

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XVI

Junio de 1940

Núm. 145

La ausencia en el nuevo Derecho ⁽¹⁾

IV

CRÍTICA DEL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 195

Antes de terminar este estudio general queremos dejar en claro la cuestión, tan discutida en las distintas legislaciones, de la autorización, previa la declaración de fallecimiento, para las segundas o ulteriores nupcias del cónyuge presente.

El legislador español, al tratar de regular en un precepto de la Ley esta cuestión tan espinosa, indudablemente debió de verse asaltado por multitud de pensamientos que torturaran su voluntad y la hicieran girar en un sentido o en otro. La catástrofe de nuestra guerra de liberación, "con su secuela de muertes violentas...", motivo fundamental que le ha llevado a derogar el viejo título del Código; la ineficacia de cuanto éste contenía; el ejemplo de la doctrina extranjera; la base 6.ª que sirvió en la redacción del título derogado y, por encima de todo, la doctrina constante, fija y tradicional de la Iglesia católica, con su solución moral, equitativa y científica, ampliamente recogida por nosotros y que va expuesta al final de este trabajo, hubieron de sumirle en un mar de dudas antes de captar el precepto escueto que en el artículo se contiene.

La declaración de fallecimiento está basada en una presunción *juris tantum* y, por lo tanto, sujeta a error. El legislador ha debido pensar con todo detenimiento el problema que supondría, en el caso de la auto-

(1) Conclusión. Véase el número anterior.

rización de posteriores nupcias, el que el ausente se presentara. Si la declaración de fallecimiento legal supone la muerte figurada del desaparecido, con todas sus consecuencias en el orden jurídico y económico patrimonial y aquél se presenta, los problemas que surgen son de naturaleza sencilla; las garantías tomadas sobre los futuros caminos a seguir con los bienes, suficientes; la situación creada es, por lo tanto, fácil. Pero, habrá pensado, ¿y si se autorizan los casamientos? ¿Cómo se resuelve un problema de bigamia legalmente autorizado?

La cuestión hubiera sido fácilmente resuelta siguiendo el procedimiento del viejo Código. La base 6.^a de la Ley de 1888 marcó el camino aferrando la negativa en pocas palabras: "Sin que la presunción de muerte llegue, en ningún caso, a autorizar al cónyuge presente para pasar a segundas nupcias."

Pero las circunstancias que hoy se dan en nuestra Patria son tan diferentes a las de la época en que la Ley de Bases se redactó, que el respeto a sus disposiciones en este punto hubiera sido más que imperdonable. La inclusión de los distintos preceptos de la misma no tuvieron otro móvil que el buen deseo de uniformar la farragosa legislación civil de nuestra Patria, con vistas a nuestro Derecho tradicional, iluminado a través de los potentes focos instalados al otro lado de los Pirineos; la redacción de la presente Ley ha tenido, como su preámbulo indica, un motivo más fundamental. No es un secreto para nadie la gran cantidad de hombres jóvenes que han desaparecido en esta guerra heroica que nuestra Patria acaba de sostener victoriosamente con el enemigo común de la civilización cristiana. Pues bien: una gran parte de estos hombres ha desaparecido en retaguardia; sus cadáveres, por las circunstancias que concurrieron en el asesinato, por la gran aglomeración de los mismos, por la anarquía que presidió tanta vileza, no han sido fáciles de identificar; sus mujeres, muchas desgraciadamente, y la parte más sana del país se debaten todavía en la duda sobre el punto y circunstancias de su viudez, y mañana, utilizando los beneficios cuantiosos y claridad de la nueva Ley, lograrán la declaración de fallecimiento de sus esposos y legalizarán su actual situación de viudas de hecho. ¿Pero a estas mujeres se les va a condenar a una eterna situación de viudez perpetua, cuando la Patria está tan necesitada de hijos y ellas, con su juventud, podrían darlos, y de primerísima categoría, porque siempre tendrían presente, durante su educación y crianza, el ejemplo de su anterior marido, muerto por la bestia? Esta consideración que indudablemente han debido tener

presente los redactores de la Ley, habrá influido en ellos para no seguir las inspiraciones de la repetida base, cuyo espíritu pasó al Código.

La tentación de la doctrina extranjera resolviendo este punto con tanta ligereza y desenvoltura como el vigente libro 1.º del Código italiano, donde se dice que, "firme la sentencia de declaración de muerte presunta, el cónyuge podrá contraer nuevo matrimonio", sin tener en cuenta las consecuencias que en todos los órdenes de la vida y del Derecho puede traer solución tan radical, y sin tener en cuenta, tampoco, el primitivo proyecto que le sirvió de base, donde se declaraba ser "nulo el matrimonio contraído bajo la autorización del precepto citado, si la persona declarada presunta muerta se presenta o se prueba su existencia, quedando únicamente a salvo los efectos civiles del matrimonio declarado nulo", no ha hecho mella tampoco en nuestros legisladores, que, con ánimo de dar una solución equitativa y permanente y desdeñando lo fácil que hubiera sido, tanto el seguir en la negativa absoluta de la Ley de Bases, como copiar la solución del Código italiano, resuelven el problema, en un todo conforme en su trascendencia práctica a las necesidades actuales de nuestra Patria, como en las primeras edades, como en la Edad Media, cuando tanto tomó el Estado de la Iglesia como sociedad constituida, orgánica y perfecta, en las normas que esta misma nos da.

