señala al indicio como medio de prueba admisible para probar la muerte presunta, no obstante la redacción del numeral 1707 del

ordenamiento en estudio, creemos que dicho precepto se refiere a las presunciones puesto que el citado cuerpo legal no contiene capítulo alguno que se refiera a los indicios, cosa contraria sucede con las presunciones pues las mismas tienen dedicado para sí un apartado especial dentro del ordenamiento en cita. En este sentido, la codificación canónica hace, al igual que el Derecho del estado, una distinción entre presunciones de derecho (legales) y de hombre (humanas), según su origen. Lo anterior se desprende de lo siguiente:

“Canon 1584.

La presunción es una conjetura probable sobre una cosa incierta. Puede ser de derecho, cuando la determina la ley, o de hombre, si proviene de un razonamiento del juez.”

En este mismo orden de ideas y retomando la clasificación de las presunciones, es de hacer notar que la declaración de muerte presunta se origina más que nada en una presunción de hombre o humana toda vez que es el mismo juzgador quien deduce dicha circunstancia en virtud de todos los indicios y pruebas existentes, luego entonces, ¿qué sucede si el presunto muerto regresa o se prueba fehacientemente su existencia y el cónyuge superviviente ha contraído nuevas nupcias? pues hay que recordar que, por disposición divina el matrimonio religioso es **indisoluble por cualquier poder humano**, y en esta hipótesis es precisamente el hombre, investido de facultades jurisdiccionales y religiosas, quien, con base en una serie de presunciones o pruebas, declara disuelta la unión conyugal.

Analizando detenidamente la circunstancia expuesta, consideramos que el regreso o la prueba de que el considerado muerto en realidad no lo estaba, hace nula la segunda unión conyugal del consorte superviviente, pues el mismo ordenamiento canónico en su precepto 1085 señala que se contrae matrimonio inválido cuando existe previamente un vínculo anterior de la misma naturaleza. Ahora bien, en nuestra opinión, el numeral de referencia es contradictorio

puesto que en su apartado 2 indica que no es legal contraer un nuevo matrimonio si previamente existe otro, aún cuando el mismo sea nulo o haya sido disuelto, si antes no consta legal y ciertamente la nulidad del primer vínculo; ergo, en el caso que nos ocupa es notorio que si el Obispo diocesano, agotando las investigaciones pertinentes, ha declarado la presunción de muerte de un sujeto y la misma consta en documento auténtico, tal declaración ha de tener por efecto la disolución del matrimonio religioso del referido sujeto, ello a razón del numeral 1707 ya citado, por lo tanto ya figura legal y canónicamente dicha circunstancia, luego entonces, el consorte superviviente puede volver a contraer matrimonio religioso sin que éste fuere nulo puesto que ya ha sido **legalmente** disuelto su primer matrimonio; sin embargo, atendiendo a los principios morales y religiosos que imperan en el Derecho Canónico de que el matrimonio no puede ser disuelto por el hombre, entonces subsistiría la primera idea, es decir el segundo matrimonio es nulo en virtud de que subsiste el primero. Por último cabe destacar que cuando el segundo matrimonio en estas circunstancias hubiere sido contraído de buena fe y fuere nulo, los hijos nacidos del mismo son considerados legítimos, atento a lo preceptuado por el canon 1137, mismo que a la letra dice:

“Canon 1137.

Son legítimos los hijos concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo.”

A efecto de robustecer el argumento vertido, transcribimos a continuación el criterio manifestado por el P. Roberto Aspe, especialista en Derecho Canónico, quien respecto al tema opinó lo siguiente:

“Para que una persona casada legítimamente pueda pasar a nuevas nupcias es necesario "ex ipso iure divino" (por el mismo derecho divino) que el vínculo de matrimonio contraído en la manera debida sea disuelto por la muerte del cónyuge (cfr. c. 1141 CIC) o por dispensa "super rato" concedida por el Romano

Pontífice (cfr. c. 1142), o que se disuelva por el privilegio de la fe (privilegio paulino y petrino) a norma de los cánones 1143-1150. La disolución del matrimonio por muerte o dispensa debe ser cierto (cfr. c.1085, § 2).

En relación con el caso de muerte del que usted consulta, el c. 1707 § 1 del Código de Derecho Canónico actual distingue entre muerte cierta, demostrada formalmente por un auténtico documento eclesiástico o civil (cfr. cc. 1540-1541), y muerte presunta, en la cual el deceso de una persona, no documentado jurídicamente, viene considerado por la ley como dado, en base a una investigación adecuada, que hace el hecho moralmente cierto o extremadamente probable, y no simplemente posible.

El documento, eclesiástico o civil, tiene fe pública (cf. c. 1541), por eso el párroco competente, haciendo las debidas investigaciones prematrimoniales indicadas en los cánones 1066-1067, puede proceder libremente a la celebración de las nuevas nupcias del cónyuge sobreviviente sin ninguna formalidad particular.

Si falta el documento público, la muerte del cónyuge debe ser previamente declarada con un especial decreto administrativo del Obispo Diocesano. Tal Obispo es el Obispo propio del presunto cónyuge sobreviviente, en razón del domicilio o del cuasi-domicilio (cfr. c. 107, § 1).

Es importante notar que el decreto del Obispo o la sentencia del juez que pronuncia la declaración de muerte, se funda en la presunción de que, canónicamente, son simples "praesumptiones hominis" y no "praesumptiones iuris". Por tanto, esas no cambian ni pueden cambiar la realidad de los hechos. En consecuencia, si el cónyuge considerado muerto estuviese todavía vivo, el nuevo

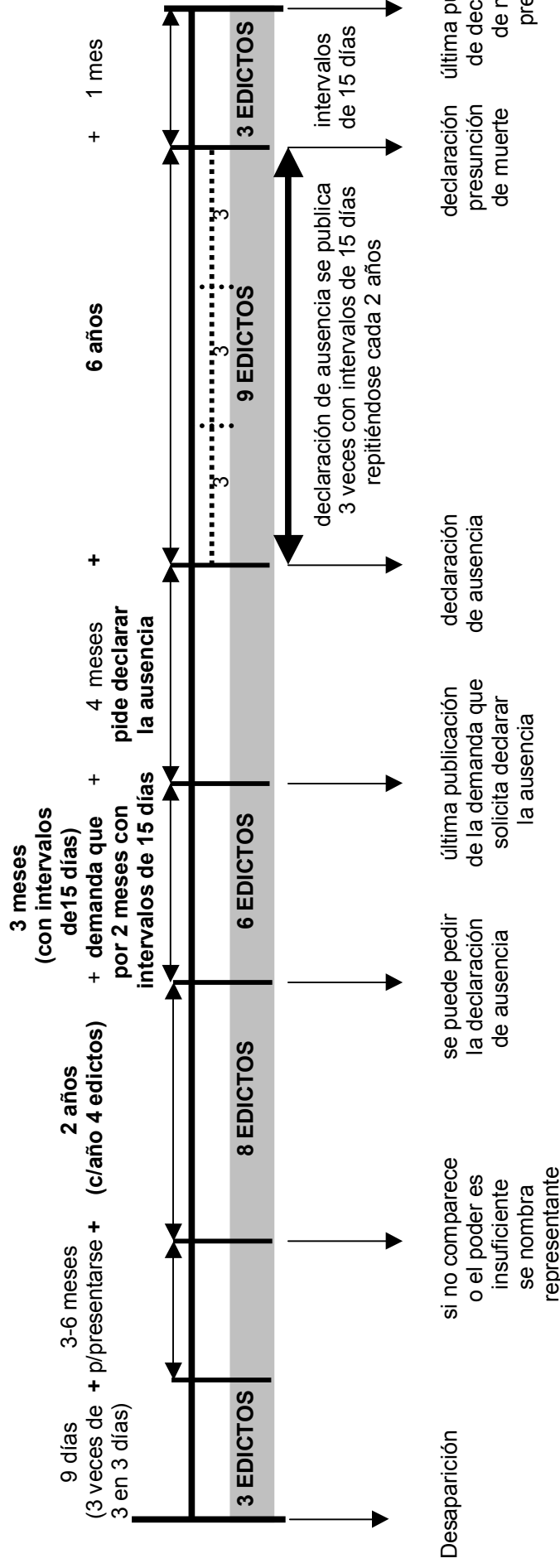
*matrimonio del superviviente, aunque haya sido celebrado en la forma canónica prescrita, sería nulo "ipso iure", a norma del c. 1085 §1, y los dos presuntos cónyuges tendrían la obligación de separarse, apenas tengan conocimiento del hecho. Praesumptio cedit veritati (la presunción cede a la verdad)."*⁶²

Hemos de finalizar el presente capítulo haciendo hincapié en los diversos criterios jurídicos que manejan cada una de las legislaciones internacionales, mismas que se ajustan al ámbito cultural de cada uno de los estados, pues, obvio es, que la ideología de cada Nación tenga como consecuencia adoptar tal o cual disposición jurídica. En atención a la idea vertida es válido, también, que la misma legislación interna maneje diversos criterios dada la misma diversidad existente entre las entidades federativas de nuestro país; y que decir entonces del ordenamiento religioso que, aunque universal, es primordialmente el aspecto moral y divino el que rige en el ordenamiento interno de la Iglesia Católica.

Luego de todo lo expuesto, el siguiente capítulo de esta investigación retoma un poco de todas o la gran mayoría de las ideas y procedimientos vertidos en este apartado pues los mismos en su conjunto han de desembocar en la propuesta que planteamos con esta investigación.

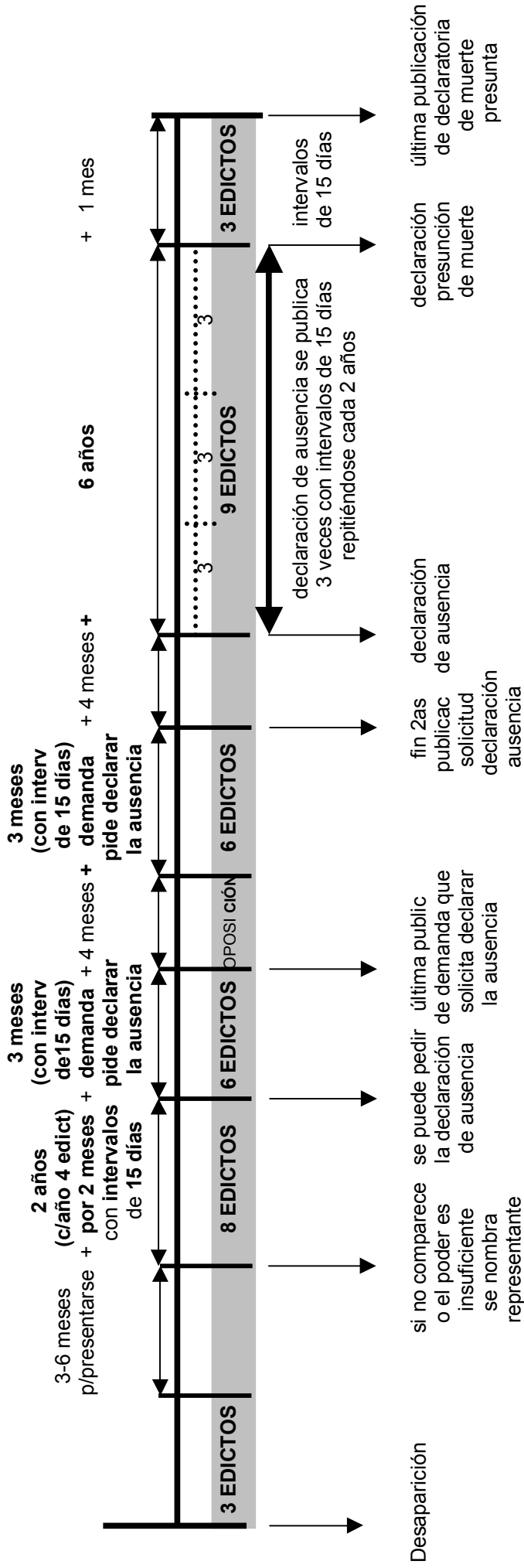
⁶²) Consulta realizada, mediante el sitio web **Catholic.net**, al P. Roberto Aspe, Licenciado en Derecho y especialista en el área canónica, el día Martes 20 de Julio de 2004 a las 16:57:08, vía correo electrónico.

