



La *Praesumptio Mortis* en el *Decretum Gratiani*

Presumption of Death in the *Decretum Gratiani*

Collectanea Di SANTO

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Italia.

Resumen

La reflexión sobre la temporalidad constituye, en la complejidad que le es propia, uno de los puntos nodales del pensamiento humano. El universo jurídico entre tiempo gnósico se confronta con esta complejidad que desde siempre caracteriza los estudios filosóficos jurídicos, cuando debe ocuparse de la relación entre tiempo y derecho. Cuestión central que incide sobre la peculiaridad de lo jurídico, sobre la existencia y sobre la formación de las instituciones políticas en las cuales viven las comunidades. Si por un lado la tensión de la vida cotidiana es medida por las relaciones en una suerte de crono dependencia, por la otra parte, el hombre se hace subjetivo frente al transcurrir del tiempo, aceptando también la memoria como decurso 'social' instituido. A través del paradigma de la temporalidad, entonces, es posible discutir no sólo del mundo interior del hombre, pues parece posible emprender una vía para trazar los debidos perfiles hermenéuticos en torno a la relación derecho-tiempo, tema central de la tradición filosófica jurídica, especialmente la italiana.

Palabras clave: Derecho, *Praesumptio Mortis*, *Decretum Gratiani*, tiempo.

Abstract

The reflection on temporality constitutes, in the complexity that belongs to it, one of the nodal points of human thought. The legal universe in gnosis time confronts this complexity that has forever characterized legal philosophical studies, when it ought to occupy itself with the relation between time and law, the central question that affects the peculiarity of what is legal, regarding the existence and formation of the political institutions in which communities live. If, on the one hand, the tension of daily life is measured by relations in a kind of chronos dependence; on the other hand, man makes himself subjective facing the passage of time, also accepting memory as an instituted social course. Through the paradigm of temporality, then, it is possible to discuss not only the interior world of man; it also seems possible to undertake a way to trace the required hermeneutic profiles about the law-time relationship, a central theme of the legal philosophical and especially, the Italian tradition.

Keywords: Law, *Praesumptio Mortis*, *Decretum Gratiani*, time.

INTRODUCCIÓN

La existencia de la institución de la presunción de muerte no es aceptada totalmente por la doctrina canónica. Si por una parte se afirma con convicción basada en investigaciones fidedignas la existencia de esta institución aunque dentro de ciertos límites y con un especial significado¹, otros niegan la pertinencia de esa afirmación demostrando como el derecho de la Iglesia es desconocido por esa institucionalidad².

Según el significado etimológico, la *presunción*³ consiste en lo que la ley o el juez consideran como verdad de un hecho antes de que sea probado. Se puede constatar que las definiciones que se han hecho desde siempre en la doctrina repiten el mismo concepto, en otras palabras, la presunción es el medio por el cual, comprobada la verdad de un hecho (conocido), se llega a admitir, por consecuencia indirecta y probable deducido del hecho mismo, la existencia de otro hecho (esta vez desconocido)⁴. La clasificación realizada divide la institución de esta presunción jurídica en dos categorías: las presunciones *legales* (juris, legis) y las presunciones del hombre o *simples* (*facti, hominis, iudicis*). Las primeras están establecidas, precisamente, ex ley. En ellas, la probabilidad de un hecho

- 1 Véase SPINELLI, L (1943). *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Roma, pp. 5ss.; JEMOLO, AC (1937). *Il Matrimonio*, Torino, p. 304; SCHIAPPOLI, D (1929). *Il matrimonio nel diritto canonico*, Nápoles, pp. 62-63;107; FALCO, M (1935). *Corso di diritto Ecclesiastico*, vol. I, Padua, p. 252; SCHIAPPOLI, D (1932). *Il matrimonio secondo il diritto canonico e la legislazione concordataria italiana*, Nápoles, pp. 163-164.
- 2 FEDELE, P (1941). *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Padova, nº. 33, pp. 90-91; FEDELE, P (1940). "Considerazioni canonisti che sul titolo VI del matrimonio. Libro I cod. civ.", in: *Archivio di diritto ecclesiastico*, Florencia, p. 200.
- 3 Derivada de *praesumere*, literalmente significa *tomar antes, tomar a preferencia*, y en este sentido se encuentra en TÁCITO: *Ann.* 14, 3.
- 4 Desde los retóricos, como se refiere Menochio cuando "probatio artificialis, verisimilis, credibilis «in qua ex aliquibus positis verisimiliter atque ita probabiliter, non autem necessario sequitur quod intendimus»" [in *De praesumptionibus, conjecturiis, signis et iudiciis*, Cramer et filii, Genevae 1724, Lib. 1, q. IV, 1, coll. 6-7, ed ivi amplia bibliografía; q. V, 2, col. 8]; pero también los comentaristas, como Bartolo da SASSOFERRATO (1581). *Praesumptio est coniectura seu divinatio in rebus dubiis collecta ex argumentis vel iudiciis per rerum circumstantias frequenter evenientibus*, *Digestum vetus Commentaria*, Lugduni, ad tit. *De probationibus et praesumptionibus*, XXII, III; UBALDI, degli B (1577). *In primam Digesti veteris partem Commentaria*, Venetiis, ad tit. *De probationibus et praesumptionibus*, XXII, III. También como los humanistas: CUIACIO (1758). "Ex eo quod plerumque fit ducuntur praesumptiones", in: *Recitationes sollemnes*, Venetiis, *De probationes et praesumptiones*, I, col. 678; VII, col. 849; o incluso como ALCIATO (1551). "Praesumptio est probabilis coniectura ex certo signo proveniens quae, alio non adducto, pro veritate habetur", in: *Tractatus de praesumptionibus*, apud haeredes Iacobi Iuntae, Lugduni, par. 1, 8. No deben ser cubiertos los tratadistas como TREUTLER (1596). "Praesumptio est quaedam de re anticipatio, pro vero aliquid, ante legitimas probationes, ex illo quod plerumque fit aut plerumque intelligitur sumens", in: *Selectarum disputationum ad ius civile Iustinianum, quinquaginta libris Pandectarum comprehensum, volumina duo*, Marpurgi, II disp. IV, nº. X, p. 279), también VOET (1775). "Praesumptiones sunt coniecturae ex signo verisimili ad probandum assumptae, vel opiniones de re incerta necdum penitus probata", in: *Commentarius ad pandectas*, § 117) y RICHERI (1892). "Praesumptio describitur potest argumentum quo facti dubii probabilis fides fit", in: *Universa civilis et criminalis iurisprudentia iuxta seriem institutionum ex naturali et romano iure deprompta et ad usum fori perpetuo accomodata*, Laude Pompeia, XI, § 845). El concepto se repite siempre en la doctrina moderna, entre los que recordamos a von GLÜCK, que define a las presunciones como "conclusiones basadas en calidad y relaciones ordinarias de las cosas y las circunstancias que deben acompañarlas, y que sin embargo, son probables", in: *Comentario a las Pandette*, traducido y enriquecido de exhaustivas notas respecto al Código civil del Reino de Italia, a cargo de SERAFINI, F & COGLIOLO, P; MILAN, Y & VALLARDI, L (1888). I, § 40; Para el Sr. GIORGI en cambio, las dos palabras *presunción* y *especulación* significan igualmente "ese procedimiento racional por el que la mente por un hecho conocido y cierto argumenta para natural y probable concatenación de causa y efecto, un desconocido", in: *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Florencia 1884, I, p. 420; LAURENT (1889), por último, considera la presunción como "un simple razonamiento fundado acerca de una probabilidad", in: *Principes de droit civil*, voll. 1-30, Bruxelles-Paris, III, p. 361; VIII, p. 518; XVI, p. 166].

será establecida por la ley que impone un determinado grado de credibilidad; los efectos de las presunciones legales se reflejan en la carga de la prueba; es decir, sobre la prueba del hecho desconocido, ya que éste es pretendido por la ley en virtud del nexo causal existente entre éste y el hecho conocido. Y las presunciones legales se dividen a su vez en presunciones *iuris tantum* y *iuris et de iure*, según que admitan o no la prueba contraria.⁵

Las presunciones simples son aquellas no establecidas por la ley, pero dejan a la prudencia del juez dentro de ciertos límites de elegibilidad; dentro de esas presunciones la probabilidad de un hecho no es más establecida por la ley, pero es determinada por el razonamiento de quien está llamado a decidir la controversia.

Así en línea general, también en el derecho canónico la presunción se presenta también como una “probato impropia”, “cum no ostendat directe factum controversum, sed alia facta quae ex se sunt controversiae externae, et ex quibus, discurrendo a causa ad effectum aut viceversa, conicit veritatem facti controversi. Idea praesumptio dicta est a vocabulis prae et sumptio quia ante probationes aliquid sumit uti legitime probatum et verum attentis indiciiis”⁶. Del mismo modo, en el ordenamiento canónico plano-benedictino, encontramos también la distinción entre presunciones legales y simples. Las primeras a su vez están divididas en presunciones *juris simpliciter* y *iuris et de iure* de la misma manera que en el ordenamiento civil. En efecto, el canon 1825 del código plano-benedictino en el párrafo 1º, después de haber dicho que “praesumptio est rei incertae probabilis coniectura”, añade “eaeque alia est iuris, quae ab ipsa lege statuitur, alia hominis quae a iudice conicitur”; en el párrafo 2º: “praesumptio iuris alia est iuris simpliciter, alia iuris et de iure”. El canon 1828, a propósito de las presunciones simples, dice que: “praesumptiones quae non statuuntur a iure, iudex se coniciat nisi ex facto certo et determinato quo cum eo, de quo controversia est, directe cohaereat”.