En la situación moral y religiosa del nuevo Estado ante una lucha de tres años contra el enemigo de Dios, ya no existen ni pueden existir los problemas de intromisión que tanto temía el débil Estado liberal, y la solución y encauzamiento de los altos problemas de orden moral se encuentran en el *Códex Juris Canónici*, que no admite las nuevas nupcias si no es por la muerte comprobada del ausente a virtud de prueba plena; es decir, por la confirmación irrefutable del hecho de la muerte; pero también, y teniendo en cuenta las circunstancias extraordinarias que en el hecho concurren, que hagan presumir una muerte real, admite la prueba menos plena con un conjunto de circunstancias acreditativas que, sin ser comprobatorias en absoluto de la muerte, induzcan a la propia certidumbre en el orden procesal y enjuiciario, por presentarse vehementísimos los indicios de la muerte que nos conduzcan a una certeza moral del hecho de la misma.

Esta es la solución de la Ley de 8 de septiembre a problema tan interesante, y este es el significado que para nosotros tienen las palabras: "La declaración de fallecimiento no bastará *por sí sola* para que el cón-

yuge presente pueda contraer ulterior matrimonio", colocadas por el legislador en el párrafo 3.º del artículo 195.

El origen de este precepto y su doctrina, tomada del Derecho Canónico, lo verá el lector en la última parte de este trabajo, que con todo detenimiento hemos seleccionado para que le sirva, al mismo tiempo que de enseñanza, de experiencia en el orden interpretativo y práctico aplicable ya hoy a nuestro Derecho, de forma que se sobreentienda el hecho de que queda abierto el camino a una justificación de la muerte del ausente para estos solos efectos, apreciada prudencialmente por los Tribunales. Y dicho esto, a la Jurisprudencia toca desbrozarlo y marcar su situación y linderos.

V

DOCTRINA DE LA IGLESIA

La Iglesia, siempre fiel a sus tradiciones y en un todo conforme a las Epístolas, Decretos, Encíclicas, Breves, etc., de sus Papas, comprendiendo desde los primeros momentos la trascendencia de este problema, brinda, con su constante actuación, soluciones al Poder civil, en consonancia con la realidad y con las necesidades de la vida. Como veremos ahora con el estudio de la doctrina canónica sobre este particular, la Iglesia llega a permitir las segundas o ulteriores nupcias cuando existe certeza moral de la muerte de uno de los cónyuges.

Ya en el siglo XII, ocupando Clemente III la silla de San Pedro, fué planteado este problema a la Corte Pontificia por el Obispo de Zaragoza, quien, en carta dirigida al Sumo Pontífice, le expone la cuestión relativa a la situación en que se encuentran las mujeres cuyos maridos, por cautividad o peregrinación, están ausentes más de siete años y no puede certificarse de si viven o han muerto, aunque se haya hecho una diligente busca de ellos; y como son jóvenes y por fragilidad de la carne no pueden contenerse, quieren de nuevo contraer matrimonio, y pregunta el Obispo si debe autorizar estos casamientos.

La Iglesia, por boca de su Pontífice, marca ya desde este momento su doctrina.

Clemente III responde al Obispo de Zaragoza, en carta fechada en el año 1188 (C. 19. X. *De sponsalibus*, lib. IV, tit. I): "Que cual-

quiera que sea el número de los años transcurridos desde la desaparición, mientras vivan sus maridos, deben permanecer tal como están y no pueden tomar segundas nupcias mientras no exista *certeza moral absoluta* de la muerte de los esposos."

Como antes decimos, en esta carta ya se perfila la doctrina de la Iglesia, que con el tiempo se ha de desenvolver y perfeccionar hasta encontrar el medio que procure a las autoridades eclesiásticas llegar al convencimiento moral de la muerte del cónyuge ausente.

Pocos años antes de la epístola a que acabamos de referirnos, ya se le había presentado el mismo problema al Papa Lucio III, pero venía con otros tintes: se trataba de un hecho consumado, y el buen Papa no procura más que aceptar los hechos y evitar mayores males.

En los comienzos del siglo XII, con motivo de la piratería berberisca que asola los mares y costas de Europa, son legión los cristianos que desaparecen y de muchos de los cuales no se vuelve a tener noticia alguna. Las mujeres, pasado algún tiempo, contraen nuevas nupcias, y los Párrocos, para evitar escandalosos concubinatos, autorizan esas bodas; pero, ante irresistibles escrúpulos de conciencia, se consulta a Su Santidad, quien en carta fechada en 1181 (Cap. 2. X. *De secundis nuptiis*, IV, 21) y dirigida a todos los cristianos que se encuentran cautivos de los moros, expone:

"Respondemos a las preguntas hechas sobre los matrimonios que algunos habéis contraído sin tener *certeza* de la muerte del esposo. Os decimos que ninguno puede tomar nuevas nupcias mientras no le conste la muerte del otro esposo. Si alguno o alguna ya se hubiese casado sin tener esa certeza, y en el desarrollo de sus relaciones carnales le pide el acto conyugal el otro cónyuge, no puede negarse a ello; pero ella nunca podrá pedirlo. Y si, pasado el tiempo, regresa el esposo cautivo, debe volver a él, considerándose el segundo o ulterior matrimonio como adulterio."