LA AUSENCIA Y LA PRESUNCIÓN DE MUERTE EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE (PROCEDIMIENTO SIMPLE SIN REPRESENTANTE Y SIN OPOSICIÓN)



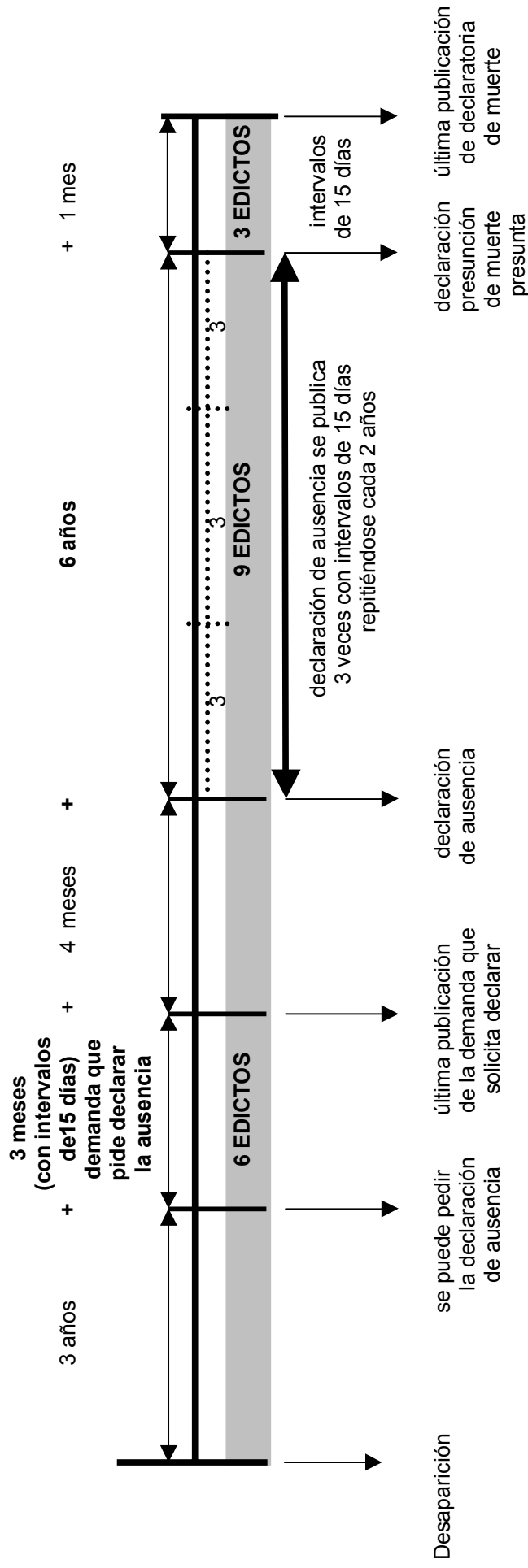
Grafica 4. El Código Civil vigente en el Distrito Federal maneja, para el procedimiento de ausencia sin oposición y sin que el ausente hubiere dejado representante, un lapso DE 3 AÑOS y 2 MESES, así como la publicación de 20 EDICTOS, desde la desaparición del sujeto y hasta las publicaciones que dan a conocer la declaratoria de ausencia. Asimismo para la presunción de muerte son 9 AÑOS y 2 MESES, con la publicación de 29 EDICTOS, hasta la última de ellas que da a conocer la declaratoria de presunción de muerte, contados de la misma manera.

LA AUSENCIA Y LA PRESUNCIÓN DE MUERTE EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE (PROCEDIMIENTO SIMPLE SIN REPRESENTANTE Y CON OPOSICIÓN)



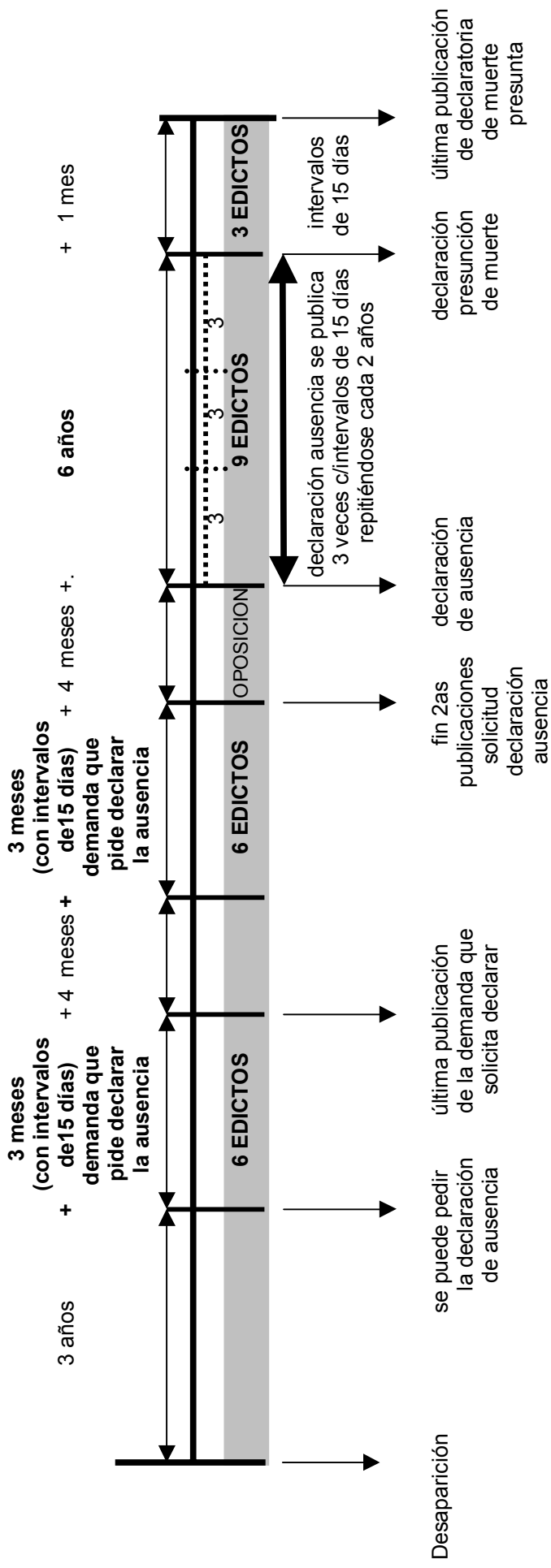
Grafica 5. Esta gráfica muestra la duración de los procedimientos de declaración de ausencia y presunción de muerte, cuando no hay representante pero se presenta oposición de algún interesado, en estos casos, para la declaración de ausencia se requiere un tiempo de 3 AÑOS y 9 MESES aproximadamente y la publicación de 26 EDICTOS, todo ello contado desde la desaparición y hasta última publicación de la declaratoria respectiva. Por otro lado, desde la desaparición y hasta la última publicación de la declaración de muerte presunta se emplea un tiempo aproximado de 9 AÑOS y 9 MESES con la publicación de 35 EDICTOS

LA AUSENCIA Y LA PRESUNCIÓN DE MUERTE EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE (PROCEDIMIENTO SIMPLE CON REPRESENTANTE Y SIN OPOSICIÓN)



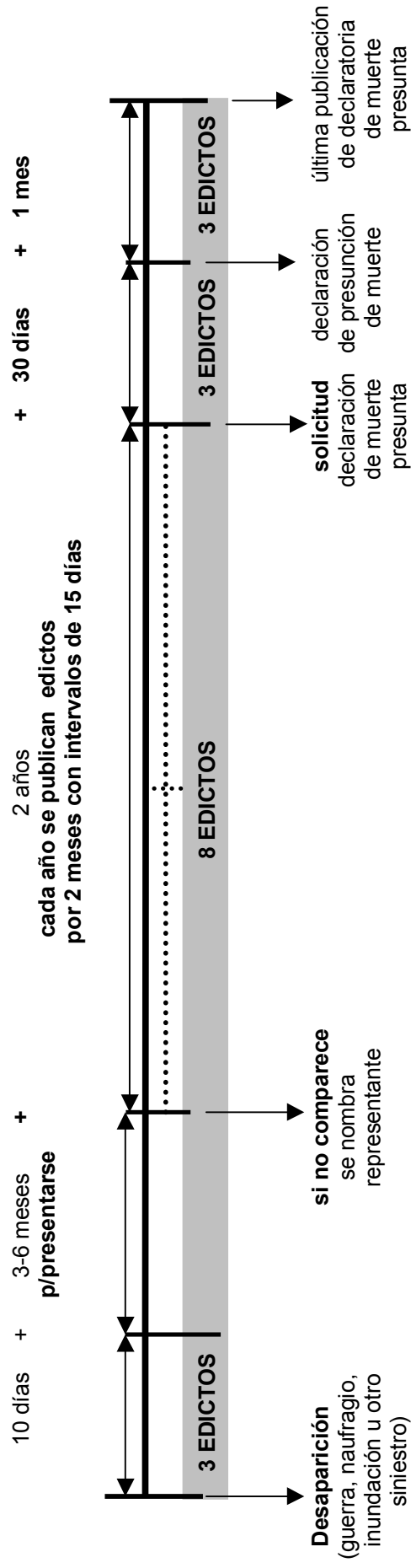
Grafica 6. El procedimiento esquematizado corresponde, tanto a la ausencia como a la presunción de muerte cuando el ausente dejó representante y no hay oposición en la declaratoria de ausencia. Para este último caso se requiere un tiempo aproximado de 3 AÑOS y 8 MESES, desde la desaparición hasta la última publicación de dicha declaratoria y la divulgación de 9 EDICTOS; para la presunción de muerte hasta última la publicación que la declara se requiere el empleo de 9 AÑOS y 10 MESES con la publicación de 18 EDICTOS.

LA AUSENCIA Y LA PRESUNCIÓN DE MUERTE EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE (PROCEDIMIENTO SIMPLE CON REPRESENTANTE Y CON OPOSICIÓN)



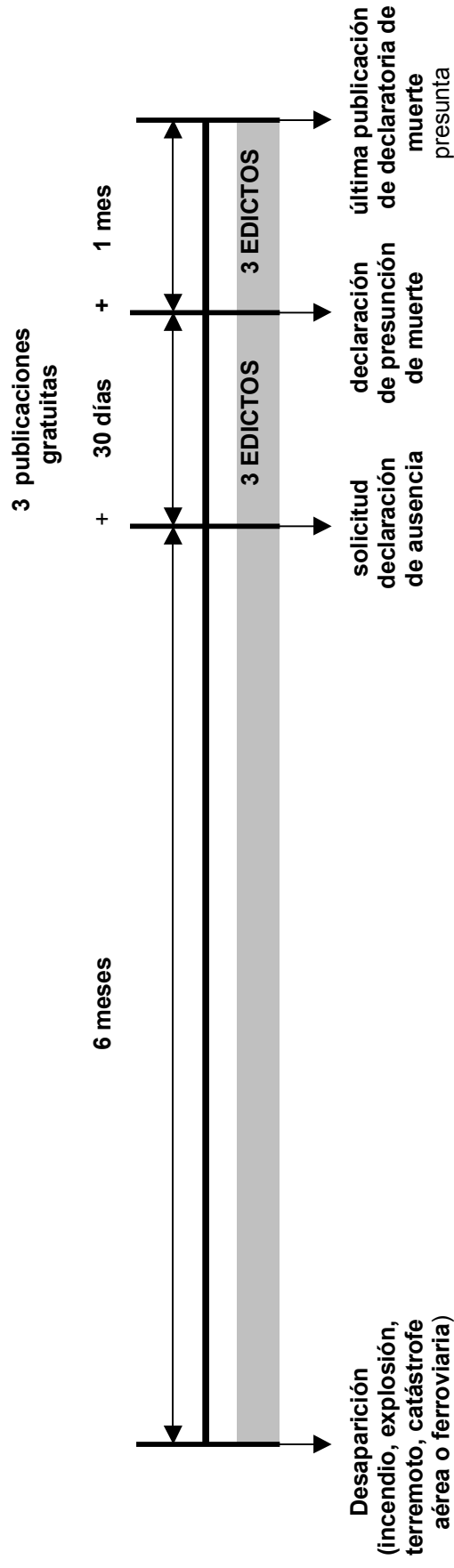
Gráfica 7. Este esquema nos muestra la duración de la ausencia y presunción de muerte, desde la desaparición del sujeto y hasta la última publicación de la sentencia que determina dicha declaratoria; ello en los casos de que el ausente hubiere dejado representante y hubiere oposición para la declaratoria de ausencia. De lo anterior tenemos que, para la declaración de ausencia se requiere un tiempo aproximado de 4 AÑOS y 3 MESES con la publicación de 15 edictos; asimismo para la presunción de muerte se requiere el empleo de 10 AÑOS y 3 MESES, con la publicación de 24 EDICTOS.