Ahora, con base a esto, si debemos descartar la existencia en el derecho canónico de presunción legal de muerte⁷, no puede decirse igualmente la presunción simple o declaración judicial de muerte entendida como consecuencia de que el juez, mediante su razonamiento, obtiene un hecho conocido (la desaparición ocurrida en ciertas circunstancias particulares) para localizar un hecho ignorado (la persuasión de la muerte del desaparecido). En relación a hechos imprevisibles (terremotos, tsunamis, pero también guerras, naufragios, largos viajes, etc.) puede determinarse el hecho de que la muerte del desaparecido no sea verdadera. Y así esta incertidumbre, ante los distintos casos que, en concreto podrán darse, se determinará de diversas formas para crear toda una gama de situaciones que van desde una improbabilidad de muerte del desaparecido, a una gran probabilidad de ese acontecimiento. Frente a estas circunstancias que determinan, ciertamente, la incertidumbre ante un hecho en el resultado de sus múltiples consecuencias jurídicas, pero que al mismo tiempo

5 Esta subdivisión era ya expresada en estos términos por la doctrina, véase Menochio según el cual “praesumptio iuris dicitur quia a lege introduzca oriental, et de iure quia super estas praesumptione lex inducit firmum ius et habet eam pro veritate”, (MENOCHIO, J (1615). *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciiis*, Coloniae Agrippinae, lib. I, qu. III, c.18, p. 5). Parece claro que en las modernas legislaciones la definición se encuentra adoptada en determinación de la misma subdivisión pero con una terminología diferente, y así se habla de presunciones relativas o vencidas o discutibles, para indicar las *juris* únicas e irrepitibles; y presunciones absolutas o invencibles o perentorias, para indicar las de *iuris* y las de *iure*.

6 Véase también NOVAL, G (1920). *Commentarium Codicis Juris Canonici*, Turín, p. 375; WERNZ, X & VIDAL, P (1928). *Jus canonicum*, t. VI, *Ius matrimonial*, Roma, p. 465.

7 DEL GIUDICE, V (1936). *Istituzioni di diritto canonico*, Milán, p. 38: “el derecho canónico no ha instituido la presunción legal de muerte. Lo que quiere decir que en ningún caso las relaciones jurídicas cesan con la muerte, se pueden considerar reintegradas de otra manera”.

requieren una reglamentación, los ordenamientos jurídicos incluyen en todo caso el instituto la institucionalidad de la presunción aunque a veces en forma distinta, incompleta o no definitiva.

El legislador canónico, en este sentido, había dado expresamente un reglamento especial, sólo en el caso en que el cónyuge del desaparecido hubiera querido contraer nuevas nupcias. Un reglamento por lo tanto limitado a los efectos matrimoniales⁸. No obstante es de pensar que con esto la Iglesia, haya querido sancionar de manera implícita su punto de vista en la materia y haya trazado también tales directivas para hacerse valer a cualquier efecto⁹. No hay duda, por tanto, que necesariamente habrá que hacer referencia al derecho matrimonial para explicar los orígenes y el desarrollo histórico-jurídico del instituto de la institucionalización de *praesumptio mortis*¹⁰. En efecto, el canon 1141 del actual código de derecho canónico (que vuelve el canon 1118 del Código anterior), establece que el matrimonio válido y consumado no podrá ser disuelto “nada humana potestate, nullaquae causa, praeterquam morte”; por ello resulta evidente que no pueda ser admitido contraer sucesivas bodas a quién no demuestre de manera cierta y positiva, el fallecimiento del otro cónyuge.

Ahora, este fallecimiento normalmente estará compuesto por algún documento auténtico de muerte expedido por la autoridad popular; pero cuando faltan los documentos auténticos, por vía totalmente excepcional, podrá entonces eventualmente suplirse con la certeza moral de la muerte del desaparecido, certeza moral que el juez tendrá, en este caso, como el resultado de un cuidadoso examen de testimonios, indicios y de circunstancias especiales que le hayan generado esta firme convicción. Una parte de la doctrina, a partir de esta hipótesis, habla de declaración judicial de muerte¹¹, casi como si la autoridad eclesiástica al final del procedimiento, que es habitual instaurar en casos similares, emitiera una verdadera, propia y explícita declaración de muerte. Esto no es del todo exacto, en la medida en que la autoridad eclesiástica competente emita solamente un “transitus a

- 8 Véase CIPROTTI, P (1943). *Lezioni di diritto canonico*, Padua, p. 196.
- 9 Véase también *Sagrada congregación de iglesia*, del 28 de agosto 1841, donde se resuelve el caso de ausencia del titular de un beneficio simple, después de un ponderado examen, dicha orden del Obispo del lugar donde era el beneficio cuyo titular había desaparecido, debe nombrar otro suponiendo la muerte del anterior. La certeza moral de la venida muerte del desaparecido, en relación con la cual la autoridad popular había resuelto el caso, se basaba fundamentalmente sobre la avanzada edad de éstos (habrían tenido 90 años) y sobre la falta de su paradero por largo tiempo (de aproximadamente 28 años), aunque precisas investigaciones hubieran sido efectuadas (“Placentina visitationis SS.LL. quoad beneficium”, in: *Thesaurus resolutionum S. Congregationis Concilii*, Tom. Nos, Romae 1841, p. 300). Hay que considerar que la Iglesia, en caso de ausencia del titular de un beneficio, como en otros casos de ausencia, se atendrá a un criterio menos estricto de lo que suele utilizar para el caso del matrimonio del desaparecido, teniendo en cuenta la gran importancia que tiene para el ordenamiento canónico el principio de su del vínculo matrimonial. Origen del nombre *beneficio*, véase Du FRESNE Du CANGE, C (1889). *Glossarium mediae et infimae Latinitatis*, verb. *Beneficium*, t. I, L. Favre, Nior, p. 631; Véase, además, AMBROSETTI, T. s. v. (1926). “Beneficios Eclesiásticos”, in: *D.I.*, vol V, Turin, p. I, pp. 312-487; Van ESPEN, B (1729). *Ius Publicum Ecclesiasticum*, lib. *De Beneficiis*, Coloniae Agrippinae; JEMOLO, AC (1930). “Beneficio (Beneficio Eclesiástico)”, in: *E.I.*, VI, p. 624-625; STUTZ, U (1895). *Geschichte des Kirchlichen Benefizial Wesens*, Berlin, 1895.
- 10 Véase, además, FEDELE, P (1936). “Il matrimonio dello scomparso”, *Rivista di diritto civile*, p. 165.
- 11 Véase SCHIAPPOLI, D (1929). *Op. cit.*, p. 62: “la disolución del primer matrimonio por muerte debe ser probado y no sólo presunto, para que el matrimonio del cónyuge superviviente pueda efectuarse. Sólo cuando no se pueda probar el acto de muerte, se podría suplir con la declaración de muerte presunta, tras un procedimiento de verificación”. Pero también para JEMOLO, AC (1930). *Op. cit.*, p. 304: “la Iglesia admite la presunción de muerte consumante por hacerse caso por caso, en ocasión de la solicitud del cónyuge del desaparecido de contraer nuevas bodas”; FRIEDBERG, E (1893). *Tratado del derecho eclesiásticas católico y recogido*, ed. it., editado por RUFFINI, F (1893), Turin, p. 574: “Eficacia similar a la disolución del matrimonio por muerte o por ausencia de uno de los cónyuges, no para otro según el derecho canónico y según las teorías antiguas, según las cuales la disolución del primer matrimonio por muerte debe ser probado y no sólo presunto para que el nuevo matrimonio del cónyuge pueda efectuarse. No hay duda de que en este caso se debe entender como legalmente presunto, porque también el ordenamiento canónico considera lo que se ha comprobado como una presunción *hominis*, como prueba fehaciente”.

novas nuptias". No hay duda de que desde el punto de vista meramente sustancial, la posibilidad dada por el cónyuge de poder descansar (ya tiene su única razón de ser el hecho de que de la muerte del desaparecido, el juez ha alcanzado la certeza moral), se configura en buena sustancia como el efecto de una declaración de muerte incluso si no *expressis verbis* pronunciada; y esto se encuentra implícitamente contenido en la concesión de las nuevas nupcias. En este sentido, y sólo así, podemos hablar de declaración judicial de muerte en el ordenamiento canónico.

Por tanto, parece evidente que la Iglesia consiente otras nupcias al cónyuge superviviente, no sólo cuando en los actos se invoque la absoluta certeza de la muerte del desaparecido, sino también si, "deficientibus veri nominis probationibus, talis indiciorum et coniecturarum cumulus habeatur ut assertus obitus maxime probabilis seu moraliter certus appareat"¹²; es decir, cuando se considera de por sí misma suficiente la existencia de la simple prueba consistente para determinar la *moralis certitudo* del juez. Y es, en este caso, declarar suficiente la prueba consistente para la certeza moral del juez para que la Iglesia se sirva de una presunción simple que le permita considerar fallecido el cónyuge desaparecido. Queriendo, si acaso, tendrá que reconocer el motivo por el que la Iglesia ha querido excluir que esta materia pudiera ser regulada por las presunciones legales y esto debe aplicarse al hecho de que en este campo es necesario tener todas las cautelas del caso. Y es por eso que el juez no es un mero verificador de la competencia de factores en base a los que puede surgir la presunción, sino que considera necesario que la certeza moral de que el difunto ha efectivamente fallecido está determinada tras un cuidadoso examen realizado, mediante el razonamiento lógico y el momento probatorio¹³.

No se podrá decir, por otro lado, que la aceptación por parte del ordenamiento canónico de esta institucionalidad esté en contradicción con el principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial; en efecto, como recuerda una parte de la doctrina, el hecho de que la Iglesia, aunque es rígida en la formulación y en la exigencia del cumplimiento de sus principios, intransigente en su legislación y firme en sus posiciones adquiridas como básicas; sin embargo,

(...)se inspira en un humano, prudente y vivo realismo en todos esos casos, en los que siente el deber de encontrarse con los deseos de sus fieles. La codificación de la Iglesia no es, en efecto, árida y abstracta, está adherida a la vida, aunque permaneciendo siempre animada por un elevado espíritu de ideales, sentimientos y deberes. Así que, cuando la Iglesia acoge en su ordenamiento jurídico la declaración judicial de cónyuges desaparecidos, es porque de otro modo serían destinados a continuar su vida unidos por un vínculo que no daría ninguna confrontación moral ni material, pero que les pondría en una situación que de no estar favorecidos por una fuerte voluntad cristiana, fácilmente la induciría a pecar¹⁴.