La doctrina actual de la Iglesia gira, como antes decimos, sobre esto mismo y lo desenvuelve en forma tan perfecta, que en ningún caso de ausencia donde se pruebe de una manera cierta la posibilidad de la muerte de uno de los cónyuges, impide que el otro pueda contraer nuevo matrimonio.

A propósito del impedimento de ligamen, que existe mientras no haya documentos auténticos de la muerte de uno de los cónyuges en los libros de la Parroquia, del Ejército o del Gobierno civil, los comenta-

ristas y tratadistas del Derecho Eclesiástico fijan, siguiendo los documentos oficiales de la Santa Sede y las disposiciones de las SS. CC. la doctrina de la Iglesia en la materia que nos ocupa.

No es raro, dice un autor, que se separen los cónyuges e ignoren ya en adelante el uno del otro. Esta situación puede ocasionar frecuentemente en ambos cónyuges, y especialmente en los varones, una vida relajada y de apartamiento de la ley de Dios.

Es preciso arreglar esta situación con el matrimonio legítimo, por un lado, y, por otro, debe asegurarse también la validez de dicho matrimonio.

Esto impone extraordinaria cautela y prudencia en la investigación. Para esos casos, siempre que resulte la muerte presunta dudosa, o también si los documentos no están claros y, por lo tanto, hay que recurrir a otras pruebas, dispone la Instrucción del S. O. de 27 de abril de 1887 que se abra un proceso canónico, judicial o administrativo, que no puede hacer el Párroco.

No es necesario ni conveniente que estas cosas se lleven a la Sede Apostólica, a menos que se trate de casos extraordinarios ya señalados por las Congregaciones (R. S. C. I. 18 de julio de 1900, ídem 1865, ídem 1898, etc.) o si el Ordinario queda dudoso después de hechas las oportunas diligencias (1).

Por lo tanto, y según vemos, cuando existe duda sobre la muerte de un cónyuge, la Iglesia instruye, por medio del Ordinario, un proceso, durante el cual se ha de procurar adquirir pruebas que signifiquen *certeza moral* de la muerte y excluyan toda duda prudente.

Así, pues, aunque no se requiere certeza metafísica y real, no es bastante una mera probabilidad que no sea suficiente para excluir cualquier género de duda, por leve que ésta sea.

Es necesario que haya *máxima probabilidad*, pero que esta probabilidad tenga fuerza de *certeza moral* (I, ídem 1868, ídem 1891, etc.).

No son tolerables las prácticas realizadas en algunas Diócesis cuando, en virtud de ellas, no queda suficientemente demostrada la posibilidad de la muerte, y, ante la duda, deben remitir los Ordinarios las actas a la Sagrada Congregación. (S. O. 20 de julio de 1868.)

La Iglesia exige *certeza moral absoluta*, y fundándose en esa certeza moral la Sagrada Congregación de la Inquisición, en 20 de julio de 1898,

(1) Wernz-Vidal: "Ius Canonicum".

facultó a los Obispos para conceder un documento de libertad a las mujeres de los soldados que lucharon en Adua (Africa) y de quienes no queda ninguna memoria.

Por lo interesante de la disposición y la similitud que el hecho que la motivó presenta con otros casos recientes ocurridos en nuestra Patria, la transcribimos a continuación:

"El Obispo N. N. expone que en su Diócesis y en otras partes se encuentran muchas jóvenes desposadas eclesiásticamente con soldados que tomaron parte en la batalla de Adua, en Africa, y de los cuales no se han tenido noticias, a pesar de las investigaciones practicadas por el Gobierno italiano, por lo que se les supone muertos. Ahora, como se encuentran en relaciones con otros jóvenes, a los cuales desean unirse en matrimonio, piden un documento de libertad para poderlo realizar canónicamente.

"El Obispo que suscribe, temiendo graves efectos de la negación de tal documento, especialmente por el peligro que supone el que se unan sólo civilmente, desea saber la norma de conducta a seguir ante semejante petición.

"La Sagrada Congregación, en sesión celebrada el miércoles 20 de julio de 1898, acordó:

"Cuando se trate de varones que ciertamente asistieron a la batalla de Adua y, después de hechas las oportunas investigaciones, no se pueda deducir indudablemente su muerte real, atendidas las circunstancias especiales que concurren en este caso y teniendo como válida la presunción de muerte, el Ordinario puede permitir el tránsito a ulteriores nupcias."

La Sagrada Congregación de Sacramentos, a propósito de la guerra rusojaponesa, aplicó igual doctrina. Y ante la catástrofe del terremoto de Messina remitió a la Instrucción de 1868, referente a la *máxima probabilidad*.

En la citada Instrucción, que contiene la doctrina más completa de la Iglesia sobre la materia que venimos estudiando, se determina:

1.º Que la sola ausencia, por larga que sea, no es causa suficiente para dar por probada la muerte del cónyuge, y esto aunque se le haya citado a comparecer por edicto público o por los periódicos y nada haya respondido, pues todo ello puede nacer de otras causas.