PROCEDIMIENTO CALIFICADO DE LA PRESUNCIÓN DE MUERTE EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1928 (VIGENTE)



Gráfica 8. La gráfica muestra uno de los supuestos del procedimiento calificado para la declaración de presunción de muerte, el cual tiene una duración de 2 AÑOS Y 8 MESES, aproximadamente y la publicación de 14 EDICTOS

PROCEDIMIENTO CALIFICADO DE LA PRESUNCIÓN DE MUERTE EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1928 (VIGENTE)



Grafica 9. Esta otra hipótesis reduce aún más el procedimiento de presunción de muerte, sin previa declaración de ausencia, dejándolo en 8 MESES aproximadamente y con la publicación de 6 EDICTOS, 3 de ellos gratuitos, desde la desaparición y hasta la última publicación de la declaratoria correspondiente.

Capítulo 4 Ausencia, Presunción

4.1. Derecho y obligaciones de los cónyuges

4.2. Análisis de la fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal

4.3. Situación jurídica del cónyuge presente

4.4. Propuesta para derogar la fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal y la creación de un artículo que contemple las formas de disolución matrimonial.

Muerte y Disolución del Vínculo Matrimonial

CAPÍTULO 4

AUSENCIA, PRESUNCIÓN DE MUERTE Y DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

4.1. Derechos y obligaciones de los cónyuges

Abordar este apartado de nuestro último capítulo en la presente investigación entraña, previamente, la necesidad de exponer la significación de los vocablos jurídicos derecho y obligación a efecto de permitirnos una mejor comprensión del punto que vamos a tratar. Sin embargo, a decir de algunos tratadistas, en la relación jurídica conyugal además de derechos y obligaciones existen deberes jurídicos entre los consortes, deberes que son totalmente diferentes a las obligaciones, por ello procuraremos aclarar este punto a fin de plasmar correctamente el tema que desarrollamos.

Comenzaremos hablando de la obligación y para ello es preciso señalar que ésta se define como: *“una relación de naturaleza jurídica entre dos personas, llamadas deudor y acreedor, por la cual el deudor se encuentra en la necesidad jurídica de ejecutar una prestación a favor del acreedor, quien a su vez está facultado para recibir y exigir la prestación en su favor.”*⁶³

*“...la obligación es...el vínculo establecido entre dos personas (o grupos de personas), por el cual una de ellas puede exigir de la otra la entrega de una cosa, o el cumplimiento de un servicio o de una abstención.”*⁶⁴

Como puede observarse la obligación tiene básicamente tres elementos, a saber: una relación o vínculo jurídico que une a los sujetos que en ella

⁶³) ALFARO MARTÍNEZ, Joaquín, **Teoría de las Obligaciones**, Edit. Porrúa, México, 1989, p. 1

⁶⁴) GARRONE, José Alberto, op. cit., T. II, p. 598.

intervienen, desprendiéndose de esto el segundo elemento, es decir acreedor y deudor (sujetos) y por último el objeto o prestación que se refiere a la conducta que debe realizar el deudor a favor del acreedor y la cual se traduce en una prestación de dar, hacer o no hacer. Es forzoso recalcar que los derechos que se desprenden de las relaciones familiares son de carácter personal y por ello el objeto de las obligaciones que dentro de la misma relación se generan tienen por objeto una conducta (hacer o no hacer). Ahora bien, en las obligaciones el acreedor está facultado para recibir y exigir la prestación a que tiene derecho, estando forzado el deudor a ejecutar la conducta que de como resultado la referida prestación.

Una vez establecido el concepto de obligación se hace necesario explicar lo que significa el vocablo derecho para lo cual debemos recordar que éste tiene muchas y muy diversas acepciones. Para empezar y refiriéndonos a la terminología más común podemos mencionar que se refiere a un orden legal, sin embargo en este momento la significación que nos interesa por ser relevante para el punto desarrollado es la de derecho subjetivo. *“El término ‘derecho’, además de designar un orden jurídico o una parte significativa del mismo, se usa para referirse a una ventaja o beneficio normativo conferido a un individuo o a una clase de individuos. En este sentido, ‘derecho’ designa una permisión otorgada a alguien (o a algunos) para hacer u omitir cierta conducta, con la garantía de la protección judicial.”*⁶⁵

Según Windscheid, el derecho subjetivo es: *“...la facultad de exigir determinado comportamiento, positivo o negativo, de la persona o personas que se hallen frente al titular.”*⁶⁶

En opinión de Jorge Jellinek, por derecho subjetivo se entiende: *“un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual.”*⁶⁷

⁶⁵) **Diccionario Jurídico 2000**, op. cit., disco compacto.

⁶⁶) Citado por Eduardo García Máynez en **Introducción al Estudio del Derecho**, Edit. Porrúa, 44ª ed., México, 1992, p. 187

⁶⁷) *Íbidem*, p.191.

De las ideas transcritas podemos entender que el derecho subjetivo es una aptitud, protegida por la ley, que tiene un individuo para reclamar de otro individuo una contraprestación en virtud de un nexo jurídico que une a ambos sujetos y que constriñe al último a realizar dicha contraprestación. Windscheid habla de la facultad del titular para exigir del obligado una conducta. A lo anterior, la primera definición transcrita agrega el elemento de la garantía de protección judicial, es decir que dicha facultad deberá ser en todo momento salvaguardada y asegurada por la autoridad.

Por último debemos referirnos al término deber jurídico, *“Deber proviene del latín debere, a su vez de habere y de ‘tener que’, ‘ser necesario’, ‘tener la obligación’, ‘deber’. En el lenguaje ordinario ‘deber’ indica el comportamiento al que un individuo está obligado de conformidad con una regla o precepto (religioso, moral, jurídico). De ahí que ‘debido’ (de debitum: el comportamiento conforme a la regla o precepto) sea entendido como ‘lo correcto’, ‘lo bueno’, ‘lo justo’, ‘lo lícito’. Deber no indica necesidad, sino obligación (tener una razón, p.e. moral) para actuar.”*⁶⁸

*M. Kant nos da la siguiente definición de deber: “es la necesidad de una acción por respeto a la ley.”*⁶⁹

Analizando las definiciones anteriores podemos percatarnos que la gran mayoría de las veces hablar de deber es como si se hablara de una obligación jurídica, sin embargo el mismo García Máynez aclara, con respecto a la definición que da Kant del deber, que, el filósofo, al referirse a *la necesidad de una acción por respeto a la ley*, alude realmente a la naturaleza forzosa de las *obligaciones morales*. La afirmación anterior se confirma con la siguiente cita: *“Deber no indica necesidad, sino obligación (tener una razón, p.e. moral) para actuar. Deber se opone a lo que es, alude a lo que debe ser. Deber se aplica*

⁶⁸) **Enciclopedia Jurídica Mexicana**, op. cit., T. III, pág. 6.

⁶⁹) Citado por Eduardo García Máynez, op.cit., pág. 8.

especialmente a la obligación moral... Como modalidad normativa del comportamiento la dogmática jurídica (especialmente civil) usa más frecuentemente obligación.”⁷⁰

Por lo señalado en el párrafo que precede resulta, entonces, que el deber tiene esencialmente un contenido moral, a diferencia de la obligación, cuyo contenido es primordialmente económico, con base en esto tenemos el argumento de Chávez Ascencio que señalaremos a continuación y que nos permite distinguir las obligaciones y los deberes dentro de la unión conyugal.

El matrimonio, como todo acto jurídico, crea una relación del mismo carácter entre los sujetos que lo celebran, es decir los consortes, y por ello genera dentro de dicha relación derechos y obligaciones para los referidos sujetos, sin embargo, y a decir de Chávez Ascencio, la unión conyugal genera también deberes que son distintos a las obligaciones de los consortes. En atención a esta afirmación, a criterio del autor citado, en el Derecho de Familia la expresión patrimonio se refiere no solamente a los bienes o derechos de carácter económico, sino que tal concepto debe reunir en si mismo tanto el aspecto pecuniario como el moral, afectivo, cultural y religioso de los familiares o cónyuges. Luego entonces, la aseveración referida implica que del aspecto económico se derivan los derechos y las obligaciones y del no económico las facultades y deberes de los sujetos que integran la relación familiar y en este caso conyugal.

Con base en lo anterior, se afirma que son características de los deberes jurídicos conyugales las siguientes:

- 1) Su contenido no es económico.-** Como ya lo hemos referido anteriormente, los deberes jurídicos conyugales se distinguen primordialmente de las obligaciones por su contenido no económico, a diferencia de las últimas que son intrínsecamente pecuniarias.

⁷⁰) **Enciclopedia Jurídica Mexicana**, op. cit., T. III, p. 6.

2) Influyen en ellos la moral y la religión.-Esta característica hace referencia a la importancia que juegan tanto el aspecto moral como el religioso en la sociedad, por ello es que el derecho parte de esas bases para integrar la norma jurídica, de ahí que los deberes morales o religiosos que imponen a los consortes tales ordenamientos, sean retomados por el derecho convirtiéndolos de esa manera también en deberes jurídicos. Verbigracia, el deber de fidelidad que se deben los cónyuges, pues si reflexionamos un poco respecto del mismo nos encontramos con que su carácter es primordialmente moral y religioso, sin embargo el derecho también contempla ese deber al establecer como causal de divorcio el adulterio de uno de los cónyuges y definir al matrimonio como la unión libre de un hombre con una mujer.

3) No son coercibles o difícilmente pueden exigirse.- A diferencia de las obligaciones, los deberes jurídicos no pueden exigirse por la fuerza sino que el sujeto obligado debe realizar la conducta debida de manera espontánea puesto que únicamente lo sanciona su conciencia. Por ejemplo un cónyuge no puede obligar al otro a que le guarde fidelidad, a que cumpla con el débito conyugal o a la vida en común, pues aún cuando dicho cumplimiento se exigiera a través del órgano jurisdiccional, el titular del mismo no tendría potestad alguna para ordenar el cumplimiento de dichos deberes de manera coercitiva. Cosa contraria sucede en el caso de las obligaciones conyugales, las cuales si pueden exigirse a través del órgano jurisdiccional, ejemplo de ello son los alimentos.

4) Existe variante en cuanto al concepto de acreedor.- En este aspecto se habla de una diferenciación total en cuanto a los responsables del deber jurídico conyugal, pues en las obligaciones se habla de un sujeto activo o acreedor que está facultado para exigir de un sujeto pasivo o deudor el cumplimiento de la referida obligación, situación que no existe en el primer caso en el cual un consorte puede ejercer presión moral o

afectiva sobre el otro consorte a efecto de que el deber jurídico sea cumplido pero no tiene la facultad de exigirlo como sucede con el acreedor.

Atendiendo a las características de los deberes jurídicos conyugales podemos señalar como tales los siguientes:

A) Vida en común.- Este es uno de los deberes más importantes de los cónyuges, atendiendo al tema que nos ocupa en la presente investigación, pues a través de él pueden llevarse a cabo el resto de los deberes existentes y cumplirse cabalmente los fines del matrimonio, o cuando menos es más factible que esto suceda. El deber de cohabitación se refiere particularmente a que ambos cónyuges han de vivir juntos en el domicilio que, de común acuerdo, hubieren establecido. Cabe señalar que el órgano jurisdiccional está facultado para eximir a alguno de los consortes del cumplimiento de este deber cuando el otro consorte traslade su domicilio a un lugar que ponga en peligro la vida o la integridad del primero o bien, cuando se mude al extranjero, salvo que sea por virtud de servicio público o social.