Pero lo que se ha dicho en la doctrina, no parece totalmente aceptable en la medida en que la Iglesia, concediendo al cónyuge superviviente las nuevas nupcias cuando se tenga la certeza aunque sólo moral del fallecimiento del desaparecido, no contradice el principio de la indisolubilidad del

12 CONGREGATIO S. OFFICII (1868). "Istruzione Matrimonii vinculo, 13 de mayo de 1868", in: *Collectanea Sacra Congr. de Propaganda Fide*, vol. II, Roma 1907, n.º 1321, p. 7.

13 No hay duda de que lo que se admite, en base a una presunción *hominis* constituye sólo la mera probabilidad de un hecho, la cual como cualquier presunción simple cae ante la prueba contraria; de ahí la declaración de muerte supuesta que implícitamente es emitida por el juez cuando concede las nuevas bodas, está basada en lo que le parece como cierto, y no ya sobre lo que es la verdad absoluta.

14 Véase SPINELLI, L (1943). *Op. cit.*, pp. 9-10.

vínculo matrimonial, sobre todo en razón del hecho de que en el ordenamiento canónico no se requiere nunca como necesaria la certeza material, absoluta en el asunto de nulidad o de disolución del vínculo matrimonial, pero considera suficiente la sola certeza moral¹⁵.

El código de Derecho canónico de 1983 ha introducido de nuevo la institucionalidad del procedimiento de muerte presunta del cónyuge (canon 1707¹⁶); esta introducción fue pedida a voces por los grupos de estudio para el nuevo código y fue deliberada por el Grupo de *processibus* que quiso así colmar la laguna¹⁷.

LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS: EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO ALEMÁN

Pero para poder comprender mejor e introducirnos en la institucionalidad de la presunción, conviene necesariamente ir los antecedentes históricos que se encuentran en el derecho *romano* y en el *alemán* o, más precisamente, *romano-barbárico*. En el derecho romano, esta institucionalidad es considerada en forma de *ausencia*¹⁸, entendiéndola como el alejamiento del individuo de su propio domicilio acompañado por ciertas circunstancias que generan la duda razonable de si estuviera vivo o muerto: “ita absit ut ignoretur ubi sit et an sit”¹⁹; sin embargo no está presente una teoría general entendida como un conjunto de normas que constituyan una institucionalidad orgánica²⁰. Por una parte, en la doctrina, esto se debió al hecho de que la extendida organización defensiva del Imperio ofrecía una amplia seguridad personal²¹; por otra parte, de manera más razonable (porque para el desarrollo de los comercios y para la continuidad de las relaciones hostiles, debía ser frecuente las personas desaparecidas), considera que en el derecho romano no se haya sentido la necesidad de una disciplina orgánica de la ausencia o para la particular concepción del paterfamilias romano (considerado idealmente presente también como ausente), para que el acto jurídico quedara suspendido hasta su regreso²², o bien porque en relación con la ductilidad del sistema romano sobre la prueba, era posible poner a la apreciación del juez o establecer según las circunstancias particulares del caso concreto, sin ajustarse a un criterio único, qué medidas fueran más sencillas y justas

- 15 Del resto ya en PHIRING (1759), *Jus Canonictim*, Venetis, lib. IV, ti. I, sect. V, § 11, n° 132, se ha afirmado genéricamente el principio de que “in omni genere humanarum rerum et actionum sufficit moralis certitudo, acum maior vix haberi possit”. Si luego, por otra parte, se observa el contenido del discurso de Pío XII, el 18 de octubre del 1942 para la inauguración del año judicial ante la Sagrada Romana Rota (in: *Civiltà Cattolica*, 1942, vol. IV, pp. 108-111), se encuentra la confirmación de esto, en la medida en que la certeza absoluta “no es necesaria para argumentar la sentencia”, porque exigirlo equivaldría a exigir algo razonable por el juez y por las partes», explícitamente afirma suficientemente la certeza moral “incluso si en el caso particular sería posible de alcanzar por vía directa o indirecta una certeza absoluta”.
- 16 “Cada vez que la muerte del cónyuge no pueda ser demostrada con un documento auténtico, eclesiástico o civil, el otro cónyuge no será dispensado del vínculo matrimonial sino después de la declaración de muerte presunta, dictada por el Obispo de la diócesis. – la declaración de que § 1 puede ser pronunciada sólo por el Obispo, hechas las investigaciones pertinentes, por las disposiciones de los textos, de la opinión pública o sobre la base de indicios, y que se tenga la certeza moral de la muerte del cónyuge. La sola ausencia del cónyuge, en cuanto prolongada, no es suficiente. – En los casos inciertos y complejos, el obispo consultará la Sede Apostólica”.
- 17 Véase *Communicationes*, 1979, p. 282, adunatio 16 maii.
- 18 FADDA, C & BENZA, PE (1902). Nota “g” alla traduzione italiana del vol. I, parte 1, del *Diritto delle Pandette del Windscheid*, Turin, 1902, vol. IV, p. 246; BESTA, E (1931). *Le persone nella storia del diritto italiano*, Padova, cap. XXX, p. 147; CICCAGLIONE, F (1886). “Manuale di storia del diritto italiano”, *Archivio Giuridico*, vol. XXXVI, Pisa, p. 476.
- 19 D. XXIII, 2, 10.
- 20 BONFANTE, P (1932). *Istituzioni di diritto romano*, Milán, p. 49.
- 21 Véase SOLMI, A (1930). *Storia del diritto italiano*, Milán, p. 294.
- 22 ROBERTI, M (1935). *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, Padua, vol. I, parte II, p. 234.

a fin de mantener y proteger los derechos de la persona ausente o de transmitirlos a otros decidiendo sobre la existencia o acerca del mismo ausente²³.

Otros, por último, justifican el hecho diciendo que los romanos habrían detectado esta oportunidad de la institucionalidad porque del estado de ausencia brotan relaciones jurídicas de naturaleza heterogénea e incluidas cada una dentro de determinadas instituciones jurídicas como el matrimonio, la sucesión, la protección y así sucesivamente, de regular los diferentes efectos con normas que tuvieran su natural ubicación en los distintos centros a los que se referían y en los cuales se ensimismaban²⁴.

Hay que precisar que el derecho romano evitó restringir dentro de las presunciones legales la declaración de muerte de un ausente y poner al juez a examinar cada caso. Se plantea, pues como principio básico que el ausente se presume vivo al menos hasta que el juez, según su libre convicción, lo que plantea en función de las pruebas facilitadas por aquellos que tendrán un interés en que la muerte sea comprobada, no debía diferir en el caso específico por las hipótesis de vida²⁵. También se tomaba el límite de los cien años como punto extremo de la vida humana, “son vitae longa hominis”²⁶, sin embargo, por ello no se saca ninguna presunción legal relativa a quien haya desaparecido sin dejar rastro de sí mismo²⁷. Sin embargo, entre los distintos medios y elementos de prueba que el juez podía utilizar para eventualmente llegar a la convicción de la muerte del desaparecido, tales como la distancia de los lugares, la duración, debía figurar también el de los cien años de vida, incluida en su consideración general la edad del ausente. Sin embargo, si en alguna parte el logro de los cien años de edad es considerado como un hecho, en el juez romano habría sin duda provocado la convicción de la muerte del ausente²⁸, por otra parte, esto no se ha señalado con tanta seguridad²⁹.

- 23 Véase TAMASSIA, G (1886). “L’assenza nella storia del diritto italiano”, *Archivio Giuridico*, vol. XXXVI, Pisa 1886, p. 476 y p. 484; CALLEGARI, D s.v (1937). “Assenza”, in: *Nuovo Digesto Italiano*, vol. I, Turin, p. 793; BESTA, E (1931). *Op. cit.*, p. 174.
- 24 MASSUCCI, V s.v (1886). “Assenza”, in: *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. I, parte IV, Milán, p. 433. Véase también a DONATI, B (1911). “L’esigenza storica della dissolubilità del vincolo nuziale dell’assente”, *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, vol. XLIX, Turin, p. 12, el cual afirma que “la institución de la ausencia aunque definida con claridad y modernidad de conceptos, no era como todo el mundo sabe autónomamente regulada”.
- 25 Véase SOLMI, A (1930). *Op. cit.*, p. 294; SALVIOLI, G (1930). *Storia del diritto italiano*, Turin, p. 341; PERTILE, A (1894). *Storia del diritto italiano*, vol. III, Turin, p. 254; NANI, G (1902). *Storia del diritto italiano*, Turin, p. 11; GENUARDI, L (1924). *Storia del diritto italiano*, vol. II, parte II, Palermo, p. 160; GENUARDI, L (1932). *Lezioni di storia del diritto italiano*, vol. II, Padua, p. 134; ROBERTI, M (1935). *Op. cit.*, vol. I, p. 122 y vol. III, p. 240; ARANGIO RUIZ, V (1934). *Istituzioni di diritto romano*, Nápoles, p. 46; PEROZZI, S (1928). *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, parte II, Roma, p. 191; PACCHIONI, G (1914). *Corso di diritto romano comparato con il diritto civile patrio*, vol. 1, Roma, pp. 138ss.; SCHUPFER, F (1913). *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all’Italia*, vol. 1, Città di Castello, p. 8; FAGGELLA, G (1902). “Presunzioni che accompagnano il sorgere e lo sparire del subbietto di diritto naturale nel codice civile germanico comparato”, *Archivio Giuridico*, vol. 69, Modena, p. 63; B. BIONDI, B (1946). *Istituzioni di diritto romano*, Milán, p. 73; SACCHI, A (1893). “Sulla teoria degli assenti nel diritto civile e giudiziario dei romani”, *Archivio Giuridico*, vol. LI, fasc. 6, Pisa, pp. 497 e ss.
- 26 SALVIOLI, G (1930). *Op. cit.*, p. p. 341.
- 27 BRUGI, B (1926). *Istituzioni di diritto romano*, Turin, p. 341.
- 28 SPINELLI, L (1943). *Op. cit.*, p. p. 12.
- 29 Véase TAMASSIA, G (1886). *Op. cit.*, pp. 476, 484. El autor, después de haber aludido a la hipótesis propuesta por Burns y que el gráfico de ULPIANO (“computatio In alimentis faciendi”) pudiera servir de cómputo a la probabilidad de vida en caso de ausencia, y haberla juzgado algo muy dudosa, subraya: “más cercano a lo verdadero nos parece otra hipótesis apoyada por Glossa... que el plazo máximo de la vida humana fuera calculado en cien años. En efecto, su antigua doctrina religioso-naturalista, basada en el cálculo decimal, que tiene tanta parte en el sistema político-administrativo romano, y que se encuentra citada también por autores romanos, está también en las leyes que consideran el siglo como la “fines vitae longevi hominis”. Que ni siquiera esta idea, nos parece, pudiera ser probada, de cualquier forma