2.º Por consiguiente, debe buscarse con toda diligencia un certificado auténtico de su defunción, ya tomado de los libros parroquiales o de los del hospital, Ejército, etc., y si no es posible obtenerlo de la

autoridad eclesiástica o de la autoridad civil del lugar en que se supone ocurrido el fallecimiento.

3.º No pudiendo hallarse tales documentos, se suplen por medio de testigos, que serán por lo menos dos, los cuales deberán declarar bajo juramento, ser dignos de fe y deponer de ciencia propia. Han de haber conocido al difunto y estar entre sí concordes en cuanto al lugar y causa de la defunción y otras circunstancias sustanciales. Y será de más valor ese testimonio si fuesen parientes del difunto, o compañeros de viaje, de industria, de vida militar, etc.

4.º A veces sólo se podrá contar con un testigo; pero, aun en este caso, no debe rechazarse su testimonio, principalmente si éste reúne las condiciones antedichas y es el testigo mayor y de toda excepción y su testimonio viene corroborado por otras graves pruebas, o si, faltando estas graves pruebas, nada hay en dicho testimonio que no sea enteramente congruo y del todo verosímil.

5.º Sucede también algunas veces que testigos dignos de toda fe atestiguan haber oído a otros, en tiempo nada sospechoso, que el cónyuge había muerto; y éstos de quienes lo oyeron no pueden ser examinados, bien por haberse ya muerto, bien por hallarse ausentes, bien por cualquier otra causa razonable.

Entonces también se admite como suficiente el testimonio de los testigos de oídas, con tal que concuerden con todas las circunstancias concurrentes o a lo menos con las más principales.

6.º Pero, según enseña la experiencia, algunas veces ni un solo testigo se halla que reúna las circunstancias mencionadas. En estos casos, toda la prueba se ha de basar en conjeturas, presunciones, indicios y circunstancias de cualquier causa, estudiadas con investigación suficiente y sumamente cauta, de tal manera, que reunidas en el mayor número posible, pesada su naturaleza, según que sean más o menos graves o leves, más o menos íntimamente enlazadas con la verdad de la muerte, podrá con ellas formarse juicio un varón prudente para afirmar con mera probabilidad o certeza moral la muerte de dicho cónyuge.

Por consiguiente, determinar en cada caso cuándo, de tales conjeturas reunidas, se podrá sacar una prueba suficiente, se ha de dejar al prudente arbitrio del Juez. Pero no estará fuera de lugar indicar varias fuentes de las cuales podrán tomarse y reunirse aquellas conjeturas más o menos urgentes, más o menos leves.

7.º En primer lugar, se han de investigar las presunciones que se

refieren al presunto difunto, y que podrán fácilmente preguntarse a los parientes, amigos, vecinos y conocidos de ambos cónyuges, v. gr.:

A) Si el presunto difunto era de buenas costumbres; si vivía piadosa y religiosamente; si amaba a su consorte; si no tenía causa alguna para ausentarse; si poseía bienes inmuebles, o podía esperarlos de sus parientes o de otros.

B) Si se marchó con consentimiento de su consorte o parientes; qué edad tenía entonces y cuál era el estado de su salud. Si escribió alguna vez y de dónde; si manifestó su propósito de volver pronto. Y reúnanse otros indicios semejantes.

Otros indicios tomados de las circunstancias de las cosas podrán reunirse, según la diversa causa que motivó la ausencia.

Si marchó por causa de servicio militar, se preguntará al Jefe qué sabe de él: si asistió a alguna batalla, si quedó prisionero de los enemigos, si desertó o se le confiaron destinos peligrosos, etc., etc.

Si se ausentó por razones de comercio, inquierease si en el viaje hubo de vencer graves peligros, si marchó solo o acompañado de otros, si en la región adonde fué sobrevinieron sediciones, guerras, hambre, peste, etc.

Si emprendió un viaje por mar, invéstiguese con diligencia en qué puerto se embarcó, quiénes fueron sus compañeros de viaje, quién el Capitán del navío, si éste naufragó y si estaba asegurado, si la Compañía pagó el seguro, y examínense con diligencia las demás circunstancias que hayan concurrido.

También la fama, unida a otros indicios, es argumento suficiente si concurren las siguientes condiciones:

Que la atestigüen con juramento dos testigos, dignos de fe, y declaren la causa razonable de esta fama; si la recibieron de la parte mayor y más sana de la población, y si ellos la tienen por verdadera y no puede sospecharse que la hayan propagado algunos interesados en ello.

8.º Por último, si fuere necesario, no se omita hacer investigaciones por medio de la Prensa, dando a los Directores todos los datos necesarios con respecto a la persona, a no ser que por especiales circunstancias parezca más cuerdo y prudente prescindir de este medio.

9.º Todo esto suele hacer diligentemente esta Sagrada Congregación; y como se trata de una cosa gravísima, pesadas bien todas estas cosas y oído el parecer de varios teólogos y canonistas, pronuncia su resolución sobre si consta suficientemente la tal defunción o nada se opone

a que se conceda el permiso para que el cónyuge sobreviviente, que así lo pidiere, pueda pasar a ulteriores nupcias.