B) Débito conyugal.- Hemos de recordar que uno de los fines del matrimonio es, precisamente, la procreación de la especie, es por ello que el débito conyugal constituye un deber muy importante dentro del matrimonio, traducándose el mismo en la unión sexual y espiritual como muestra del amor mutuo que existe entre los consortes. Ahora bien, existen algunos tratadistas que afirman que la negativa de un consorte al débito conyugal constituye una injuria grave para el otro consorte y por lo tanto se configura con tal negativa una causal de divorcio. No obstante este criterio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado claramente que la abstención al débito conyugal no puede alegarse como causal de divorcio, a menos que dentro de la negativa exista injuria grave, lo cual aclara que la negativa por sí sola no se considera como tal.

C) Fidelidad.- Este punto se refiere, primordialmente, a la confianza que existe entre los consortes, pues referirnos a fidelidad es hablar de lealtad, honestidad y fe que uno de los cónyuges tiene y espera del otro. Este deber tiene un contenido que emana en primer término de ciertos principios religiosos, pues la sagrada escritura hace referencia al tema en varios textos, ejemplo de ello son los siguientes:

“El hombre infiel al lecho conyugal...teme la mirada de los hombres y no sabe que los ojos del señor son mil veces mas luminosos que el sol, observan todas las acciones de los hombres y penetran en los rincones mas secretos...Este hombre será castigado en plena ciudad, será pillado donde menos se lo piense. Igualmente la mujer que abandona a su marido y le da un heredero concebido de un extraño.”⁷¹ (Sirácides 23,18,19, 21 y 22).

“Entonces Dios dijo todas estas palabras: ...No cometas adulterio.”⁷² (Éxodo, 20, 1 y 14).

Generalmente la fidelidad se entiende desde un punto de vista sexual, es decir que la relación carnal debe realizarse únicamente entre los cónyuges, de ahí que el incumplimiento más grave sea precisamente el adulterio, sin embargo la infidelidad traspasa las barreras del ámbito sexual, pues ser infiel es traicionar la confianza y el compromiso entre consortes, adquirido al momento de celebrar la unión matrimonial. Dada la trascendencia emocional de este aspecto, el incumplimiento del mismo es sancionado, a voluntad del cónyuge ofendido, con el divorcio. A pesar de la existencia de la referida sanción, ningún sujeto o autoridad puede obligar a los consortes a cumplir con este deber.

⁷¹) **La Biblia**, op. cit., p. 1078 A. T.

⁷²) **Íbidem**, p. 145 A. T.

D) Auxilio y socorro mutuos.- Este aspecto se encuentra contenido en los artículos 146 y 162 del Código Civil para el Distrito Federal. El primer numeral señala que en el matrimonio los consortes siempre se han de procurar respeto, igualdad y ayuda mutua. Asimismo el segundo precepto menciona que los sujetos de la unión matrimonial están obligados a socorrerse entre ellos, aquí cabe hacer hincapié en las diferencias señaladas entre obligaciones y deberes, pues aun cuando la ley consigna dicho aspecto como una obligación, nosotros podemos afirmar, de acuerdo a las bases que ya tenemos, que se trata de un deber. Chávez Ascencio hace una distinción entre la ayuda y el socorro mutuos, afirmando que la primera es de carácter económico y el segundo moral o espiritual. Atendiendo al argumento del multicitado autor creemos atinado mencionar que a nuestro parecer ambos términos se refieren tanto al aspecto pecuniario como al moral y espiritual, pues ambos se refieren al apoyo o ayuda que se han de brindar los consortes, sin importar de que tipo sea la misma.

Ejemplo del deber de auxilio y socorro mutuo es el tema contenido en el artículo 164 del ordenamiento civil para el Distrito Federal que establece que los cónyuges deben colaborar económicamente al sostenimiento del hogar, a la alimentación de ellos mismos y de sus hijos, así como a la educación de éstos, teniendo la posibilidad de distribuirse la carga como mejor consideren adecuado.

E) Diálogo.- El diálogo constituye, indiscutiblemente, uno de los puntos fundamentales en toda relación social y con más razón lo es para la conyugal. Dada la diferencia de costumbres, educación e ideas de cada individuo como miembro de la sociedad, resulta lógica la discrepancia existente entre dos puntos de vista, sin embargo es aquí donde entra el aspecto analizado, pues es deber de los consortes llegar a un acuerdo en las posibles diferencias que se hagan presentes entre ellos.

El diálogo tiene como finalidad que los cónyuges procuren una forma de vida cordial y armónica tanto para ellos como para sus hijos, por ello se dispone que las decisiones en el matrimonio deberán ser tomadas de mutuo acuerdo.

El incumplimiento de este deber es por ello causa de divorcio, aunque no implícitamente, pues existen casos en los cuales es imposible llevarlo a cabo, verbigracia la ausencia del hogar conyugal, e inclusive podríamos señalar la enajenación mental, el alcoholismo crónico o uso constante de sustancias enervantes por alguno de los consortes.

F) Respeto.- *“Respetar a alguien es tratarlo de acuerdo a su dignidad. Esta dignidad propia requiere de los demás un comportamiento adecuado...”*⁷³

Claro está que entre todos los individuos debe existir un respeto que garantice la cordialidad de las relaciones sociales, ahora bien, los consortes deben procurarse en todo momento ese respeto, pues la presencia de este valor asegura un entorno sereno y agradable en el hogar.

El respeto se hace presente en diversos aspectos del matrimonio, por ejemplo dentro de la unión referida ambos cónyuges tendrán las mismas consideraciones y resolverán de común acuerdo todo lo relativo al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes de éstos. *Asimismo, los cónyuges son libres de desempeñar la actividad que mejor les parezca, siempre que ésta no dañe la estructura de la familia o atente contra la moral de la misma (artículos 168 y 169 del Código Civil para el Distrito Federal).*

⁷³) <http://www.edunet.es/ideas/respeto.htm>, México, 11 de abril de 2004, 13:33 horas.

En las causales de divorcio encontramos varias situaciones que implican falta de respeto para con el otro cónyuge, algunas de ellas son: el adulterio; la propuesta directa o indirecta, de un cónyuge para prostituir al otro; la sevicia; las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro; la violencia familiar; etc.

G) Autoridad.- *“La palabra autoridad significa dentro del lenguaje ordinario estima, ascendencia, influencia, fuerza, o poder de algo o de alguno, prerrogativa, potestad, facultad.”*⁷⁴

La autoridad dentro del matrimonio se refiere, esencialmente, a la facultad que tienen los consortes para tomar decisiones en pareja y de común acuerdo, es decir dentro de esta unión ninguno de los sujetos es más que el otro sino que ambos están en un mismo nivel, no hay jerarquías que presupongan la superioridad de uno u otro.

Corresponde ahora el estudio de las obligaciones familiares y para tal fin es necesario recalcar que el contenido de éstas es básicamente de carácter económico-familiar, protegidas por normas vigentes y que persiguen el cumplimiento de todos los fines del matrimonio. Entre las características de las obligaciones familiares, y que las hacen diferentes de las obligaciones en general, destacan las siguientes:

a) La participación de la voluntad es distinta.- Existe en el derecho común una máxima, contemplada por el Código sustantivo de la materia, que dice: **“en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse...”** (artículo 1382 del Código Civil para el Distrito Federal); en atención a este aforismo podemos entender que las partes que intervienen en la celebración de un contrato, que en estricto sentido no es otra cosa que un acto jurídico,

⁷⁴) **Diccionario Jurídico 2000**, op. cit.

tienen el libre arbitrio de decidir los alcances de la obligación que contraen al celebrar dicho acto, es decir, en materia civil los sujetos son los que establecen los derechos y obligaciones que han de nacer con la celebración del acto jurídico, cosa que no sucede en materia familiar, pues aún cuando los mismos sujetos manifiestan su voluntad para constituir un estado jurídico que va a dar lugar, también, a la creación de derechos y obligaciones, ni éstas ni aquéllos son determinados por las partes toda vez que ya se encuentran establecidos por la misma ley.

Un claro ejemplo de lo antes indicado es el caso del matrimonio, en el cual los contrayentes expresan su voluntad para constituir la unión conyugal, no así para establecer los derechos y obligaciones que con dicha unión han de surgir, puesto que el orden legal ya los tiene previamente determinados, esto es, que los sujetos no pueden establecer que obligaciones van a cumplir y cuales no.

b) Su origen es distinto al de las obligaciones patrimoniales.- Mientras que los derechos y las obligaciones patrimoniales tienen su origen en cualquier acto del hombre o hecho jurídico, las familiares, en este caso las conyugales, nacen de la necesidad misma del hombre; esto es, que tienen un origen de carácter moral y no pecuniario como las primeras, es decir que las obligaciones familiares se originan propiamente por la necesidad moral y afectiva del hombre, pues claro está que no pueden surgir por los mismos motivos una compraventa que un matrimonio, por ejemplo.

c) Las obligaciones y derechos familiares son relativos.- En el ámbito familiar, los derechos y obligaciones conyugales poseen esta característica en cuanto a que son oponibles únicamente entre consortes, por lo que no pueden exigirse a persona distinta de ellos.

- d) Son de Interés público.-** Las situaciones que se refieran a relaciones familiares son de interés público y, en este caso, el matrimonio al ser la base de la familia y ésta, a su vez, de la sociedad posee dicha característica y por ello está tutelada por la legislación vigente a nivel nacional, pues sus efectos se reflejan en la misma sociedad.
- e) Son intransmisibles.-** En cuanto a que ni el titular de los derechos ni el obligado pueden ceder su carácter a otra persona, es decir, el acreedor alimentista no está facultado para otorgar su derecho a un tercero ni el deudor puede constreñir a otro sujeto a cumplir su obligación.
- f) Son irrenunciables.-** En virtud de que el titular u obligado no puede dimitir a la facultad que tienen para recibir el cumplimiento del derecho de que son titulares, ni mucho menos el cumplimiento de la obligación a que están sujetos. Volviendo al ejemplo de los alimentos, el acreedor no puede renunciar a su derecho de recibirlos ni el deudor a su obligación de proporcionarlos. Sin embargo cabe señalar que, en el citado ejemplo existen situaciones de hecho a través de las cuales los sujetos de la relación familiar, habiéndose comprometido ante autoridad competente a proporcionar alimentos, renuncian a ese derecho o evaden esa obligación con tal de lograr un rompimiento total.
- g) Son intransigibles.-** Esto significa que no están sujetos a transacción alguna puesto que la misma ley hace la prohibición expresa para ello al señalar que no puede transigirse sobre el estado civil de las persona, ni sobre la validez del matrimonio, ello según el artículo 2948 del Código Civil para el Distrito Federal.

A grandes rasgos, las anteriores son las características más sobresalientes de los derechos y obligaciones familiares. Una vez aclarado esto, podemos señalar como derechos y obligaciones de los cónyuges, en cuanto a que los derechos de uno son las obligaciones del otro, las siguientes:

- **SOSTENIMIENTO DEL HOGAR.-** Este aspecto comprende el mantenimiento del hogar conyugal, al cual están obligados ambos consortes en la misma medida, ello según el numeral 164 del Código Civil para el Distrito Federal, por ello cada uno está obligado a contribuir para tal efecto y a su vez tiene la facultad de exigir lo mismo del otro consorte.

Al respecto es pertinente señalar que en la mayoría de los casos es uno de los consortes el que se encarga de proporcionar los medios económicos para subsistir y el otro se encarga de lo referente a las cuestiones domésticas, cuidado y educación de los hijos y ello no implica, a nuestro modo de ver, que uno contribuya en mas o menos medida al sostenimiento del hogar.

- **SUCESIÓN.-** Para los efectos hereditarios, de acuerdo con la fracción III del artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal, el cónyuge supérstite tiene derecho a recibir alimentos cuando le sean necesarios y en tanto no contraiga nuevo matrimonio, en la sucesión testamentaria, por lo que el cónyuge testador tiene la obligación de disponer lo necesario para cumplir con tal circunstancia. En la sucesión legítima, el cónyuge que sobreviva y no posea bienes o ellos no igualen los de los hijos, tiene derecho a heredar en la misma porción que éstos.
- **SERVICIOS PERSONALES.-** Los cónyuges están obligados a prestarse servicios personales y asistencia entre sí, en lo relativo a sus derechos y bienes, toda vez que la misma ley establece esta circunstancia al señalar que ninguno de los consortes puede cobrar retribución alguna por los servicios prestados al otro consorte, ello de acuerdo a lo señalado por el artículo 216 del Código Civil para el Distrito Federal.