Mirando a una institución similar, el *ius postliminium*³⁰ y también a la *ficción legis Corneliae*³¹, se nota como ésta no está en contraste con la institución de la ausencia, en la medida en que se considera la ausencia más bien a lo vivo que muerto o de considerarlo con vida hasta que no se demuestre lo contrario. En efecto, en preceptos que tratan de estos dos centros no se obtiene presunción de muerte respecto del prisionero (en buena sustancia, no se declara por muerte un preso sólo porque ha sido capturado por los adversarios), permaneciendo estos sólo “en pendientes” y al final la incertidumbre será únicamente determinada por el regreso del prisionero o por su probado fallecimiento³².

En definitiva, el derecho romano nada ha dicho en materia de regulación de la condición jurídica del cónyuge del desaparecido. Y no se encuentra nada que se desvíe de los principios generales, que en materia de ausencia acabamos de ver. Y por tanto el *captivus* “*acum reversus fuerit, omnia pristina iuria recipit hecho postliminii*”³³. Por estas razones, según una parte de la doctrina, no es considerado posible para el matrimonio, “dado que esté disuelto por la ocurrida incapacidad del *captivus*”³⁴, en cuanto por la pérdida de la libertad por parte del cónyuge hecho prisionero, estaba a faltar el *connubium*, elemento esencial a contraer y para hacer perdurar las “*iustae nuptias*”³⁵ interviniendo también la “*capitis deminutio maxima*”³⁶. Otros creen³⁷ que el “*ius postliminii*” permitiría a quien regresara como prisionero de guerra reanudar y continuar el matrimonio siempre que, por la lejanía determinada por encarcelamiento, no hubiesen cambiado las disposiciones del ánimo de la esposa, y el *affectio uxoris*, pese a la falta de “*communio vitae*” habiendo perdurado, basando esta interpreta-

concede gran libertad al juez romano, cuando deba disponer de la posesión definitiva de los bienes de un ausente, los parientes o los derechohabientes”.

- 30 El *ius postliminante* era instituido en base al que el ciudadano romano convertido en esclavo del enemigo (*captivus*) si regresaba a las fronteras romanas con la intención de permanecer en la patria (*animus remanendi*, in: D. XLIX, 15, 5, 3), recuperaba la libertad y todos sus derechos, volviendo a ser también, eventualmente ingenuo, como si nunca hubiera sido prisionero. Di MARSO, S (1944). *Istituzioni di diritto romano*, Milán, p. 34. Véase además, BONFANTE, P (1932). *Op. cit.*, *Istituzioni di diritto romano*, Milán, p. 50; SERTORIO, L (1916). *La prigionia di guerra ed il diritto di postliminio*, Turín, pp. 61, 64, 113.
- 31 La ficción legal *Corneliae*, establecía el principio de que “el ciudadano muerto en encarcelamiento, se debía considerar en cualquier parte del derecho como muerto al momento de caer preso (DI MARSO, S (1944). *Op. cit.*, p. 50). Véase también BONFANTE, P (1932). *Op. cit.*, p. 50.
- 32 TAMASSIA, G (1886). *Op. cit.*, p 477.
- 33 Así ULPIANO: 10, 4.
- 34 Di MARSO, S (1944). *Op. cit.*, pp. 34-35.
- 35 *Ibid.*, p. 165. CALLEGARI, D s.v (1937). *Op. cit.*, p. 793; PACCHIONI, G (1920). *Corso di diritto romano*, vol. III, Turín, p. 348 nt. 1, el cual sostiene que los prisioneros de guerra pudieran escoger de hecho el matrimonio, al menos en la era clásica.
- 36 BONFANTE, P (1932). *Op. cit.*, p. 189. Para quien no era ninguna afección *uxoris* que pudiera contrarrestar la *capitis deminutio*, debiendo al paso interpretarse necesariamente “sin ángulos visuales”. Véase también Di MARSO, S (1944). *Op. cit.*, p. 157.
- 37 SPINELLI, L (1943). *Op. cit.*, p p. 13.

ción particular en el “dirimitur matrimonium... captivitate”³⁸, sobre el contenido de algunos fragmentos del *Digesto de lex Iulia et Papia*³⁹, de Pomponio⁴⁰ y Giuliano⁴¹.

De tales fragmentos, se puede más bien obtener lo contrario, es decir, la absoluta imposibilidad para el *captivus* que hubiera vuelto como prisionero de guerra de “recuperare uxorem, iuris postliminii” y la necesidad (porque el matrimonio que él anteriormente contrajo podría considerarse disuelto ipso iure, porque con la libertad éstos habían perdido también la capacidad jurídica) de contraer nuevamente matrimonio, siempre que la esposa entretanto no hubiera realizado otra boda y perdura la misma. Pero esto sólo sucede con el derecho clásico; pero hay que observar cómo, en un primer tiempo, el prisionero de guerra que no fuera desertor (Pablo XLIX, 15, 19, 4) una vez de regreso a su patria, mientras su matrimonio previamente contraído hubiera sido *cum manu*, tenía la posibilidad de recuperar, *iure postliminii*, la esposa. Con el tiempo el matrimonio *cum manu* cayó en desuso, esto explica el por qué Pomponio sin distinguir podía escribir “no ut a pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium”⁴².

Sin embargo, parece evidente en cada caso que la ausencia por causa de encarcelamiento no era *ex sese* motivo de disolución del vínculo matrimonial, ni tampoco en relación con cualquier presunción legal de muerte, pues el desarrollo del vínculo estaba determinado sólo por cese de los elementos necesarios a la eficacia y a la conservación del matrimonio⁴³. Posteriormente, bajo la influencia del cristianismo que proponía el principio de la indisolubilidad del vínculo conyugal, y también al mismo tiempo para poner un freno a la excesiva libertad dejada a los cónyuges de disolverlo, se empezaron a modificar estos principios, orientándose cada vez más hacia un mayor reconocimiento de la persistencia del vínculo matrimonial durante la ausencia causada también por encarcelamiento.

La primera innovación fue efectuada por Constantino quien dispuso que la esposa podía válidamente contraer nuevas bodas después del cuarto año de las últimas noticias del marido que hubiera partido “para militiam”, siempre antes “libello ducem super hoc su voto convenit”. En caso de que la esposa no hubiera hecho esto “videtur nuptias inisse furtivas nec dotis amissionem sustinere nec capitali poenae esse obnoxia”⁴⁴. La obligación de informar al Capitán del ausente las nuevas bodas que el cónyuge superviviente pretendía contraer, venía impuesta por la razón que el Capitán era precisamente quien podía garantizar que el soldado estuviera efectivamente vivo o muerto, o por lo menos si las circunstancias que habían acompañado la desaparición, eran suficientes para legitimar la presunción de su muerte. Y por lo tanto, en caso de que el Capitán no hubiera podido asegurar efectiva la muerte del soldado y ni siquiera elementos que puedan legitimar la presunción de su

38 D. XXIV, 2, 1.

39 D. XLIX, 15, 8: “non ut a patre filius, ita uxor a marito iure postliminii recuperare ipotest, sed tunc, cum et voluerit mulier, et adhuc alii post constitutum tempus nupta non est”.

40 D. XLIX, 15, 14, 1: “Non ut a pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium”.

41 D. XXIV, 2, 6: “Uxores eorum, qui in hostium potestate pervenerunt, possunt videri nuptiarum locum retinere eo solo, quod alii temere nubere non possunt”.

42 Véase en este sentido CASTIONI, GB (1925). *Sorte del matrimonio in caso di morte presunta*, Milán 1925, p. 30 nt. 24.

43 Véase, en este sentido SPINELLI, L (1943). *Op. cit.*, p. 12, y TAMASSIA, G (1886). *Op. cit.*, p. 479.

44 CODEX JUSTINIANAEUM: *De repud.* 5, 17, 7 pr.

muerte, la esposa no estaba autorizada, a pesar transcurridos los cuatro años, a contraer el nuevo matrimonio⁴⁵.

Mientras se extendía la idea cristiana, también el vínculo matrimonial adquiriría cada vez mayor consideración dado que la orientación espiritual del cristianismo había ido tomando pie en la legislación de Roma y un nuevo sentimiento tendía a inspirar el derecho, ejerciendo así una influencia directa, no sólo ética, sino incluso jurídica⁴⁶.