10. De todo esto pueden los Ordinarios tomar una norma cierta que seguir en tales juicios. Pero si, no obstante las reglas hasta aquí expuestas, la cosa les parece aún incierta y complicada, deberán recurrir a la Santa Sede, remitiéndole todo lo actuado, o exponiéndoselo diligentemente.

El proceso se instruye y resuelve, como hemos visto, ante el Ordinario del lugar, quien se sujetará en un todo a los procedimientos canónicos e instrucciones recibidas; pero generalmente, y ateniéndose a la instrucción antes transcrita, en los casos complicados y de difícil solución suele recurrir ante la Santa Sede, que resuelve, en última instancia, por medio de sus Congregaciones.

Con objeto de completar este estudio, incluimos a continuación algunos casos prácticos que en distintas fechas han sido resueltos por las SS. CC.

En el año de 1915 fué remitido a la Sagrada Congregación de Sacramentos el siguiente:

C. B. había casado con V. E. el año 1871. Seis años más tarde, V. E. abandonó al marido y desapareció.

C. B., después de una búsqueda infructuosa de varios años, durante la cual adquirió el convencimiento de la muerte de V. E., casó civilmente con otra mujer.

Pasado algún tiempo, y ante remordimientos de conciencia, piden al Ordinario les autorice su matrimonio eclesiástico, y éste, después de un proceso y ante la duda surgida respecto al fallo del mismo, remite las Actas a la Sagrada Congregación. La Sagrada Congregación, reunida en sesión en 29 de abril de 1915, dicta la siguiente Resolución:

“Cuando para demostrar la muerte de algún cónyuge, no se puedan presentar pruebas fehacientes, será suficiente reunir tales conjeturas, presunciones, indicios y circunstancias de las que resulte una probabilidad máxima, o sea una certeza moral conforme a la Instrucción del S. O. del año 1868; porque las cosas humanas se deben tratar humanamente.

Ahora bien: de las Actas remitidas a esta Congregación por el Ordinario, se deducen las siguientes presunciones:

1.º Edad. Actualmente, la mujer tendría setenta y dos años. Difícilmente se puede admitir que llegase a esta edad, porque era muy dada al vino y a la vida licenciosa. Más todavía: esto fué la causa de que un

Tribunal civil, el año 1882, profiriese una sentencia de separación de cuerpos y bienes contra ella.

Y ya está averiguado que la incontinencia y la embriaguez, son más perjudiciales a la mujer que al hombre.

Además, la mujer era pobre: vivía de su trabajo, y, aún más, parece ser que cayó en la miseria; pues por su mala conducta, nadie la admitía como sirvienta, oficio al que se dedicaba.

Por lo tanto, pasando el tiempo es muy probable que careciese de los más elementales bienes necesarios a su sustento.

De todo ello se infiere la imposibilidad de llegar a la edad de setenta y dos años.

2.º Inutilidad de la búsqueda.

La mujer desapareció hace treinta y ocho años. En todo ese tiempo no se ha podido obtener de ella la menor noticia, a pesar de las diligencias e investigaciones que se han hecho.

Ya en 1882 se le requirió por el Tribunal civil en el expediente de ausencia que, a instancias del marido, se le seguía, y no pudiendo hallar su paradero ni adquirir alguna noticia cierta, se declaró su fallecimiento, en sentencia que fué publicada en los periódicos oficiales.

Los parientes de la aludida señora, que también han realizado gestiones en su busca, se hallan persuadidos de su muerte.

Por lo tanto, no es difícil suponer que esa mujer cayese en algún accidente infeliz y no pudiese ser identificada, por no llevar indicios de su nombre; porque en las grandes ciudades es frecuente el hallazgo de cadáveres cuya identificación se hace imposible.

Ante todas estas consideraciones, los Eminentísimos y Reverendísimos Prelados, reunidos en sesión, ante la pregunta de si a C. B. se le podía permitir el tránsito a segundas nupcias, respondieron afirmativamente."

En el mismo año, la Sagrada Congregación resolvió, también afirmativamente, otro caso de ausencia:

X. X., de veinticinco años, cometió un hurto en la ciudad de H. Con objeto de burlar la acción de la justicia, y previamente de acuerdo con su mujer, marchó a América.

Durante cinco años mantuvo correspondencia con su esposa. En una de las cartas, le decía que se hallaba empleado en una tienda de cueros.

La última carta la recibió su esposa en el año 1894, y en ella le decía que pensaba regresar inmediatamente a su lado, porque estaba asqueado

de la vida en aquel país, ya que "en América, no es oro todo lo que reluce".

Desde esa fecha no volvió a tener más noticias del marido; por lo que, en 1906, acudió a un Tribunal civil, quien después de las averiguaciones y pruebas consiguientes, declaró su muerte.

Al año siguiente casó con otro hombre civilmente, y los dos, de común acuerdo, acudieron ante el Párroco, solicitando la bendición de su matrimonio.

El Párroco se negó a casarlos; y, entonces, recurrieron a la Curia Diocesana, donde se declaró que no constando la certeza de la muerte de X. X., no se podía autorizar el matrimonio canónico.