4.2. Análisis de la fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal

Es imprescindible, en el desarrollo de esta investigación, el análisis de la fracción número X del artículo 267 del ordenamiento civil para el Distrito Federal, pues, sin duda alguna, de dicho análisis parte la idea que voy a plasmar y que va a traducirse en la propuesta que haré en el siguiente apartado, la disposición señalada indica a la letra lo siguiente:

“Artículo 267. Son causales de divorcio:

X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia.”.

Atendiendo al contenido de la disposición transcrita resulta que ella contiene dos partes, la primera de ellas se refiere a la declaración de ausencia legalmente hecha como causal de divorcio y la segunda a la presunción de muerte, en los casos de excepción, también como causa para promover dicho procedimiento.

Declaración de ausencia

Para adentrarnos a este punto es preciso comenzar con el procedimiento de ausencia, mismo que tendrá que agotarse previamente al ejercicio de la acción de divorcio.

Cuando un sujeto se ausente de su domicilio sin dejar persona facultada para que se encargue de sus negocios o, dejándola, sus facultades sean insuficientes y se ignore el paradero del sujeto ausente, cualquier interesado, e incluso el Ministerio Público, podrá solicitar, al juez competente, que se asigne al presunto ausente un representante para los efectos referidos.

El procedimiento de ausencia en sus diferentes etapas está contenido en una jurisdicción voluntaria, debido a que no existe controversia alguna que deba dirimirse, pues lo único que se busca a través de la tramitación del mismo es la declaración judicial de la circunstancia que se presenta, que en este caso es la ausencia y con ello proteger los derechos patrimoniales del ausente. Entonces, al tratarse de un procedimiento de la naturaleza referida, es competente para conocer del mismo un juez de lo familiar según lo señalado por la fracción II del artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ello en relación a la materia de que se trata; por lo que hace a la competencia territorial, corresponde conocer del procedimiento en estudio al juez del domicilio de la persona que promueve, esto según lo dispuesto por la fracción VIII del artículo 156 del Código Procesal Civil para el Distrito Federal.

Continuando con el procedimiento de ausencia y una vez agotadas todas las medidas necesarias para asegurar los bienes del ausente (nombramiento de un depositario de los mismos, la publicación de los edictos que tienen como finalidad llamar a dicho sujeto para que se presente y la designación de un representante en caso de no atender el llamado que se le haga a través de los referidos edictos) y llamarlo por edictos para que se presente ante la autoridad jurisdiccional, no teniendo éxito en esto último, el juez, a petición de parte, procederá a declarar legalmente la ausencia, la cual debe publicarse por 3 veces con intervalos de 15 días, cada 2 años hasta que se declare la presunción de muerte en el periódico oficial correspondiente y en los periódicos principales del domicilio del ausente, así como en los lugares del extranjero en los cuales se presume pudiera estar aquél, esto es según lo dispuesto por el numeral 677 en relación con el 650, ambos del Código Civil para el Distrito Federal.

En el mismo sentido y siguiendo con el trámite, ya hecha la formal declaración de ausencia, con la incertidumbre planteada en el párrafo que precede, el cónyuge presente no queda libre del vínculo conyugal que lo une al ausente, por lo cual si quiere disolver dicho vínculo para contraer nuevas nupcias y que

éstas sean legalmente reconocidas, tendrá que demandar, con base en la sentencia que declara la ausencia de su consorte, el divorcio necesario a éste.

Conforme a lo anterior, el cónyuge presente deberá acudir ante el juez de lo familiar del domicilio del demandado, que en este caso es el ausente y del cual no se conoce dicha información en atención a que ni siquiera se conoce su paradero, esto en virtud de que, según lo dispuesto por la fracción IV del artículo 156 del Código Procesal de la materia, la acción de divorcio es relativa al estado civil de las personas y por ello es competente la autoridad referida; de la misma manera el solicitante puede concurrir al órgano jurisdiccional del domicilio conyugal por tratarse de un divorcio y así disponerlo expresamente la fracción XII del mismo numeral y ley citados. Siendo analíticos, esta última alternativa es la más conveniente, pues si ignoramos el paradero del ausente no sucede lo mismo con el domicilio conyugal del cual si tenemos conocimiento por obvias razones.

Ya aclarado el punto relativo a la competencia, tanto territorial como por materia, el cónyuge presente interpondrá, con el carácter de actor, su demanda de divorcio en contra del consorte ausente y manifestará en ella desconocer el domicilio de este último, asimismo exhibirá con su escrito inicial la sentencia definitiva que determine la declaración judicial de ausencia de su consorte.

No obstante la existencia de la declaratoria multireferida y del desconocimiento del paradero del ausente, el demandado debe ser emplazado a juicio, pues de lo contrario se estarían violentando sus garantías individuales de audiencia y del debido proceso legal; es en este momento cuando se invoca la fracción II del numeral 122 del Código procesal Civil para el Distrito Federal, precepto que dispone la notificación por edictos cuando se ignore el domicilio de la persona a emplazar, previo el informe que haga una institución que cuente con registro oficial de personas, misma que bien podría ser el Instituto Federal Electoral a través de su Dirección Ejecutiva; siguiendo en el mismo orden, el numero de

publicaciones a realizarse para el emplazamiento será de seis, tres en el boletín judicial y tres en el periódico local que señale el juez y con un intervalo de tres en tres días.

Una vez que el demandado, en este caso el ausente, es emplazado de la manera referida en el párrafo que precede y el mismo no da contestación a la demanda, es declarado contumaz, tramitándose así el juicio en rebeldía y acto continuo se pasa a la etapa de ofrecimiento y admisión de pruebas, en esta fase y en atención a que el procedimiento se tramita en contumacia, el auto que recibe el juicio a prueba, el que señala fecha de audiencia para la recepción de las mismas y los alegatos, deberá notificarse al demandado por edictos, de nueva cuenta, en este caso para cada supuesto se trata de dos publicaciones de tres en tres días , en el boletín judicial o en el periódico local indicado por el juez, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 639 del Código Procesal Civil.

Por último, se dicta la sentencia definitiva y esta resolución debe notificarse de la misma manera al demandado ausente, es decir por edictos, lo cual conlleva dos publicaciones más que, sumadas a las realizadas para notificar la recepción del juicio a prueba (2) y a las que señalan la fecha de audiencia para la recepción de las mismas y para los alegatos (2), dan un total de 6 edictos, más 6 del emplazamiento dan un resultado de 12 publicaciones durante el procedimiento de divorcio.

Como podemos ver, la tramitación del juicio de divorcio en los términos referidos implica un gasto excesivo de dinero en la publicación de los edictos a través de los cuales el demandado será notificado, ello sin contar el tiempo empleado en el procedimiento de referencia, que por muy rápido que se desarrolle se emplean mínimo seis meses.

De lo antes referido tenemos entonces que, la duración del procedimiento de declaración de ausencia, tomando en consideración que la misma es hecha legalmente en el momento mismo en el que el juez dicta su fallo y ordena la

primera publicación, es de aproximadamente 3 años y 8 meses e implica la publicación de 17 a 23 edictos, dependiendo el supuesto que se presente. Asimismo, para el procedimiento de divorcio habíamos hablado de una duración promedio de 6 meses y la publicación de por lo menos 12 edictos en virtud de que el juicio en el que se demande el mismo tiene que llevarse en rebeldía. Ahora bien, haciendo un recuento de ambos procedimientos, la declaración de ausencia y el divorcio necesario con base en dicha declaración, requieren, aproximadamente 4 años para su tramitación y la publicación de aproximadamente 32 edictos durante ellos.

Con relación a este punto, podemos señalar que a juicio de Chávez Asencio: *“La causal de divorcio basada en la declaración de ausencia legalmente hecha parece razonable.”*⁷⁵

En atención al comentario del citado autor, podemos otorgarle la razón, en cuanto se refiera a lo mencionado por Eduardo Pallares en lo relativo al tema: ***“La declaración de ausencia es una de las modalidades del estado civil de las personas que, por su propia naturaleza, hace imposible que el cónyuge ausente cumpla con las obligaciones que derivan del matrimonio. Por esta razón, con o sin culpa del declarado ausente, la ley concede al otro cónyuge la acción de divorcio.”***⁷⁶

Es de hacer mención que estamos totalmente de acuerdo con los autores citados, pues bien dice Chávez Asencio al calificar de razonable el divorcio teniendo como causa del mismo la declaración de ausencia legalmente hecha y mejor lo aclara Pallares al expresar que la imposibilidad para cumplir las obligaciones que nacen con el matrimonio trae como consecuencia la acción del cónyuge presente para solicitar la disolución de la unión conyugal. Como se puede ver es válido el argumento esgrimido, pues, como ya se ha indicado, los

⁷⁵) CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., op. cit., p. 512

⁷⁶) PALLARES, Eduardo, **El divorcio en México**, Edit. Porrúa, México, 1991, p. 250

fines del matrimonio son la comunidad de vida, la ayuda mutua y la procreación de la especie, mismos que tampoco pueden cumplirse si uno de los cónyuges está ausente.

No obstante todo lo expuesto, creemos erróneo que el legislador haya establecido como causal de divorcio la declaración de ausencia, pues hemos de recordar que el mismo artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal prescribe, en sus fracciones VIII y IX, como causales de divorcio, respectivamente, la separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses y la separación de los cónyuges por más de un año, sin importar el motivo que haya originado la separación. Por tal razón, es totalmente lógico que en la práctica el cónyuge presente invoque cualquiera de estas fracciones y no espere los, aproximadamente, 4 años que llevaría la tramitación de la declaración de ausencia y, posteriormente, del divorcio, sin contar el gasto excesivo de dinero que implica la publicación de los edictos correspondientes durante ambos procedimientos.

Retomando un poco el aspecto relativo a la imposibilidad de cumplir los fines del matrimonio, podemos argumentar que cuando se declara la ausencia de uno de los consortes y ésta se prolonga, la comunidad de vida, la ayuda mutua y la procreación de la especie se vuelven irrealizables, tal como se refirió en párrafos anteriores, pues claro está que la realización de esos fines parte de la hipótesis de que los consortes han de cohabitar y si ello no sucede el resto de los fines son simples quimeras jurídicas.

De lo anterior tenemos que, la falta de interés jurídico del ausente de continuar cohabitando con su consorte es totalmente manifiesta porque en los casos de la ausencia nunca se pone en duda la existencia del sujeto, sino que únicamente se ignora su paradero; sumado al argumento esgrimido tenemos que, en la actualidad si un sujeto desaparece existen innumerables medios de comunicación a través de los cuales puede localizarse. Por todo ello

consideramos procedente la disolución del matrimonio ipso iure, es decir de pleno derecho, una vez que la ausencia es declarada legalmente.

Presunción de muerte en los casos de excepción (procedimiento sumario)

La segunda y última parte de la fracción referida en el inicio de este apartado señala como causa de divorcio necesario la presunción de muerte en los casos de excepción, dicha declaración deberá ser, desde luego, legalmente hecha. En este supuesto, la ley maneja un procedimiento mucho mas rápido que el contemplado para la declaración de ausencia o para la misma presunción de muerte en el procedimiento ordinario, esto es debido al gran porcentaje de probabilidades que existen sobre la muerte del sujeto ausente o, mejor dicho, desaparecido, toda vez que en estos supuestos el sujeto no esta ausente sino que se teme haya perecido en un siniestro ocurrido en virtud de que se encontraba en el lugar del mismo.