La legislación giustiniana marca aún más las fases sucesivas de esta evolución también porque, como se ha observado en la doctrina, cambia precisamente el concepto de matrimonio romano debido a la influencia del cristianismo⁴⁷. Giustiniano, en efecto, en la Novela XXII, c. 7 lleva al término el quinquennium considerándose el vínculo disuelto "bona gratia"; asimismo, en la novela XXII, c. 14, recoge el contenido de la citada Constitución de Constantino y en parte modificándolo, lleva el plazo, pareciéndoles demasiado corto, de cuatro a diez años; además, dichas normas son aún más precisas y rigurosas a propósito de las investigaciones que deben preceder necesariamente para autorizar al cónyuge superviviente a contraer nuevas nupcias. Por último, con la Novela CXVII, c. 11⁴⁸, la antigua doctrina es definitivamente derogada. Giustiniano establece explícitamente que, a pesar de prolongarse el estado de ausencia del soldado sin que la esposa haya recibido noticias, esto no es en ninguna razón para autorizar las segundas nupcias. La esposa debe esperar el regreso del marido; en caso de que se entere por alguien que el marido ha muerto, deberá solicitar información al Capitán con juramento de éste a través del Evangelio. No obstante deberá esperar todavía un año más para realizar las nuevas nupcias, de lo contrario ambos cónyuges (en el caso de regreso del desaparecido) serían castigados como adúlteros⁴⁹.

Parece evidente, sobre bases muy diferentes entre ellos, cómo es impuesta la regulación del matrimonio del desaparecido, y cómo una disciplina ha tomado tal dirección. En efecto, al concepto de falta de elementos del matrimonio, a causa de la ausencia, no sucedió otro, que aquel de la necesidad de la prueba segura de la muerte del ausente: sólo en caso de que dicha prueba fuera suministrada, se habría permitido al superviviente de contraer nupcias posteriormente. Pero en el caso particular de la ausencia por encarcelamiento, todavía en Giustiniano, en contraste con el principio con-

45 Esta Constitución se refiere al caso de ausencia del soldado; pero es de suponer que también en otros casos de ausencia hubiera solicitado el suspenso de un cierto periodo de tiempo y de investigaciones similares a las establecidas en la Constitución antes de autorizar al superviviente a contraer bodas adicionales. Véase, en este sentido, MASSUCCI, V (1886). *Op. cit.*, p. 431.

46 CALLEGARI, D s.v (1937). *Op. cit.*, p. 793.

47 Véase, también VOLTERRA, E (1940). *La conception du mariage d'après les juristes romains*, Padua, pp. 58-59, por el cual, «en droit postclassique du mariage change complètement, tout en conservant le même principe, affectio ou consensus facit nuptias... Le mariage n'est plus fondé sur une volonté continue mais sur une volonté initiale». Se tenga en cuenta que la doctrina romanística hasta ese momento, no había puesto de relieve este hecho más que evidente y, para quien escribe, parece de hecho increíble como la doctrina seguía casi sin debatir ninguna de las tesis erróneas, llevadas a cabo por el gran maestro BONFANTE, P (1925). *Corso di diritto romano*, vol 1, Roma, pp. 187ss.

48 "Si qua vero ex huiusmodi mulieribus suum maritum audierit mortuum, neque tunc ad alias eam venire nuptias simus, nisi prius accesserit mulier per se aut per suos parentes aut per aliam quamcumque personam ad priores numeri et cartularios, in quo huius maritus militabat, et eos seu tribunalum, si tamen adest, interrogaverit, si pro veritate mortuus set eius coniux, ut illi sanctis evangeliiis propositis sub gestis monumento rum deponant, si pro veritate vir mortuus est".

49 CALLEGARI, D s.v (1937). *Op. cit.*, p. 793; BONFANTE, P (1925). *Op. cit.*, p. 26; PEROZZI, S (1928). *Op. cit.*, p. 272; GERARD, PF (1909). *Manuale elementare di diritto romano*, t. II, Milán, p. 173; BRUGI, B (1926). *Op. cit.*, p. 175; BRINI, G (1889). *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, vol. III, Boloña, pp. 239-253; BESTA, E (1931). *Op. cit.*, p. 175; ANDRICH, G (1906). "La condizione dello scomparso secondo gli statuti e la tradizione popolare di Venezia", *Nuovo Archivio Veneto*, t. XII, parte I, Venecia, pp. 51ss.

sagrado por los otros casos en género, encontramos que se establece para el cónyuge superviviente simplemente un período de cinco años de espera antes de poder realizar segundas nupcias⁵⁰. No obstante Leone Magno (Constit. XXXIII), extendía en consecuencia también al caso del prisionero las disposiciones de la noticia 117 de Justiniano, estableciendo así, que también la esposa del prisionero no podía, en constancia del encarcelamiento del marido, cuántos fueran los años transcurridos, realizar otras bodas⁵¹.

A través de este sumario examen, y llevando estas consideraciones (sobre todo el campo del derecho matrimonial) sobre un plano más amplio y genérico, parece claro que el derecho romano no haya querido incluir en las presunciones legales institucionales de declaración de muerte, pero, mirando siempre al ausente en función de su posible regreso, y, en consecuencia, aprobando las medidas adecuadas para la custodia y la conservación del patrimonio y para la protección de los derechos de estos *medio tempore*, confía cada caso pendiente ante el juez; el cual en base al sistema de la libre prueba, deliberará según su convicción, que el ausente aún está vivo, o muerto, tratándolo en un caso como vivo y en otro como muerto⁵².

En el derecho *romano-barbárico*, así como para el derecho romano, no se encuentra una teoría orgánica de la ausencia⁵³. Haciendo nuestras las palabras de Besta,

en la familia alemana teníamos siempre la natural designación de quién habría podido tomar el lugar del ausente sin impugnaciones. Y a un pueblo primitivo e inculto no le parecía fácil el considerar hipotéticamente presente a quien materialmente estaba muerto. Originó el impulso hacia una presunción de vida que protegieran los intereses particulares del individuo contra los intereses colectivos del grupo. El ausente viene siendo tratado como el fallecido. Sus nupcias fueron consideradas como disueltas. Y sus bienes pasaron inexorablemente a quién, después de muerto, sería su sucesor⁵⁴.

Por tanto, el derecho romano-germánico no tuvo la institucionalidad de la ausencia. Teníamos sólo la presunción de muerte debida a un plazo más o menos amplio, pero en general muy corto. La desaparición del miembro de la familia, incluso si éste era el jefe, debía producir efectos muy distintos de los que en similares circunstancias se verificaban en el derecho romano. En síntesis, en la propiedad familiar colectiva, la ausencia de un miembro no producía una alteración –por así decir– en la esencia de la familia que, en cambio, seguía existiendo. Y por lo tanto el usufructo de los bienes comunes, como diríamos hoy, en caso de que el difunto fuera un pater familias, pasaba en línea

50 Nota XXII, c. 7; D. XXIV, 2, 6. Según BONFANTE, P (1925). *Op. cit.*, p. 265; Véase también CASTIONI, GB (1925). *Op. cit.*, p. 12 Nota 13. Este fragmento es atribuido a Giuliano, pero más que interpolado incluso compuesto por los compiladores, dice: "Uxores eorum, qui in hostium potestate pervenerunt, possunt videri nuptiarum locum retineri eo solo, quod alii temere nubere non possunt". Y se realizará luego una distinción sobre la base de una doble hipótesis; si es cierto que el marido preso aún está vivo, la esposa no puede propiciar a nuevas bodas, mientras que si es incierto si está vivo o muerto, "tunc si quinquennium a tempore captivitatis excessit, licentia habet mulier ad alias migrare nuptias". Y también: "eodem iure et in merito in civitate degente, et uxor captiva observando". Ahora bien, incluso si no se quiere ver en esto una verdadera presunción de muerte, como algunos otros, la autoridad ha dicho (así D'AVACK, PA (1938). *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, Florencia, p. 209), pero hay que admitir que dicha disposición no era gran cosa, pues en el derecho romano clásico el matrimonio del preso, él en libertad perdía cualquier capacidad jurídica, se consideraba disuelto ipso facto.

51 Véase CASTIONI, GB (1925). *Op. cit.*; D'AVACK, PA (1938). *Op. cit.*, pp. 212-213.

52 BIONDI, B (1946). *Op. cit.*, p. 73; PEROZZI, S (1928). *Op. cit.*, pp. 191-192.

53 GENUARDI, L (1932). *Op. cit.*, p. 136.

54 BESTA, E (1931). *Op. cit.*, p. 176.

recta al hijo o aún a los parientes. En esto se recuerda un paso de Paolo Diacono (en su *Historia Langobardorum*, IV, 37), para demostrar una vez más que cuando el pater ausente hubiera vuelto, no habría podido reivindicar los bienes, dada la “*contraria et diuturna possessio*”⁵⁵.

No hay duda por lo tanto, que el derecho romano-germánico no tenía la presunción de vida como en el derecho romano, sino la presunción de muerte. Además de Paolo Diacono también el Edicto de Liutprando⁵⁶ toma en cuenta la institucionalidad de aquí, pero en relación al comercio y a los mercaderes, definiendo que cuando los *negotiatores et magistri* hubieran ido *extra provinciam* y por tres años consecutivos no hubieran vuelto, ni cuando el regreso era impedido por enfermedad o por cualquier otra causa justa hubieran dado noticias de sí mismo al magistrado, sus herederos o en falta, el tribunal resultaban propietarios del patrimonio de ellos. No sólo, pero las esposas de los ausentes, tras el período de tres años, podían con el permiso del Rey, pasar a segundas bodas. Además, si el ausente regresara, dicha ley establecía “*a filiis suis recipiatur, nec res suas in potestatem habeat*”; y si los hijos no hubieran observado esta prohibición “*et eum recolligere praesumpserint*”, podían ser castigados por el Rey mediante decomiso. Esto estaba contenido en la ley. Se podría sospechar

que la norma valía sólo para aquellos artífices y mercaderes los cuales tuvieran algún vínculo con el Tribunal real, pero los documentos prueban que el capítulo fue ampliado más allá de los límites originarios. Quedaron afectados todos aquellos que han salido de la ciudad, por muchos años, que no fueran revertidos *ad habitandum*⁵⁷.