El Tribunal Arzobispal, confirmó la sentencia del Diocesano, y remitidas las actas a Roma, la Sagrada Congregación, reunida en sesión el día 25 de julio de 1915, resuelve el caso afirmativamente en favor del segundo matrimonio, en atención a que de las averiguaciones practicadas se dan ese cúmulo de conjeturas que exige la Instrucción citada de 1868, ya que, a pesar de las diligencias de busca hechas por la familia y por el Tribunal civil, no se ha podido recoger noticias de la vida del cónyuge ausente. Máxime teniendo en cuenta que, según declaraciones, X. X. se encontraba enfermo antes de su fuga, tenía una tos violenta seguida de sofocaciones y arrojaba con frecuencia esputos sanguinolentos.

Otro indicio, que alega la citada Resolución, es la interrupción radical de la correspondencia; pues en los cinco primeros años escribió varias cartas, y en los veinticinco restantes, ninguna. Cosa inexplicable, porque X. X. amaba con delirio a su mujer e hijos.

También es fama, en opinión de las personas sensatas de la localidad y en el sentir de sus últimos convecinos, en los testimonios recogidos en el lugar donde últimamente moró, que el aludido debe de haber muerto.

En atención a todo lo cual, la Sagrada Congregación concede libertad a la esposa para contraer nuevas nupcias.

J. ROBLES FONSECA,

Secretario Auxiliar de la Comisión General de Codificación

OBSERVACIONES

Aprovechando la oportunidad que nos ofrece el meditado trabajo del Sr. Robles y Fonseca, vamos a examinar dos puntos interesantes que en las Leyes de 8 de septiembre y 30 de diciembre de 1939 aparecen un poco confusos:

- a) La contradicción existente entre los artículos 190 y 195 del vigente Código Civil.
- b) Los efectos del Registro Central de Ausentes.

A

Con arreglo al citado artículo 190, “para reclamar *un* (el texto oficial dice *en*, pero suponemos que por errata) derecho en nombre de la persona constituída en ausencia, es preciso probar que esta persona existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo”. Y a tenor del artículo 195, “por declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal, pero mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo investigaciones en contrario”.

Modifica el primero de dichos artículos el texto del artículo 195 antiguo, y resuelve la duda relativa a quiénes fueran las personas *cuya existencia no estuviera reconocida*, estableciendo que se trata de personas *constituídas en ausencia*, es decir, declaradas en situación de ausencia legal, no meramente desaparecidas. El precepto tiene el mismo alcance y fuerza que la doctrina tradicional apoyada en la glosa de Bartolo: “Cuando alguien funda su pretensión en la vida de otro debe probar que el mismo vive, no basta probar que haya vivido”. Sin embargo, la cuestión era muy discutida, porque Baldo había asegurado que el representante del ausente podía en nombre del mismo hacer uso de la *bonorum possessio*. La regla sancionada en el artículo 135 del Código Napoleón y en el artículo 42 del italiano no mantenía intactas las presunciones de vida y en el momento en que se llamaba al ausente a una herencia, imponía a sus representantes la carga de la prueba (*onus probandi vitam*).

La nueva redacción del artículo 195 se aproxima al artículo 19 del Código Civil alemán, que reza lo siguiente: Mientras que la declaración de muerte no haya tenido lugar, se presume que el desaparecido ha sobrevivido hasta el instante que, con arreglo al apartado 2.º del artículo 18, y a falta de otro resultado proveniente de alguna información, debería ser reputado como momento de la muerte. Pero en primer lugar este artículo parece encontrar más ambiente en la desaparición de una persona sin haberse tenido noticias de ella, que en los supuestos de guerra, naufragio o grave peligro que aparecen regulados en los artículos 15, 16 y 17 del texto alemán, y la distinción de ambos grupos de hipótesis tiene para nosotros bastante importancia si se piensa que el ausente propiamente dicho va muriendo poco a poco, mientras el que ha corrido un peligro grave en lugares a veces conocidos y no alejados, puede suponerse con gran probabilidad que ha muerto en la ocasión o peligro grave, si posteriormente no ha sido visto o no ha dado noticias de su existencia. El problema se agrava en el vigente Derecho español, porque el capítulo segundo relativo a la declaración de fallecimiento no distingue como el citado artículo 18 del Código Civil alemán el momento en que la declaración puede tramitarse, de aquel en que por presunción legal ha tenido lugar la muerte. Y así, por ejemplo, cumplidos dos años, contados de fecha a fecha de un riesgo inminente de muerte por causa de siniestro, procede la declaración de fallecimiento con arreglo al artículo 193, mas no se expresa claramente que la fecha a partir de la cual se entiende sucedida la muerte (art. 195, párrafo 2.º) deba ser siempre la inicial, intermedia o final del riesgo y no otra posterior. Lo mismo decimos en los casos de desaparición en campaña o por causa de naufragio. Por otra parte, como puede haber transcurrido con exceso el plazo legal antes de pedir la declaración de fallecimiento, cabe preguntar si la fecha que, *en su día*, ha de expresarse en la misma declaración ha de ser anticipada para amparar en todo caso la presunción de vida, o si, ateniéndonos a la letra del primer párrafo del artículo 195, mientras dicha declaración no se produzca, debe presumirse que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido.