Ejemplo de lo anterior son los sismos ocurridos en la Ciudad de México los días 19 y 20 de septiembre de 1985, durante los cuales murieron muchas personas que al no ser identificadas por alguien fueron a dar a la fosa común y otras más de las que nunca se supo ni de su existencia ni de su muerte. Las cifras de aquel siniestro hablan por si solas, pues se manejaban números muy altos que daban a conocer la cantidad de muertos, identificados o no, y desaparecidos durante la catástrofe. Más específicamente hablando podemos señalar que hubo edificaciones que quedaron totalmente devastadas por el movimiento sísmico, ejemplos son diversas construcciones en la zona de Tlatelolco de las cuales no quedo piedra sobre piedra y en cuyo interior había un gran numero de personas en virtud de que se trataba de un área habitacional. Luego entonces, respecto de los sujetos que se encontraban dentro de las referidas construcciones y de los cuales no se volvió a saber nada nunca, existe una mayor probabilidad de que hubieren perecido bajo los escombros de dichos edificios, aún cuando nunca se localizó su cadáver.

Ahora, con relación al juicio de divorcio por la causal en análisis, es necesario referir que el procedimiento para obtener la disolución del vínculo conyugal es el mismo que en el supuesto de la declaración de ausencia, sin embargo existe la ventaja en éste de que la acción de divorcio puede ejercitarse más rápido. En primer lugar y en el caso de que la desaparición sea producto de una guerra, naufragio de un buque, inundación o siniestro semejante, deberán transcurrir aproximadamente 2 años y 8 meses para que se declare la muerte presunta, contados a partir de la desaparición y hasta las publicaciones que dan a conocer la declaración de presunción de muerte correspondiente, lo anterior con fundamento en el primer párrafo del numeral 705 del Código Civil para el Distrito Federal.

En el supuesto caso de que la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto, o catástrofe aérea o ferroviaria, se necesita, únicamente, el transcurso de 8 meses para la declaración correspondiente y la publicación de dicha declaración, ello según lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo y ordenamiento citados.

Una vez declarada la presunción de muerte puede tramitarse el divorcio necesario en los términos ya referidos anteriormente. De esta manera el procedimiento de divorcio tiene una duración promedio de 6 meses y requiere la publicación de, por lo menos, 9 edictos en virtud de que el juicio en el que se tramita tiene que llevarse en rebeldía; asimismo el procedimiento de declaración de presunción de muerte dura un aproximado de 2 años y 7 meses o, bien, 7 meses únicamente, según el supuesto de que se trate y los términos manejados por el numeral 705 del Código Civil Local, e implica la publicación de 17 edictos en la primera hipótesis (3, que a falta de disposición expresa consideramos deben publicarse al inicio del procedimiento y que tienen como fin llamar al ausente, 4 que deben publicarse cada año en tanto se pueda solicitar la declaración de muerte presunta y que dan un total de 8, y, por último, 3 que publican la solicitud de declaración de muerte presunta) y 3 en el segundo supuesto; sin embargo es importante puntualizar que el ordenamiento en

comento no hace referencia alguna a la publicación de la declaración de muerte presunta por lo que consideramos que debiera aplicarse supletoriamente la disposición contenida en el artículo 677 del Código de la materia, misma que indica la publicación de la declaración de ausencia por 3 veces con intervalos de 15 días, por ello sumariamos a ambos supuestos un mes y medio y 3 edictos más, de tal manera que la declaración de muerte presunta necesitaría de 2 años y 8 meses u 8 meses, de acuerdo con el caso y la publicación de 17 y 6 edictos respectivamente.

En concreto, la suma de ambos procedimientos, es decir muerte presunta y divorcio necesario, daría como resultado una duración de, aproximadamente, 3 años y 2 meses o 14 meses, según el supuesto por el que se haya declarado la presunta muerte. Como se observa, en estos supuestos no es la duración del procedimiento lo que se censura, pues, dentro de lo que cabe, es un procedimiento rápido, sin embargo sí se hace una crítica respecto de las partes que intervienen en el procedimiento de divorcio.

Respecto al tema, Eduardo Pallares opina lo siguiente: *“Puede censurarse al legislador que otorgue la acción de divorcio contra una persona que se presume ya muerta. En efecto, por una parte la muerte disuelve el vínculo matrimonial, por lo que no hay necesidad del juicio de divorcio para obtener la ruptura de dicho vínculo; por otra parte, el juicio de divorcio concluye igualmente por fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, lo cual demuestra que es antijurídico el sistema establecido por el legislador en esta materia.”*⁷⁷

Retomando un poco el aspecto subjetivo dentro del procedimiento de divorcio, es de mencionarse que, el invocar como causal la presunción de muerte en los casos de excepción, resulta un poco incomprensible puesto que el cónyuge presente tiene que entablar su demanda contra un presunto muerto, situación que es por demás absurda, pues bien sabido es que la muerte por si misma

⁷⁷) PALLARES, Eduardo, op. cit., p. 81

disuelve el vínculo matrimonial y, de acuerdo al artículo 290 del Código Civil para el Distrito Federal, también pone fin al juicio de divorcio, en el supuesto de que éste estuviera en trámite; claro está que en este caso no existe una certeza total del fallecimiento del sujeto sino que, únicamente se presume dicha circunstancia, por ello la presunción de muerte no da lugar a la disolución del matrimonio, sin embargo consideramos un tanto contradictoria la disposición del legislador mexicano al considerar muerto al sujeto ausente, o desaparecido, para efectos patrimoniales así como de sucesión y vivo para efectos conyugales.

En ese orden de ideas, a nuestro criterio, es necesario referir el concepto que la misma ley de la materia, en su artículo 1295, nos da sobre lo que es el testamento: *“Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para **después de su muerte**.”* De esta idea podemos inferir que si el testamento surte sus efectos después de la muerte del testador, el legislador al disponer que la presunción de muerte da lugar a la apertura del testamento del ausente o desaparecido, da plena validez a dicha presunción y considera a dicho sujeto, efectivamente muerto, es aquí donde volvemos al punto medular de esta investigación, es decir, si el sujeto es considerado muerto no puede litigarse contra él porque se estaría hablando de un absurdo jurídico.

Aunado a lo anterior es menester referir que, tanto la ausencia como la presunción de muerte impiden que se lleven a cabo los fines del matrimonio, pues claro está que en esos supuestos no puede haber comunidad de vida, socorro o ayuda mutua, diálogo, procreación de la especie o sostenimiento del hogar, ni ningún otro.

Por las situaciones indicadas es que propongo que, tanto la declaración de ausencia como la de muerte presunta, en los casos de excepción (procedimiento sumario), disuelva, de pleno derecho, el vínculo matrimonial en los términos que referiré en los puntos subsecuentes.

4.3. Situación jurídica del cónyuge presente

Otro punto interesante en esta investigación y que cabe resaltar es precisamente el estado o situación jurídica en la que queda el cónyuge presente con relación al vínculo que lo liga con el ausente.

Con relación al tema es de recordar que el Código de la materia dispone que el vínculo matrimonial subsiste, aun cuando se haya declarado la presunción de muerte, prueba de ello es la acción que otorga al cónyuge presente para que con base en dicha presunción demande, al ausente o desaparecido, el divorcio necesario. Es en este aspecto cuando volvemos a la interrogante de ¿contra quien litiga el cónyuge presente? pues se supone que el otro consorte está muerto, cuando menos presuntamente.

Tenemos que si la desaparición del consorte declarado presuntamente muerto se prolonga por un largo tiempo y no existen señales de vida del mismo, obvio resulta que el cónyuge presente quiera rehacer su vida contrayendo nuevo matrimonio, sin embargo se encuentra con una imposibilidad jurídica. Ahora, el conocimiento de esta situación lo tendría o un perito en la materia jurídica o bien, un ciudadano conocedor de la ley, pues una persona común y corriente creería, con fundada razón, que si su consorte desapareció en un siniestro y nunca volvió a saberse de él fue porque pereció durante el acontecimiento y si a ello sumamos que la autoridad jurisdiccional declaró presuntamente dicha circunstancia no cabría duda alguna para esa persona que el vínculo matrimonial que lo unía con el presunto muerto también se extinguió, como sucede con la muerte en circunstancias normales.

En seguida, al haber transcurrido un tiempo razonable, con la creencia firme de la disolución de su matrimonio y con la intención de formar una nueva familia, el cónyuge presente contrae nuevo matrimonio, mismo que en principio sería totalmente válido, al menos así lo creerían los consortes. No obstante todo lo expuesto, puede suceder el remoto caso de que el presunto muerto regrese,

¿que sucede, entonces, con el nuevo matrimonio? sería la nueva interrogante y, claro está, que la respuesta sería, sin duda, la más simple: el segundo matrimonio sería nulo puesto que el anterior no se encontraba debidamente disuelto, situación regulada por el Código Civil para el Distrito Federal, en la fracción XI del artículo 156.

La circunstancia referida esta consignada en la siguiente disposición legislativa contenida en el numeral 248 del Código Civil local: *“El vínculo de un matrimonio anterior, existente al tiempo de contraerse el segundo anula a éste aunque se contraiga de buena fe, creyéndose fundadamente que el consorte anterior había muerto. La acción que nace de esta causa de nulidad puede invocarse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos o por los cónyuges que contrajeron el segundo. No deduciéndola ninguna de las personas mencionadas, la deducirá el Ministerio Público.”*

Dicho todo lo anterior, en palabras concretas, después de la declaración de la muerte presunta de un consorte, el estado civil del cónyuge presente es, aunque absurdamente, a nuestro parecer, casado.

Por todo lo anterior es precisamente que insistimos en la necesidad de que se regule jurídicamente que la ausencia y la presunción de muerte disuelvan de pleno derecho el vínculo conyugal.

Aunado a todo lo esbozado es menester hacer hincapié en la problemática, no solo jurídica sino también emocional, psicológica y moral, tanto para los nuevos consortes como para los hijos procreados por ellos, pues resulta que en un momento se desenvuelven en el núcleo de una familia y en otro, por el regreso del presunto muerto, ese núcleo familiar es nulo en virtud de que existe un ligamen previo y como consecuencia de ello su familia se ve disuelta. En este punto cabe mencionar un poco las repercusiones que deja a los hijos el divorcio de sus padres, claro está que en ocasiones resulta difícil superar un trance de

ese tipo, entonces ¿cómo explicar a un menor que sus padres tienen que separarse porque uno de ellos está casado con otro sujeto?, más aún cuando el mismo menor sabe, de buena fuente, que sus padres están casados.

Por lo que se refiere a los consortes de la segunda unión conyugal, resulta que entre éstos existen lazos afectivos y morales que los llevaron, precisamente, a tomar la decisión de unirse en matrimonio, ¿cómo entonces se va a obligar a uno de ellos a cohabitar con su consorte anterior o mejor dicho con su verdadero consorte, si entre ellos ya no existe lazo alguno, salvo el jurídico?; la interrogante planteada no pretende en ningún momento restar importancia al aspecto legal, sin embargo hemos de recordar que el matrimonio es ante todo una figura en la que las emociones y sentimientos juegan un papel muy importante y es por ello que no podemos hacer a un lado ese aspecto.

Como podemos ver, el tema en análisis conjuga en sí una serie de aspectos, tan importantes unos como otros, pues no solo está en juego la seguridad jurídica de los consortes y los hijos que con motivo de su unión procrearen, sino también la tranquilidad psicológica, moral, emocional y anímica de todos ellos, por lo tanto reiteramos nuestra postura en lo que se refiere a la realización de una modificación a la ley, ello con el motivo de proporcionar esa tranquilidad integral a los sujetos.

4.4. Propuesta para derogar la fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal y la creación de un artículo que contemple las formas de disolución matrimonial

Hemos llegado al punto final de esta investigación y por ello lo subsiguiente es la propuesta que hago con respecto a la problemática planteada a lo largo de todo el capitulado.

En primer término la propuesta es que se derogue la fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, toda vez que las situaciones que dicho numeral contempla en la referida fracción son, a nuestro criterio, una de ellas ineficaz (la ausencia) y la otra absurda (presunción de muerte). El criterio expresado es en virtud de los argumentos esgrimidos en el punto número 2 (Análisis de la fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal) de este capítulo y al que nos remitimos en obvio de inútiles e innecesarias repeticiones.

En seguida, la siguiente propuesta sería reformar el artículo 677, así como el primer párrafo del numeral 705 del ordenamiento civil para el Distrito Federal, de tal manera que quedarían como se indica:

Artículo 677.- En el mismo momento en que el Juez declare formalmente la ausencia, ordenará su publicación por 3 veces, con intervalos de 15 días, en los periódicos mencionados, remitiéndose a los cónsules como está prevenido respecto de los edictos. Asimismo se ordenará que se haga simultáneamente a las publicaciones señaladas y sin costo alguno para el promovente, la debida difusión de dicha declaratoria a través de la radio, la televisión y la internet.