El derecho longobardo admitía por lo tanto la institucionalidad de la presunción de muerte, ignorada previamente como hemos visto por el derecho romano⁵⁸, incluso si esta posición no es con-

55 ROBERTI, M (1935). *Op. cit.*, p. 236. De igual modo TAMASSIA, G (1886). *Op. cit.*, pp. 487-488, también recuerda: “Ahora, en el antiguo Derecho alemán la desaparición de un miembro de la familia, fuese también su jefe, debe tener efectos jurídicos muy diferentes que en el Derecho romano. La falta perpetua (muerte) o temporal (falta) de una persona no afectaba mínimamente la esencia de la familia alemana, estaba previsto quien ocupaba su puesto, no ya en virtud de una voluntad presunta, o expresada, sino por la naturaleza misma de las cosas. La necesidad de probar la muerte del ausente, por lo que afecta a la propiedad, no era cosa de gran importancia; la manera de usufructo que le correspondía (si el desaparecido era pater-familias) ahora pasaba a los hijos. La facilidad luego con la que se admitía el divorcio en el antiguo derecho alemán, puede hacer pensar que el hombre y la mujer, cansados de esperar el cónyuge, interpretando la ausencia como abandono, podrán hacer libremente segundas bodas. Si añadimos a estas observaciones otras aún que afectan a la vida acelerada, incierta, luchadora de pueblos semibarbaros, ello reforzará fácilmente el convencimiento de que es propio de las condiciones de las gentes incultas, en los primeros pasos de la incivilización, el asimilar una larga ausencia como muerte y como tal considerarla en sus efectos jurídicos. Hay una cierta cultura para considerar jurídicamente vivo quien materialmente está como muerto, y cuya memoria se oscurece en las mentes de sus familiares y conciudadanos, cuando por otra parte la experiencia dice que *l'allontanarsi por tribus es decir, el viajar entre enemigos es siempre peligroso*». Véase también CALLEGARI, D (1937). *Op. cit.*, p. 793; SALVIOLI, G (1930). *Op. cit.*, p. 341, quienes avanzan la hipótesis de que en el Derecho alemán sólo una larga ausencia era equiparada a la muerte. CICCAGLIONE, F (1886). *Op. cit.*, p. 58, quien de hecho, considera que “para el derecho alemán, la ausencia dada la estructura de la sociedad joven, si uno de los componentes se alejaba sin dar noticia de sí mismo, por un tiempo relativamente corto, quizás de un año y un día, espacio de tiempo para adquirir el derecho de entrar en otra consideración, dejará de formar parte de la primera, no participando más del derecho de ella”.

56 Leges Liutprandi de anno VIII, in: BLUHME, F (1868). *Monumenta Germaniae Historica, Leges*, IV, Hannoverae, p. 115.

57 Véase BESTA, E (1931). *Op. cit.*, p. 177. Contrariamente ROBERTI, M (1935). *Op. cit.*, p. 236, afirma que “la norma liutprandea dispone la devolución hereditaria y anula el vínculo matrimonial no del libre en general, pero —de *negotiatoribus et magistris*— en particular si por tres años se hubieran retirados sin dar de sí mismos noticia”. Y da gran importancia a esta limitación, aunque no sepa encontrar adecuada razón explicativa”.

58 BESTA, E (1931). *Op. cit.*, p. 177.

corde con la doctrina. Si, por una parte, se admite la existencia, en el capítulo 18 de Liutprando, la institucionalidad de presunción de muerte entendida como presunción legal⁵⁹, y, por otro lado, se tiene una interpretación totalmente diferente, es decir, una disposición de carácter penal, resulta aún más evidente por el hecho de que el ausente era considerado como desertor⁶⁰ y, en el caso de que hubiera retornado, no se le había concedido regresar sin duda en posesión de sus derechos, y la eventual reintegración estaba sometida a decisión del Rey⁶¹. Por último, se observa que, aunque la ley contiene una pena para la emigración, ésta encierra un principio que no era conocido en el derecho romano, y que va a esbozar los primeros rasgos de institucionalidad de presunción de la muerte y la ausencia⁶². No hay duda que toda la institucionalidad, que tiene como punto de referencia siempre la sucesión patrimonial del ausente, hace girar todas las consideraciones sobre la figura de la esposa del ausente por tres años. Y esto explica el motivo por el que la misma debe antes solicitar el permiso real si no quiere incurrir en la pena prevista.

En síntesis, la especial atención sobre el matrimonio no viene nunca más a menos y esto explica el motivo por el que la ausencia prolongada *ex sese* no *sufficit* a justificar la disolución del matrimonio. Y, en el momento en que el legislador alemán pone la resolución del matrimonio en manos del Rey— que debe sólo conceder o no el paso a segundas bodas de la Viuda —, parece claro que de cualquier forma deben estar presentes unas circunstancias que hacen suponer la muerte de la persona ausente⁶³. Sin duda, el legislador alemán fue influido enormemente por el derecho romano, gracias, sobre todo, por el contacto mantenido por los Longobardi en su arribo a la Península. Y no se debe olvidada la influencia del Cristianismo —con el principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial— religión a la que se convirtieron abandonando la heregía ariana.

Circunscribiéndonos a la materia, se puede afirmar que en la concepción alemana el desaparecido se presume fallecido si no se tiene noticia ninguna después de tres años, aunque para algunos “sea demasiado corto especialmente en las condiciones de entonces, el tiempo de ausencia requerido por Liutprando al suponer con un cierto fundamento que el difunto hubiera dejado de vivir; se debería hablar, creo, de ficción”⁶⁴.

- 59 SPINELLI, L (1943). *Op. cit.*, pp. 16-18; KRAUT, WT (1847). *Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts*, II, Göttingen, § 63, p. 220. Véase. También SCHUPFER, F (1868). “La familia ante los Longobardi”, *Archivo jurídico*, vol. I, Pisa, p. 135.
- 60 BESTA, E (1931). *Op. cit.*, p. 176: “En efecto, no se había él puesto voluntariamente en las condiciones de no responder a las posibles llamadas para las acciones militares o para juicios? El *Verschollen* (hoy todavía el derecho alemán indica ausente) fue precisamente invocado inútilmente”. Véase también GENUARDI, L (1932). *Op. cit.*, p. 136.
- 61 SOLMI, A (1930). *Op. cit.*, p. 295; CICCAGLIONE, F (1886). *Op. cit.*, p. 342; GENUARDI, L (1932). *Op. cit.*, vol. II, parte II, p. 161 y vol. III, p. 136; ROBERTI, M (1935). *Op. cit.*, p. 236; CALISSE, G (1891). *Storia del diritto italiano*, vol. III, Florencia 1891, pp. 8-9; ANDRICH, G (1906). *Op. cit.*, pp. 57-58; CALISSE, G (1888). *Diritto ecclesiastico e diritto longobardo*, Roma, p. 84.
- 62 PERTILE, A (1894). *Op. cit.*, pp. 254-255 que considera acentuado el carácter penal (véase además el volumen I, p. 500); NANI, G (1902). *Op. cit.*, p. 11; TAMASSIA, G (1886). *Op. cit.*, pp. 491-492; MASSUCCI, V (1886). *Op. cit.*, p. 435: “nosotros creemos que la teoría alemana de la presunción de muerte del susente no es ajena a lo dispuesto en la ley. Si acaso es de creer que Liutprando reproduciendo una vieja costumbre longobardica que después de un cierto número de años declara muerto al ausente, haya reducido el plazo a sólo tres años para atribuirle también un carácter de penalidad”. Véase también SCHUPFER, F (1913). *Op. cit.*, p. 8; pero también DONATI, B (1911). *Op. cit.*, p. 17.
- 63 Así CALISSE, G (1931-1932). *Lezioni di Storia del diritto italiano*, Regia Università di Napoli, pp. 194ss.
- 64 PERTILE, A (1894). *Op. cit.*, p. 255.

En definitiva, mientras que en el derecho romano no existe ninguna institucionalidad jurídica inherente a la presunción legal de muerte, y el magistrado determinará la *certeza de la muerte* sólo sobre la base de un convencimiento que resulta de pruebas, en el derecho alemán la institucionalidad existe en lo que se acepta como hecho probado de la circunstancia de muerte sólo porque hayan transcurrido los últimos tres años sin noticias. En otras palabras, para la mente romana se presume vivo al ausente hasta que se pruebe lo contrario; la legislación alemana hace partir la presunción de muerte por un plazo.

La legislación canónica heredera de la romana, adopta precisamente el principio de la *onus probandi* para que lo desaparecido se considere muerto sólo cuando sea dada una prueba segura.

CONCLUSIONES

La institucionalidad de *praesumptio* ajustada al canon de 1584, parte de un concepto que hace referencia a temas, conjeturas y especulaciones mediante las cuales se concluye y se consideran también otras pruebas, y es la "rei incertae probabilis coniectura"⁶⁵ por quien ha sido justamente señalado que *praesumptio id orientalis probabilis coniectura*, "inscrita, es decir, en el marco de un procedimiento lógico inductivo que permite llegar, por medio de hechos ciertos, a la prueba de otro hecho desconocido o controvertido"⁶⁶.

Los principios generales que rigen y caracterizan la *praesumptio* (o *probabilis coniectura*) son los siguientes⁶⁷:

- a. *Praesumptio no est indicium*. Este último es sólo *signum—unum vel plura* de donde *tamquam ex causa oritur praesumptio*⁶⁸;
- b. En sus orígenes se encuentra la antigua retórica en cuyo interior, basándose en la enseñanza aristotélica, las pruebas podían distinguirse en *atechnoi* y *entechnoi* o, como decía Quintiliano, en *inartificiales* y *artificiales*⁶⁹: las primeras (*atechnoi* o *inartificiales*) existentes de por sí misma y de cuyo orador en una causa no hace más que aprovecharla; las segundas (*entechnoi* o *artificiales*) basadas en operaciones lógicas mediante el conocido, y el probable, se intentaba conferir al desconocido el mayor grado de fiabilidad;⁷⁰

65 Sobre las presunciones véase SCAVO LOMBARDO, E (1986). "Presunzione. Diritto canonico", in: *E. D.*, XXXV, pp. 316-321.