Nótese que como el Código Civil alemán no admite la declaración de ausencia propiamente dicha, resulta incongruente cualquier solución que tienda a superar la contradicción del artículo 190, que en el nuevo texto se halla incluido dentro del capítulo intitulado "Declaración de ausencia y sus efectos", en tanto que el 195 antiguo figuraba en el ca-

pítulo titulado "De los efectos de la ausencia relativamente a los derechos eventuales del ausente", y el artículo 195 moderno, comprendido dentro del capítulo segundo, que regula la declaración de fallecimiento.

Bajo la necesidad, empero, de coordinar los textos y dar una salida racional al procedimiento, acaso se pudiera proponer la admisión de las fórmulas siguientes:

1.^a Refiriéndose el capítulo I del título nuevo a la declaración de ausencia y estando incluído en él, con algunas variantes, el antiguo precepto que atribuía la carga de la prueba al que reclamara un derecho en nombre del ausente, aplicaremos el nuevo artículo 190 a los casos de ausencia declarada en virtud de la desaparición de una persona y de la falta de noticias.

2.^a Apareciendo bajo el índice "Declaración de fallecimiento" (del capítulo II) todo lo pertinente a los casos de desaparición por siniestro, violencia, naufragio, asalto, combate o lucha, procede sostener que, antes de haberse hecho aquella declaración, si tampoco se hizo la de ausencia, ha de aplicarse el artículo 195, que presume la sobrevivencia desde la catástrofe.

Como el Juez que declara la muerte ha de ponderar el conjunto de pruebas y presunciones en cada caso, no vemos inconveniente en que acomode la fecha al periodo de tiempo, grande o pequeño, en que aparece encuadrado el acontecimiento, ya hubiese sido un naufragio como el del crucero "Reina Regente", ya un incendio como el del teatro Novedades, ya una inundación como la de Consuegra, ya un desastre como el de Monte Arruit.

Ahora bien: una vez circunscrito de este modo el fallecimiento a horas o días, la presunción de vida quedaría limitada a un corto periodo y la contradicción carecería de importancia práctica.

Pero estos razonamientos se estrellan contra el texto legal, ya relacionado en la primera línea con la situación de ausencia legal, que, aunque no sería corriente en los supuestos de siniestro o peligro, puede darse durante varios meses, y contra la particularidad de coincidir todas las hipótesis reguladas, en su origen: desaparición de una persona de su domicilio o del lugar, sin haberse tenido noticias de ella.

Además, resulta incongruente admitir la sobrevivencia del ausente cuando se demuestra la existencia de un "riesgo inminente de muerte" y obligar a probar la vida cuando consta tan sólo la mera desaparición. El transcurso del tiempo sin noticias, corrobora en el primer supuesto

la consumación del daño, y en el segundo es más bien un factor que mata paulatinamente. Mucho menos probable es, en el período intermedio, la vida del combatiente o náufrago, que la del despreocupado turista, político emigrado o criminal perseguido de quien nada se sabe.

B

El instituto, o, mejor dicho, la reglamentación de la ausencia ocupa un lugar indefinido entre las antiguas modificaciones o restricciones de la capacidad, las prohibiciones de disponer y la tutela de un patrimonio ajeno, sin recibir una orientación definitiva de ninguna de ellas. Si el ausente fuese reputado incapaz, los actos de enajenación o gravamen de inmuebles a nombre del mismo celebrados sin la autorización correspondiente serán nulos, aunque el adquirente ignorase la especial situación de los bienes. Si tratásemos de resolver tales problemas arrancando de una prohibición de disponer, cabrían varias resoluciones, según los sistemas inmobiliarios exigiesen la inscripción o sólo el conocimiento de la ausencia declarada, para retirar la protección a los terceros adquirentes.

Durante el siglo XIX las leyes y autores se han preocupado de extender la publicidad (que en el Registro de la Propiedad se halla orientada hacia el poder dispositivo) a cuantas circunstancias pueden modificar la capacidad de obrar, remediando la insuficiencia y la dispersión características del régimen actual en materia de estado civil, que obligan a recorrer Juzgados municipales, y de primera instancia, Audiencias y Tribunales, oficinas del Registro Mercantil e Hipotecario, Notarías y Centros oficiales para asegurarse de la existencia, nacionalidad, matrimonio y modificaciones de la capacidad de una persona física.

Se ha llegado a proponer la formación de un fichero (*casier civil*) para cada individuo, en el lugar de su nacimiento, con tarjetas móviles relativas a los hechos ocurridos durante toda su vida que influyesen sobre su estado y capacidad.

Para hacerse cargo de la ingenuidad con que atacaban el problema los autores de nuestra Ley Hipotecaria, basta copiar unas frases de su exposición de motivos: "Después de expresar en los términos que ha creído más a propósito los títulos, actos y contratos que deben sujetarse a la inscripción por ser traslativos de dominio, o constitutivos de

un derecho real, ha añadido la Comisión algunos otros documentos cuya inscripción ha considerado no menos necesaria. A esta clase corresponden ante todo las ejecutorias de los Tribunales en que se declara la incapacidad legal para administrar, o la presunción de muerte de personas ausentes, o se impone la pena de interdicción civil o cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil en cuanto a la libre disposición de los bienes. Esta prescripción es nueva en nuestras leyes, aunque aceptada ya en el proyecto de Código Civil; pero su simple enunciación la justifica. Para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales, no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos a otras cargas; es además necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la Ley no atendiere, pues, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido."