Artículo 705.- Cuando hayan transcurrido **dos años desde la declaración de ausencia**, el juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, encontrándose a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en esos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia, pero sí se tomarán las medidas provisionales autorizadas por el Capítulo I de este Título.

Cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, bastará el transcurso de seis meses contados a partir del trágico acontecimiento para que el juez de lo familiar declare la presunción de muerte. En estos casos el juez acordará la publicación de la solicitud de declaración de presunción de muerte, sin costo alguno y hasta por tres veces durante el procedimiento, que en ningún caso excederá de treinta días.

A continuación proponemos la creación de los artículos 265 bis, 265 ter, 265 quater y 265 quintus, dentro del capítulo X, del título quinto denominado “DEL MATRIMONIO”, del libro primero del Código Civil para el Distrito Federal, así como cambiar la denominación del citado capítulo de manera que quede de la siguiente forma:

TÍTULO QUINTO
DEL MATRIMONIO
CAPÍTULO X
DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

Artículo 265 BIS. El matrimonio se disolverá:

- I. Por muerte
- II. Por nulidad
- III. Por divorcio
- IV. Por la declaración de ausencia legalmente hecha o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta, que proceda la declaración de ausencia.

Artículo 265 TER. La declaración de ausencia o de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta, que proceda la declaración de ausencia disuelve de pleno derecho el vínculo matrimonial.

Artículo 265 QUATER. Una vez que la declaración de ausencia o de presunción de muerte, en los casos a que se refieren los párrafos segundo y tercero del artículo 705 de este Código, haya causado ejecutoria, el juez de lo familiar que haya hecho dicha declaración se ajustará a lo señalado por el artículo 131 de este ordenamiento.

Artículo 265 QUINTUS. Si el ausente o presunto muerto se presentare o se probare su existencia, éste no podrá alegar nulidad en caso de que quien fuera su consorte hubiere contraído nuevas nupcias, asimismo tal situación no tendrá efecto legal alguno respecto del estado civil de aquél.

En atención a lo anterior creo necesario señalar que el citado numeral 131 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que: “Las autoridades judiciales que declaren la ausencia, la presunción de muerte, la tutela, el divorcio, o que se ha perdido o limitado la capacidad para administrar bienes, dentro del término de ocho días remitirán al juez del Registro Civil correspondiente, copia certificada de la ejecutoria respectiva”. Asimismo, atendiendo a la disposición contenida en el numeral 132 del Código Civil local, cabe señalar que el Juez del registro civil deberá hacer la anotación de la declaración de muerte presunta o declaración de ausencia en el acta de nacimiento o de matrimonio y asentará en ella los datos principales de la resolución judicial que se le haya notificado.

Como se observa, la propuesta planteada atiende a los principios de economía procesal y justicia pronta y expedita, pues se evita al cónyuge presente la tramitación del juicio de divorcio contra una persona que, de acuerdo a una presunción legal, ya no existe. Con esta propuesta, encuentro una apropiada manera de poner solución a la contradicción que maneja nuestro ordenamiento civil al establecer dos presunciones en contrario, es decir por un lado supone vivo al sujeto para efectos patrimoniales y por el otro lo considera muerto para efectos de relaciones familiares, en concreto, conyugales.

Para cerrar este capítulo y por lo tanto la presente investigación considero necesario mencionar la necesidad de regular la disolución del matrimonio como he expuesto a lo largo de este apartado y en virtud de las razones planteadas a través de cada uno de los capítulos desarrollados, pues considero que las modificaciones propuestas a la ley de la materia son mucho más prácticas y coherentes con la realidad jurídica que las disposiciones actualmente existentes en relación con el tema del matrimonio-ausencia-presunción de muerte, ya que estas, en mi opinión, son totalmente ineficaces.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- A través de la historia, la institución de la ausencia ha ido evolucionando poco a poco, en razón del avance en las comunicaciones y no obstante que el orden jurídico romano es la base fundamental de nuestro derecho, dicho ordenamiento no contiene un antecedente firme respecto de la figura referida, pues ni el *Ius Postliminium* ni la *Lex Corneliae* constituyen por sí mismos un precedente de la ausencia, pues si bien es cierto que aquéllos poseen ciertas similitudes con esta última, también lo es que son mayores sus diferencias.

SEGUNDA.- Es acertada en su totalidad la disposición del legislador al reducir considerablemente los trámites a seguir en lo relativo a la presunción de muerte en los casos de excepción, pues si la misma es producida por acontecimientos que dejan una certeza casi plena del fallecimiento del desaparecido, lo más obvio resulta, desde luego, la declaración pronta de dicha circunstancia a efecto de dar lugar a los trámites posteriores a la muerte del individuo en los casos normales o comunes.

TERCERA.- En mi opinión, resulta sumamente criticable el hecho de que el legislador haga concurrir en un mismo suceso dos situaciones diferentes, es decir, contraponer a la vez dos presunciones, esto es por un lado, y para efectos patrimoniales, el presunto muerto es considerado como tal, sin embargo por cuanto se refiere a los efectos conyugales y familiares es considerado vivo, siendo prueba de ello la acción concedida al consorte supérstite para entablar un juicio de divorcio necesario contra el presunto muerto.

CUARTA.- El procedimiento ordinario que tiene por objeto la declaración de la muerte presunta es, incuestionablemente, extenso y en gran medida costoso, ello en virtud de la cantidad de edictos a publicarse y considerados obligatorios la misma ley para poder realizar la declaratoria correspondiente.

QUINTA.- Es necesaria, sin lugar a dudas, una modificación a las figuras de la muerte presunta y la ausencia, por cuanto se refiere a sus efectos para con el vínculo matrimonial que une a dos sujetos, pues cuando se presenta alguna de las referidas figuras, los consortes, en especial el supérstite o presente se colocan en una situación jurídica cuyo resultado es un conflicto jurídico, emocional e inclusive moral, tanto para los sujetos de la relación conyugal como para los miembros de la familia formada por ellos. En virtud de estas circunstancias, tanto la declaración de Ausencia como la de presunción de muerte, ambas legalmente hechas, deben disolver de pleno derecho la unión conyugal.

SEXTA.- Considero que la declaración judicial de ausencia como causal de divorcio necesario es ineficaz y obsoleta pues quien desee promover un juicio de esa naturaleza bien puede, en lugar de llevar a cabo la tramitación de un procedimiento de ausencia, invocar las causales que permiten incoar el proceso de divorcio con base en una separación de ambos consortes por más de un año sin importar la causa origen de tal separación, o bien, la de uno de ellos del hogar conyugal por más de seis meses sin justa causa. Ahora bien, le atribuimos el carácter de obsoleta pues en la actualidad los medios de comunicación existentes reducen en gran medida las posibilidades de que un sujeto pueda desaparecer de un día para otro sin dejar rastro alguno, por ello se propone la derogación de la fracción X, del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

SÈPTIMA.- La declaración de ausencia legalmente hecha por autoridad jurisdiccional competente origina la imposibilidad física y jurídica para que los consortes puedan llevar a cabo los fines del matrimonio, por tanto resulta lógico y viable que si lo que se persigue con la unión conyugal no puede efectuarse por la ausencia de uno de los consortes, debe proceder ipso iure la disolución de la multireferida unión, previa investigación exhaustiva y completa cuyo objeto sea la localización del ausente a efecto de no actuar arbitrariamente con relación a este último.

OCTAVA.- Es imperioso manifestar la necesidad de derogar la fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito federal y la creación de nuevas disposiciones tendientes a regular las formas de disolución del matrimonio, entre ellas la ausencia y la presunción de muerte, así como la imposibilidad jurídica del consorte ausente o declarado muerto presunto, en el caso de su regreso, para poder invocar la nulidad de un posible segundo matrimonio de quien, hasta antes de su ausencia o declaración de muerte presunta, fuera su consorte y con tal disposición poder otorgar al cónyuge presente o supérstite, a su nueva pareja y a la futura familia que se pretenda formar, una seguridad jurídica respecto a la nueva situación en que se colocan todos ellos.

NOVENA.- Hoy en día y atendiendo a los avances científicos y tecnológicos, así como a la facilidad existente en los medios de comunicación, es pertinente realizar una modificación a los plazos manejados por el ordenamiento Civil vigente para la declaración de presunción de muerte mediante el procedimiento ordinario, por lo cual reducir a 2 años el tiempo a esperar para solicitar la citada declaración, contados a partir de la declaración de ausencia, es un gran avance en materia de economía procesal puesto que estaríamos ahorrándonos, aproximadamente, 3 años y medio de tiempo .

DÈCIMA.- Si la muerte en condiciones normales disuelve el matrimonio de dos sujetos, la muerte presunta, aún cuando no es 100% cierta, debe tener los mismos efectos que la primera, pues de lo contrario estaríamos hablando de un absurdo jurídico, esto es, un sujeto es considerado muerto por la ley para efectos patrimoniales pero vivo para efectos conyugales; aunado a lo anterior resulta también descabellado exigir al cónyuge presente o supérstite, agotar aparte del procedimiento de ausencia o muerte presunta ya tramitado, un procedimiento de divorcio en contra de alguien presuntamente muerto.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFÍA

ACERO, Julio, **Procedimiento Penal**, México, Edit. Cajica, S. A., 7ª ed., 1976, 497 pp.

ALFARO MARTÍNEZ, Joaquín, **Teoría de las Obligaciones**, México, Edit. Porrúa, 1989, 212 pp.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, **Derecho de Familia y Sucesiones**, México, Edit. Oxford University Press, 2002, 147 pp.

CASTÁN TOBEÑAS, José, **Derecho Civil Español Común y Foral, Derecho de Familia**, España, T. V, Vol. I, 774 pp.

CASTRO Y BRAVO, Federico, **Derecho Civil de España. Derecho de la Persona**, Madrid, T. II, Edit. Instituto de Estudios Políticos, 3ª ed., 1952, 629 pp.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., **La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales**, México, Edit. Porrúa, 3ª ed., 1995, 605 pp.

DÍAZ DE LEON, Marco Antonio, **Tratado sobre las Pruebas Penales**, México, Edit. Porrúa, 1991, 750 pp.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, **Derecho Civil, primer curso. Parte General. Personas. Familia**, México, Edit. Porrúa, 16ª ed., 1952, 790 pp.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, **Introducción al Estudio del Derecho**, México, Edit. Porrúa, 44ª ed., 1992, 444 pp.

GÓMEZ LARA, Cipriano, **Teoría General del Proceso**, México, Edit. Oxford University Press, 1996, 338 pp.

GONZÁLEZ GALVÁN, Alberto, **La construcción del Derecho, Métodos y Técnicas de la Investigación**, México, UNAM, 1998, 135 pp.

HERNÁNDEZ ESTÉVEZ, Sandra Luz y Rosalío López Durán, **Técnicas de Investigación Jurídica**, México, Edit. Oxford University Press, 2002, 153 pp.

IGLESIAS, Juan, **Derecho, Historia e Instituciones**, España, Edit. Ariel, S. A., 1990, 221 pp..

Instituciones de Derecho Romano, España, Instituto Editorial Reus, 5ª ed., 1975, 628 pp.

La Biblia, Traducida por las comunidades cristianas de Latinoamérica, España, Edit. Verbo Divino, 12ª ed., 1989, 1804 pp.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, **Instituciones de Derecho Civil**, México, T. II, Edit. Porrúa, 1999, 631 pp.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, **Teoría de las obligaciones**, México, Edit. Porrúa, 1989, 382 pp.

PALLARES, Eduardo, **Tratado de las Acciones Civiles**, México, Edit. Porrúa, 4ª ed., 1981, 646 pp.

PLANIOL, Marcel y Georges Ripert, **Tratado elemental de Derecho Civil, Introducción, Familia, Matrimonio**, Tr. José M. Cajica Jr., México, Edit. José M. Cajica Jr., S. A, 12ª ed., 411 pp.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, **Derecho de Familia**, México, T. I, Vol. II, Edit. Antigua Librería Robredo, 1959, 210 pp.