66 Véase CORDOPATRI, F S.V. (1986). "Presunzione (teoria generale e diritto processuale civile)", in: *E.D.*, XXXV, pp. 274-304; KELLER, H (1934). "De usu praesumptionum in iure canonico," *Periodica*, n.º. 33, pp. 3-22; LABANDEIRA, E (1966). *Las presunciones en derecho canonico*, Pamplona; POMPEDDA, MF (1978). "De praesumptionum contra matrimonium valorem", *A. C.*, n.º. 2, pp. 33-41; GORDON, I (1983). *Novus processus nullitatis matrimonii*, Roma, pp. 32-33; SCAVO LOMBARDO, E (1986). *Op. cit.*, pp. 316-321; VITALE, A s.v. (1991). "Presunzioni (diritto canonico)", in: *EG*, XXIV, pp. 1-3.

67 Véase nuestro estudio "Diritto della Chiesa e diritto dello Stato nel divenire dell'atto processuale. Un approccio storico giuridico alle attuali prospettive", *Collana Studia et Documenta*, vol. V, Academia Historico—Iuridico—Theologica Petrus Tocánel, Ed. Serafica, la^o 2003, pp. 211-213; y y SERAFICA, L (2003): pp. 211-213.

68 Véase POMPEDDA, MF (1978). *Op. cit.*, p. 38.

69 *Institutio Oratoria*, 5, 1, 1: "Ac prima quidam illa partitio ab Aristotele tradita consensus fere omnium meruit, alias esse probationes quas extra dicendi rationem acciperet orator, alias quas ex causa traheret ipse et quodam modo gigneret; ideoque illas *atechnous*, id est inartificiales, has *entechnous* id est artificiales, vocaverunt".

70 Sobre todo el problema como proactivo de posiciones canonísticas, véase PALOMBI, R (1995). "Il valore delle «presunzioni», in: *AA.VV. I mezzi di prova nelle cause matrimoniali, secondo la giurisprudenza rotale*, LEV, pp. 93-113 en particular p. 94.

- c. Por esta distinción, como sabemos, se pasó a la legislación giustiniana que creó la distinción entre *praesumptio juris* y *praesumptio hominis*⁷¹;
- d. Es la Glossa bolognese que crea la *praesumptio juris puntual y iuris et de iure*, éstas últimas preclusivas a la posibilidad de suministrar la prueba en contrario, desconocida por los romanos;⁷²
- e. El antiguo código plan-benedettino aceptó esta distinción, hoy no más albergada desde el actual código;⁷³
- f. El actual código, haciendo la elección de una sola *praesumptio* (la *juris única e irrepitible*), l'aplica al canon 1060 (*favor juris*, para que *en dubio standum est per validitate matrimonii nisi contrarium probetur*) y al canon 1101 (presunción de conformidad entre las palabras y lo interno del querer en la manifestación del consenso)⁷⁴;
- g. Intervienen luego las *presumptiones hominis* heredadas de la distinción, toda giustiniana, que se incorporará desde la actual doctrina y jurisprudencia canónica, fijadas en *Laevius, gravis y gravissima* (vehemens)⁷⁵.

71 Véase REGGI, R s.v. (1986). "Presunzione (diritto romano)", *E. d. D.*, XXXV, pp. 255-260. Todavía poco conocido es el estudio de FERRINI, C (1929). "Sulle presunzioni", in: *Opere*, vol. III, Hoepli, Milán, pp. 417 y quien recuerda como "en el derecho aparece en su completa integridad lo que es la *praesumptio juris*. El derecho las encuentra natural que se determine por ley invertir del orden de prueba, que la ley imponga considerar como probado lo que no es; tan natural, que, como dijimos, las interpolaciones demuestran que los compiladores veían un obrar de presunción allá donde se trataba del proceso ordinario del sistema probatorio y aplicación de las normas generales. Y son muchísimos los casos de interpolación. No se entiende por otra parte que el derecho las haya creado buena parte del concepto de presunción, desconocido a los clásicos. El concepto se desarrolló y acabó estableciendo evidentemente las escuelas; allí los textos recibieron poco a poco la interpretación respectiva, la tendencia a simplificar las categorías y imperfecta consideración del negocio jurídico". La tesis del Ferrini encuentra un defensor en ARANGIO RUIZ, V (1927). *Op. cit.*, p. 140, que considera como la *praesumptio* en el significado técnico de la palabra debe considerarse introducida en el derecho postclásico. Al contrario SCIALOJA, V (1936). *Procedimiento civil romana. Teoría de las presunciones*, Roma, pp. 290-295, considera que en el derecho romano clásico existen, sin ninguna posibilidad de duda, de las presunciones "hominis"; pero en él se encuentran también las definiciones, en el que se pueda ver el concepto de *praesumptiones juris única e irrepitible*, aunque no sea este mismo utilizado por los clásicos e introducido por los giustiniani. Admite en cambio la existencia de las presunciones también en el derecho clásico, DE CRESCENZO (1869). *Sistema del diritto civile romano*, vol. I, Nápoles, p. 250. Sobre la distinción entre *praesumptio juris* y *hominis*, véase FLATTEN, H (1960). "Qua libertate iudex ecclesiasticus probationes appretiare possit et debet", *Apollinaris*, n.º 33, p. ss.; ARROBA CONDE, M (1996). *Diritto processuale Canonico*, III ed., Roma, p. 427.

72 Véase CAMPITELLI, A s.v. (1986). "Presunzione (diritto intermedio)", *E. d. D.*, XXXV, pp. 260-264 que explica acerca de los estudios de ALCIATO (1564). *De praesumptiones tractatus*, Venetiis; y MENOCHIO (1587). *De praesumptiones, coniecturis, signis et indicis*, Venetiis. Véase también WERNZ, FX (1914). *Ius decretalium*, t. V: *De iudiciis ecclesiasticis*, l. 1, Praderas, pp. 492-499, n.º 652-660.

73 Véase VITALE, s.v A (1991). *Op. cit.*; KELLER, H (1934). *Op. cit.*; LABANDEIRA, E (1966). *Op. cit.*; POMPEDDA, MF (1978). "De usu praesumptionum contra valorem matrimonii", *L'année canonique*, N.º 22, pp. 33-41; ABBO, IA (1970). "Quaestiones quaedam circa probationes in causis matrimonialibus", *Periodica*, n.º 59, pp. 3-20; GARCÍA FAILDE, JJ (1969). "Prueba presuntiva en los procesos rotales de nulidad matrimonial por simulación total o parcial", *Revista española de derecho canónico*, n.º 24, pp. 727-752.

74 Véase COLANTORIO, R (1990). "Valore della presunzione del canone 1101 § 1 del CIC2, in: AA.VV. *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, LEV, XXII, 1990, pp. 13-44. Véase además, GORDON, I (1983). *Op. cit.*, pp. 32-33; VITALE, A s.v. (1991). *Op. cit.*, pp. 1-3; SCAVO LOMBARDO, E (1986). *Op. cit.*, pp. 316-321.

75 Véase PALOMBI, R (1995). "Il valore delle praesumptiones", in: AA.VV. *I mezzi di prova nelle cause matrimoniali, secondo la giurisprudenza rotale*, LEV, pp. 98-100. Véase también BIANCHI, P (1997). "Le prove: a) dichiarazione delle parti; b) presunzioni; c) perizie", in: AA.VV. *I giudizi della Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale*, elaborado por el Grupo Docente Italiano de Derecho Canónico, XXIV Encuentro de Estudio, Villa Luzzago – Ponte di Legno (BS), 30 junio – 4 julio, Milán, p. 90 ss.

EL DECRETUM GRATIANI**PREMISA**

El problema de las segundas bodas del cónyuge del ausente se configura desde el principio en Derecho canónico que más de foro interior que de foro externo o, si se quiere, que problematiza en mucho la licencia que otorga validez del segundo matrimonio. Desde el punto de vista del foro externo y de la validez, las segundas bodas del cónyuge del ausente son derecho divino válidas o nulas en función de que otro cónyuge esté aún vivo o ya muerto y la Iglesia no tiene otro poder que el de tomar el acto con un pronunciamiento declaratorio.

Es por lo tanto bajo el perfil del foro interior y la licencia de estas segundas bodas que da forma al problema, el cual se concreta en la cuestión de que si comete o no pecado el cónyuge del ausente en realizar a nuevas bodas y si su segundo matrimonio es lícito o ilícito en ausencia de una certeza material de la muerte del primer cónyuge.

A partir de estas bases los primeros canonistas plantean el criterio discriminativo de la mera *scientia* o *ignorantia* subjetiva del cónyuge del ausente respecto de la muerte de éste; los decretos en su *certitudo moralis*, siempre subjetiva; los decretos canónicos y la doctrina actual en la *certitudo moralis* de la autoridad eclesiástica.

EL DECRETUM Y LA DÓCTRINA DE LOS DERECHOS

Son dos los pasos del *Decretum* que atraen la atención y que incluyen dos cartas pontificias, las cuales en orden cronológico resultan ser la primera del Papa Inocencio I dirigido a Probo, de dudosa fecha⁷⁶; la segunda del Papa Leone I destinada al Obispo de Aquileia y de fecha del 458⁷⁷. Sobre la primera, el pontífice Inocencio I se centra en la vuelta de la prisión del marido estableciendo la ilegitimidad del segundo matrimonio y la reincorporación del primero. También Leone I reitera el mismo principio respondiendo a preguntas que atemperan las segundas bodas de esposas que, teniendo a su marido vivo aunque *captivus* (se refiere a la bajada de Attila que había hecho muchos prisioneros), han considerado que éstos no habrían podido regresar: “quia nouimus scriptum, quod a Domino iungitur mulier uiro, et iterum agnouimus preceptum, ut quod Dominus iunxit homo non separet, necesse est, ut legitimarum federa nuptiarum redintegrandam credamus”⁷⁸. Además, poco después:

sin autem aliquae mulieres ita posteriorum uirorum amore sunt captae, ut maluerint his coherere, quam ad legitimum transire consortium, merito sunt notandae, ita ut ecclesiastica communione priuentur, que de re excusabili contaminationem criminis elegerunt, ostendentes, sibimet pro sua incontinentia placuisse quod iusta remissio poterat expiare. Redeant ergo in suum sta-

76 Véase *Regesta Pontificum Romanorum*, Ed. Jaffé, Berlino 1851, n.º 110. Véase *Decreti pars secunda, causa XXXIV*, q. 1-2, c. 2: “Cum in captiuitate Ursa mulier teneretur, aliud coniugium cum Restituta Fontanum comisisse cognouimus. Sed fauore Domini reuersa Ursa nos adiit, et nullo diffidente uxorem se esse memorati perdocuit. Qua de re, fili karissime merito illustris, statuimus, fide catholica suffragante, coniugium illud esse, quod erat gratia diuina primitus fundatum, conuentumque secundae mulieris, priore superstite nec diuortio eiecta, nullo pacto esse legitimum”.