Este sistema, que encuentra sus principales repercusiones en los artículos 2, núm. 4; 15; 42, núm. 5; 43, párrafo 3.º, y 73 de la ley Hipotecaria y en los artículos 19, 73, 245 y siguientes de su Reglamento, tiene gravísimos inconvenientes: 1.º Es deficiente y deja fuera del cuadro múltiples incapacidades o modificaciones de la capacidad. 2.º Parece autorizar a los terceros para defender la validez de los títulos otorgados por personas cuya incapacidad no conste en los libros del Registro. 3.º Confunde el trato de la falta de poder dispositivo con las consecuencias de la falta de capacidad. 4.º Desenvuelve en un ámbito muy limitado los efectos de los asientos de incapacidad o las prohibiciones de enajenar. 5.º La completa garantía de los terceros no se obtendría ni aun con las 500 inscripciones en todos los libros de incapacitados que pueden llevarse en los Registros españoles.

Para alivio de nuestros males, el moderno artículo 198 del Código Civil crea el Registro Central de Ausentes, en donde se harán constar las declaraciones de ausencia y fallecimiento y las representaciones judiciales, así como se mencionarán circunstanciadamente los inventarios ordenados, las transmisiones autorizadas y las respectivas operaciones particionales.

¿Qué efectos producirán estas inscripciones y menciones? En la escala de efectos: constitutivos, declarativos, de aviso o de mera información, no sabemos dónde detenernos. La Ley organiza la administración, dis-

frute y distribución de un patrimonio con ánimo de amparar al ausente y a sus familiares, de resolver urgentemente situaciones jurídicas inciertas y de conservar bienes, valores y rendimientos económicos. Separándose de la Dirección General de los Registros, que mantenía la vigencia de los mandatos otorgados mientras no existiera declaración judicial de ausencia, exige el artículo 183 la inscripción en el Registro Central para dar por extinguidos *de derecho* todos los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente. El mecanismo hipotecario de las anotaciones preventivas y de las inscripciones en el libro de incapacitados apenas se ha tenido en cuenta. De no mantenerlo, *de oficio y a instancia de parte*, será peligroso contratar con los antiguos apoderados de una persona cuya existencia se ignora, sin pedir el certificado del Registro Central. Y la antigüedad del poder no necesita ser muy grande; basta a veces un año.

La toma de razón en el Registro Central de la declaración de fallecimiento carece de esos efectos constitutivos, porque el artículo 195 no exige la inscripción previa para que cese la ausencia legal, ni el artículo 197 para que se abra la sucesión.

Tampoco creemos que los representantes legítimos y dativos no puedan actuar mientras no se inscriban las respectivas representaciones. Los retrasos y perjuicios serían inevitables y la contratación o las actuaciones procesales dependerían de circunstancias extrañas a las fechas fijadas por el Juez. Por otra parte, no se puede dar más valor a este Registro que al de las Tutelas en nuestro Código, independiente de los actos en que las mismas son deferidas y se presta la fianza cuando proceda.

Por circunstanciadas que sean las menciones de los inventarios, transmisiones o gravámenes autorizados judicialmente y de las escrituras particionales a que se refieren los números 4.º, 5.º y 6.º del artículo 198. no puede atribuirseles ninguna fuerza hipotecaria cuando se trate de actos de disposición sobre fincas inscritas, ni servirán de base para adquirir las que no aparezcan a nombre del ausente o todavía no hayan sido inmatriculadas en el Registro de la Propiedad. Acaso se les quiera conceder publicidad suficiente para hacer constar *erga omnes* las particularidades respectivas, así como para que los herederos y legatarios no puedan disponer a título gratuito de los bienes adjudicados hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento; pero basta una simple lectura del Decreto de 30 de diciembre último, organizando el Registro

Central, para convencerse de que el mismo se halla muy lejos de llenar las exigencias de un aviso o requerimiento oficial y solemne que ha de producir efectos contra terceros. Según esta disposición, *a)* "El Registro será secreto, pudiendo expedirse certificaciones"; *b)* los errores sólo dan lugar a rectificaciones; *c)* los Registros parciales sólo deben expedir certificaciones en casos excepcionales y previa autorización de la Dirección General (artículo 5.º); *d)* cuando se hayan practicado operaciones en el Registro de la Propiedad, y en el Central de Ausentes se note que no se ha tomado razón de la declaración de ausencia o muerte, lo único que se dispone es la reclamación de antecedentes necesarios para subsanar la omisión (art. 17, que parece admitir el régimen *antiguo* de inscripciones e indirectamente de anotaciones); *e)* la Dirección General ha de fijar la fecha a partir de la cual pueden obtenerse certificaciones (artículo 19).

Después de estas reflexiones casi nos inclinamos a negar al Registro Central efectos sustantivos. Se argüirá que, por lo menos, el final del artículo 183 está claro y extingue *de derecho* los mandatos otorgados por el ausente; mas también el artículo 2.045 (nuevo) de la Ley de Enjuiciamiento Civil preceptúa que una vez practicado el inventario se proveerá al representante del ausente del título o justificación de su representación, mientras la obligación de remitir al Registro Central de Ausentes todos los testimonios necesarios viene en el artículo 2.047 como algo accesorio.

J. G.