RUGGIERO, Roberto de, **Instituciones de Derecho Civil, Derechos de las Personas, Derechos Reales y Posesión**, Tr. Por Ramón Serrano Soñer y José Santacruz Tejeiro, Madrid, T. I, Vol. CXXIX, Instituto Editorial Reus, 878 pp.

TAPIA RAMÍREZ, Javier, **Introducción al Derecho Civil**, México, Edit. Mc Graw Hill, 2002, 448 pp.

TOBIÁS W., José, **Fin de la Existencia de las Personas Físicas**, Argentina, Edit. Astrea, 1988, 299 pp.

WALKER, Melissa, **Como Escribir Trabajos de Investigación**, España, Gedisa Editorial, 2000, 469 pp.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, Argentina, T. I, Edit. Heliasta, S. R. L., 21^a ed, 1989, 580 pp.

CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, Argentina, T. III, Edit. Heliasta, S. R. L., 21^a ed, 1989, 603 pp.

CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, Argentina, T. IV, Edit. Heliasta, S. R. L., 21^a ed, 1989, 542 pp.

GARRONE, José Alberto, **Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot**, Buenos Aires, T. I, Edit. Abeledo-Perrot, 2^a ed., 1980, 395 pp.

Gran Diccionario Enciclopédico Universal, España, T. X, Cultural de Ediciones, S. A., 1994^a ed., S. F., 4019 pp.

Gran Enciclopedia Rialp, Madrid, T. III, Ediciones Rialp, S. A. de C. V., 1971, 876 pp.

PALLARES, Eduardo, **Diccionario de Derecho Procesal Civil**, México, Edit. Porrúa, 24ª ed., 1998, 907 pp.

UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, **Enciclopedia Jurídica Mexicana**, México, T. III, Edit. Porrúa, 2002, 917 pp.

HEMEROGRAFÍA

COSSIO, A., “Teoría General de la Ausencia”, **Revista de Derecho Privado**, España, 1942, 124 pp.

“Los secretos de la muerte”, **Muy Especial**, Edit. Televisa, No. 31, 14 de julio de 2003, publicación mensual, 94 pp.

RIVERA TRANI, Rosaura, “La institución de la ausencia en Puerto Rico”, **Revista de Derecho Puertorriqueño**, mayo-diciembre, 1997, Vol. 36, No. 2-3, Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, 511 pp.

LEGISLACIÓN

“**Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**”, México, Ediciones fiscales ISEF, S. A., 8ª ed., 2002, 170 pp.

“**Código Civil para el Distrito Federal**”, Agenda civil del Distrito Federal, México, Ediciones Fiscales ISEF, S. A., 5ª ed., 2003, 349 pp.

“Código Civil para el Estado de San Luis Potosí”,
<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/25/571/default.htm?s=>, (21 de enero de 2004, 16:30 horas).

“Código Civil para el Estado de Campeche”,
<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/5/75/default.htm?s=>, (21 de enero de 2004, 17:30 horas).

“Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”, Agenda civil del Distrito Federal, México, Ediciones Fiscales ISEF, S. A., 5ª ed., 2003, 195 pp.

“Código Penal para el Distrito Federal”,
<http://www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=16&disp=394>, (15 de enero de 2004, 20:15 horas).

“Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal”,
<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/225/default.htm?s=>, (12 de noviembre de 2003, 15:30 horas).

“Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917”,
<http://www.congresoajal.gob.mx/legislacion/LeyesAbrog/LeyRelFam.html>, (02 de diciembre de 2003, 15:43 horas).

“Código Civil Español”, <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T4.htm>, (23 de enero de 2004, 16:22 horas).

“Código Civil Italiano”,
http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm, (23 de enero de 2004, 16:31 horas).

“Código Civil de la República de Argentina”,
<http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm>, (28 de enero de 2004, 21:11 horas).

“Código Civil de la República del Uruguay”,
http://www.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/2002/cod_civil.htm, (28 de enero de 2004, 21:34 horas).

“Código de Derecho Canónico de la Iglesia Católica Romana”,
<http://www.theworkofgod.org/Spanish/Libreria/codigo.htm>, (03 de febrero de 2004, 02:10 horas).

“Código de la Familia de la República de Cuba”,
<http://www.futurodecuba.org/codigo%20familia.htm>, (23 de enero de 2004, 16:02 horas).

OTRAS FUENTES

Diccionario Jurídico 2000, CD-ROM, México, Informática Jurídica Profesional, 2000.

“El derecho”, [http:// www.monografias_.com.htm](http://www.monografias_.com.htm) (10 de octubre de 2003, 19:30 horas).

“La muerte y los límites de la medicina”, <http://www.monografias.com/trabajos3/muertemed/muertemed.shtml> (26 de julio de 2004, 20:18 horas.)

Lic. P. Roberto Aspe, **“catholic.net”**, comunicación por correo electrónico a Verónica Hernández Carapia, 20 de julio de 2004.

ANEXOS

CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE CAMPECHE

Artículo 278. El matrimonio se disolverá:

- I.- Por la declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta, que proceda la declaración de ausencia;
- II.- Derogada.
- III.- Por divorcio.

Artículo 279. En virtud de la disolución del matrimonio, cada cónyuge recobra su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones que establece la ley.

Artículo 280. La declaración de ausencia o presunción de muerte a que se refiere la fracción I del artículo 278, disolverá de pleno derecho la unión matrimonial.

CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ

Artículo 660. Transcurridos diez años de la declaración de presunción de muerte del ausente, sin que éste hubiere regresado o se tuviere noticias cierta de su existencia, quedará disuelto el vínculo del matrimonio, con la sola formalidad de que el cónyuge presente ocurra al juez de su domicilio pidiendo que se haga la declaratoria correspondiente.

CODICE CIVILE ITALIANO

Art. 65 Nuovo matrimonio del coniuge

Divenuta eseguibile la sentenza che dichiara la morte presunta, il coniuge può contrarre nuovo matrimonio (68, 117).

Art. 68 Nullità del nuovo matrimonio

Il matrimonio contratto a norma dell' **art. 65** è nullo, qualora la persona della quale fu dichiarata la morte presunta ritorni o ne sia accertata l'esistenza.

Sono salvi gli effetti civili del matrimonio dichiarato nullo (128).

La nullità non può essere pronunciata nel caso in cui è accertata la morte, anche se avvenuta in una data posteriore a quella del matrimonio (117).

CAPO III Delle ragioni eventuali che competono alla persona di cui si ignora l'esistenza o di cui è stata dichiarata la morte presunta

CODIGO CIVIL DE PUERTO RICO

EFFECTOS DE LA AUSENCIA RESPECTO DEL MATRIMONIO

Art. 67. Nuevo matrimonio por el cónyuge del ausente, y por el ausente a su regreso. (31 L.P.R.A. sec. 201)

Diez (10) años de ausencia sin que se tenga noticia o conocimiento del ausente, constituirán suficiente motivo para que el marido o la mujer del ausente pueda contraer nuevo matrimonio, después de haber sido autorizado para ello por el Tribunal Superior mediante una prueba satisfactoria de la ausencia y de no haberse recibido noticias del ausente en el expresado tiempo de diez (10) años.

Si después de celebrado el nuevo matrimonio con arreglo a lo previsto en el párrafo anterior, comparece el marido o la mujer ausente quedará el uno o la otra, en su caso, libre de su primer matrimonio y en aptitud legal para contraer nuevo matrimonio.

El matrimonio celebrado por el marido o la mujer del ausente durante y por causa de la ausencia, permanecerá firme y válido. (Enmendado en el 1952, ley 11).

CÓDIGO DE FAMILIA DE LA REPUBLICA DE CUBA

Capítulo III

DE LA EXTINCION DEL MATRIMONIO

Sección Primera

DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 43. El vínculo matrimonial se extingue:

- 1) Por fallecimiento de cualquiera de los cónyuges;
- 2) Por la declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges;
- 3) Por la nulidad del matrimonio declarada por sentencia firme;
- 4) Por sentencia firme de divorcio.

Sección Segunda

DE LA PRESUNCION DE MUERTE DEL CONYUGE

ARTICULO 44. (Modificado). La declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges extingue el matrimonio desde el momento en que dicha declaración quede firme.

(El párrafo segundo de este artículo contempla la posibilidad de que apareciera el cónyuge declarado presuntamente fallecido, en el caso de que el otro cónyuge hubiera contraído nuevo matrimonio y en el párrafo tercero establecía que la presunción de muerte del cónyuge ausente se declaraba pasado diez y ocho meses de la declaración de ausencia.

La Ley No. 51, de 15 de julio de 1985 -Ley del Registro del Estado Civil- suprimió en su Disposición Final Tercera el párrafo segundo.

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Artículo 213.- El vínculo matrimonial se disuelve:

1ro. Por la muerte de uno de los esposos;

2do. Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento;

3ro. Por sentencia de divorcio vincular.

CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA

Del matrimonio

CAPÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO VIII

De la disolución

Artículo 85

El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

CÓDIGO CIVIL DEL URUGUAY

TITULO IV

DE LOS AUSENTES

CAPITULO I

De la Presunción de Ausencia

Artículo 51. El ausente a los ojos de la ley ni está vivo ni está muerto.

A los que tienen interés en que esté vivo, toca probar la existencia, como el fallecimiento, a los que tienen interés en que haya muerto.

Sección III

De los Efectos de la Ausencia, relativamente al Matrimonio

Artículo 78. La presunción que resulta de la ausencia, por larga que sea, no basta para disolver el matrimonio.

Sin embargo, sólo el cónyuge ausente, por sí o por apoderado que presente prueba acabada de su existencia, podrá atacar la validez del matrimonio contraído por el otro cónyuge.

CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO

TÍTULO IV.

DE LAS PRUEBAS

CAPÍTULO III.

DE LOS TESTIGOS Y SUS TESTIMONIOS

Quienes pueden ser testigos

Canon 1549.

Todos pueden ser testigos, a no ser que en todo o en parte estén rechazados expresamente por el derecho.

Canon 1550.

1. No se admitan como testigos los menores de catorce años y los débiles mentales, pero podrán ser oídos si el juez por decreto manifiesta que es conveniente.

2. Se consideran incapaces:

1. Los que son partes en la causa o comparecen en juicio en nombre de las partes, el juez y sus ayudantes, el abogado y aquellos otros que prestan o han prestado asistencia a las partes en la misma causa;
2. Los sacerdotes, respecto a todo lo que conocen por confesión sacramental, aunque el penitente pida que lo manifiesten; más aún, lo que de cualquier modo haya oído alguien con motivo de confesión no puede ser aceptado ni siquiera como indicio de la verdad.

CAPÍTULO VI DE LAS PRESUNCIONES

Canon 1584.

La presunción es una conjetura probable sobre una cosa incierta. Puede ser de derecho, cuando la determina la ley, o de hombre, si proviene de un razonamiento del juez.

Canon 1585.

Quien tiene a su favor una presunción de derecho, queda exonerado de la carga de la prueba, que recae sobre la parte contraria.

Canon 1586.

El juez no debe formular presunción alguna que no esté establecida por el derecho, a no ser sobre un hecho cierto y determinado que tenga relación directa con lo que es objeto de controversia.

PARTE III. DE ALGUNOS PROCESOS ESPECIALES

TÍTULO I. DE LOS PROCESOS MATRIMONIALES

CAPÍTULO IV. DEL PROCESO SOBRE LA MUERTE PRESUNTA DEL CÓNYUGE

Canon 1707.

1. Cuando la muerte de un cónyuge no pueda probarse por documento auténtico, eclesiástica o civil, el otro cónyuge no puede considerarse libre del vínculo matrimonial antes de que el Obispo diocesano haya emitido la declaración de muerte presunta.

2. El Obispo diocesano sólo puede emitir la declaración a que se refiere el apdo. 1 cuando, realizadas las investigaciones oportunas, por las declaraciones de testigos, por fama o por indicios, alcance certeza moral sobre la muerte del cónyuge. No basta el solo hecho de la ausencia del cónyuge, aunque se prolongue por mucho tiempo.
3. En los casos dudosos y complicados, el Obispo ha de consultar a la Sede Apostólica.