77 *Ibid.*, *Decreti pars secunda, causa XXXIV*, q. 1-2, c. 1: “Cum per bellicam cladem, et per grauissimos hostilitatis incursus ita quedam dicatis diuisa esse coniugia, ut, abduci in captiuitatem uiris, feminae eorum remanserint destitutae, que uiros proprios interemptos putarent, aut ab iniqua dominatione numquam crederent liberandos, et in aliorum coniugium sollicitudine cogente transierunt; cumque, statu rerum auxiliante Domino in meliora conuerso, nonnulli eorum, qui putabantur perisse, remearunt: merito karitas tua uidetur ambigere, quid de mulieribus, que aliis sunt iunctae uiris, a nobis debeat ordinari”.

78 *Ibidem*.

tum uoluntaria redintegratione coniugia, neque ullo modo ad opprobrium malae uoluntatis trahatur quod condicio necessitatis extorsit, quia, sicut hae mulieres, que reuerti ad uiros suos noluerint, inopiae sunt habendae: ita illae que in affectum ex Deo initum redeunt, merito sunt laudandae⁷⁹.

Graziano está de acuerdo con las enseñanzas de los pontífices y los utiliza para responder a las preguntas que se plantea, o “an sit rea adulterii, as uiuente uiro su altere nupsit?”, pero también “an redeunte primer sit cogenda rescindir a arreglo, et redire a primum?”⁸⁰. En efecto, afirma que “utraque este terminatur auctoritate Leonis Papae”⁸¹, así como de Innocenzo I⁸². Por lo tanto la Glosa al c. 1º: “cum per bellicam cladem”, en este caso en el que las mujeres realizan nuevas bodas aun sabiendo que los maridos están vivos pero imposibilitados a volver por ser prisioneros de guerra, estatuye el principio de que si una mujer cree o sólo duda de que su marido esté vivo y contraiga segundas bodas, es adúltera. También hay que tener presente el hecho de que en el texto explícitamente ha dicho exento de culpa (“Nec tam culpabilis iudicetur”)⁸³, a quien, creyendo muerto al ausente, tomara el puesto.

La glosa “comisisse” al c. 2º, “cum in captiuitate”, distingue una vez más entre quien ha contraído “scienter” y quién “ignoranter” las segundas bodas, recordando que comete pecado sólo quien contrajo las segundas bodas sabiendo que el cónyuge está aún vivo. Es evidente en este punto que el criterio de la buena o mala fe de la Glosa tiene una relevancia más moral que jurídica e incluso resulta ser casi indiferente.

Antes de detenernos sobre la decretística, es necesario considerar que ya algunos teólogos habían tomado en consideración este caso. Entre éstos Ugo de San Vittore que se pregunta “an secunda copulatio sit coniugium adhuc uiventibus uiris prioribus, cum inde non habeatur manifesta auctoritas”⁸⁴. En caso de regreso del cónyuge superviviente, recuerda que “hoc tamen certum est, quod reddi debent uiris prioribus si ipsi redierint et ipsas habere uoluerint”⁸⁵.

El teólogo considera luego ilegítima la *secunda coniunctio* cuando el cónyuge desaparecido esté aún vivo, porque “si enim cum secundis uiris fierent talis conjunctiones legitimae, jam una mulier duos uiros legitimos haberet eodem tempore; unum quem uiveret sciret, alterum quem uivere ignoraret”⁸⁶. Cierto es que “non uidetur inter eos esse conjugium, sed culpa uenialis est quantum ad ignorantem, et criminalis quantum ad scientem”⁸⁷. De este modo intenta definir la cuestión desde el punto de vista ético-religioso.

Esta línea de conducta fue reproducida en forma idéntica por Pietro Lombardo en sus *Sententiae*⁸⁸.

79 *Ibidem*. Véase, entre otros, BENIGNI, U (1907). *Storia sociale della Chiesa*, vol. II, tomo II, Milán, pp. 104-105.

80 Véase “Decretos todas creación”, causa XXXIV, q. 1.

81 *Ibid.*, q. 1-2.

82 *Ibid.*, c. 2.

83 *Ibid.*, q. 1-2, c. 1.

84 Da SAN VITTORE, U *Summa Sententiarum*, tract. VII *De Sacramento coniugii*, cap. IX, in: MIGNE, JP: P.L., 176, p. 161.

85 *Ibidem*.

86 *Ibidem*.

87 *Ibid.*, p. 162.

88 LOMBARDO, P: *Sententiarum*, lib. IV, dist. 38, N° 5, in: MIGNE, JP: P.L., 192, p. 934.

Entre los decretistas, en cambio, pondrán de manifiesto sus reflexiones Rolando Bandinelli y Rufino, respecto a lo que sienten por la doctrina sobre la ausencia del cónyuge. El primero (que luego resultara Alejandro III), antes mencionado, lleva adelante la teoría del adulterio que comete la mujer que “altere nubit”⁸⁹ durante la ausencia del marido, incluso si da un paso adelante distinguiendo si el primer matrimonio haya sido consumado o no; en este último caso, “a secundo divertere non valet”. Este paso adelante está en perfecta consonancia con el pensamiento del futuro pontífice perteneciente a la doctrina de la Escuela bolognese en base a la cual el matrimonio era considerado imperfecto, no sacramento y disoluble si todavía no se ha consumado. Es una antinomia sólo aparente, por tanto, luego se resolverá en el desarrollo del pensamiento expresado por la autora una vez convertido Alejandro III⁹⁰.

El segundo autor, que fue Obispo de Asís, da un enfoque más preciso que el de Rolando llegando a resultados totalmente nuevos. Autor de la *Summa decretorum*, afirma el adulterio de la mujer que contrajo segundas bodas sólo en el caso de que ésta tenga por cierto, o sea consciente del hecho de que el cónyuge aún está vivo; pero “item se ignoraverit et violentis praesumptionibus fides sibi facta fuerit, poterit post annum sine peccatum alterum accipere”⁹¹. Y he aquí que la res nova consiste precisamente en el hecho de que la esposa se considera libre de realizar nuevas bodas dada la supuesta muerte del cónyuge desaparecido, en base a fuertes presunciones.

CONCLUSIONES

Por lo que hasta ahora hemos considerado se puede comprender que, por un lado, los pontífices no hacen otra cosa que reiterar el principio de la indisolubilidad del matrimonio sin extraer particulares aplicaciones prácticas. Por otro lado, sus tesis coinciden con lo que ya San Agustín, en *De adulterinis coniugiis*, 2º, 9º había afirmado, es ilícito permitir contraer segundas bodas al cónyuge superviviente (pero sabiendo que –aunque captivus – estaba aún en vida) sólo porque está imposibilitado a contenerse⁹².

Por otro lado, la decretística da un paso adelante tratando de mediar entre los principios del derecho de la Iglesia (que es una antonomia) y la necesidad de vida práctica. En esto, tanto Rufino como Rolando Bandinelli, suponen un progreso notable. Además, hay que considerar cómo hasta este momento falta cualquier referencia a la insritucionalidad jurídica de la declaración judicial de muerte como la conocemos nosotros hoy en el ordenamiento canónico; no hay duda de que desde los primeros siglos el derecho de la Iglesia ha estado siempre presente, como condición sine qua non para la realización segundas bodas, a partir de la certeza de la muerte del desaparecido. Pero ésta debe entenderse en sentido estricto y no de manera absoluta, así como se desprende del pensamiento de Rufino para quien –repetimos –basta la simple certeza de la muerte siempre seguida de una fuerte presunción (“violentis praesumptionibus”), que también podía ser totalmente equivocada.

89 En *Die summa Magistri Rolandi*, (Ed. THANER), Innsbruck 1874, causa XXXIV, p. 200: “quanto enim tempore vir eius vivit, alligata est lege viri, ergo si eo tempore alteri nubit, adulterio profecto committit”.

90 En ese problema, véase nuestro estudio *Dispensa super rato e non consumato: evoluzione storica e problematica giuridica*, Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche e Politico-Sociali, Univ. Cassino, vol IV, Editoriale Scientifica, Cassino 2011, pp. 36-39. Véase también SPINELLI, L (1943). *Op. cit.*, en nota de la p. 27.

91 Véase RUFINUS, M (1902). *Summa Decretorum*, (Ed. SINGER), Paderborn, ca. XXXIV, p. 507.

92 En CSEL, vol. 41, p. 392: “ed adtende, quam plura sint, ubi, si querellas incontinentium velimus admittere, necesse nobis erit adulteria facienda permittere. Quid? si enim aliquo diuturno et insanabili morbo corporis teneatur coniux, quo concubitus impeditur? Quid? Si captivitas vel vis aliqua separet, ita ut sciat vivere maritus uxorem, cuius sibi copia denegatur, censesne admittenda incontinentium murmura et permittenda adulteria?”.

Y no hay duda de que ya con Rufino comienza a constituirse una institucionalidad de *moralis certitudo* que, a diferencia de la doctrina posterior que le exigía por así decir ser “pública”, debido su autoridad popular, mantiene más que otra un carácter privado porque es, precisamente, lo propio del estado psicológico del cónyuge.