

# LA DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA EN EL DERECHO MATRIMONIAL CANÓNICO

HERNÁN CORRAL TALCIANI

## SUMARIO

**I • PRIMEROS ANTECEDENTES.** 1. Tempranos pronunciamientos sobre la ausencia del cónyuge. Las Cartas Pontificias de Inocencio I y de León I. 2. Las reflexiones teológico-jurídicas. 3. Las Decretales *Dominus e In praesentia*. 4. El desarrollo de la antigua canonística. 5. La confirmación del Concilio de Trento. 6. La legislación postridentina. **II • LA DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA EN EL CODEX DE 1983.** 1. Indisolubilidad matrimonial y muerte presunta. 2. El canon 1707 del Código y el concepto de muerte presunta de la legislación canónica. 3. La muerte presunta como procedimiento subsidiario. 4. Procedencia de la declaración de muerte presunta: juicio de certeza moral. 5. Elementos probatorios recomendados. **III • EFECTOS DE LA REAPARICIÓN DEL REPUTADO FALLECIDO.** 1. Restablecimiento del primer matrimonio y nulidad del segundo. 2. Necesidad de declaración de la nulidad del segundo matrimonio. 3. Efectos de la nulidad declarada. **IV • PRUEBA DE LA MUERTE REAL DEL DESAPARECIDO. POSIBILIDAD DE CONVALIDACIÓN DEL SEGUNDO MATRIMONIO.**

## I. PRIMEROS ANTECEDENTES

### 1. *Tempranos pronunciamientos sobre la ausencia del cónyuge. Las Cartas Pontificias de Inocencio I y de León I*

En el siglo V comienza la reacción oficial de la Iglesia en favor de la aplicación del principio de la indisolubilidad del matrimonio como restricción a los efectos disolutorios en caso de ausencia de un cónyuge. Dos decretales pontificias, una de Inocencio I (402-417), cuya fecha nos es desconocida, y otra de León I (440-461) que data del 458, son los primeros textos oficiales, en los que se enfrenta el problema.

En la decretal de Inocencio I se resuelve el caso de un cónyuge prisionero cuya mujer había contraído nuevas nupcias. El Papa declara ile-

gítimo el segundo matrimonio contraído por la mujer en consideración al posible retorno del cautivo, y establece que el primer matrimonio sea reintegrado<sup>1</sup>.

En la segunda carta, León I responde al Obispo de Aquileia, que le había planteado dos casos: primero el de la mujer de un cautivo que había creído muerto a su marido y contraído nuevas nupcias y segundo el de la mujer que había celebrado nuevo matrimonio sabiendo que su marido cautivo se encontraba vivo, pero creyendo que no sería nunca liberado. El Papa no distingue y responde, fundándose en el texto evangélico (Mat. 19,6) que en ambos casos subsiste el primer matrimonio<sup>2</sup>.

1. El texto recogido en el Corpus Iuris Canonici es del siguiente tenor: «Cum in captivitate Ursa mulier teneretur, aliud coniugium cum Restituta Fontanum commisisse cognovimus. Sed favore Domini reversa 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 divina primitus fundatum, conventumque secundae mulieris, priore superstite nec divortio eiecta, nullo pacto esse legitimum» (c. 2, C. XXXIV, q. 1-2; Corpus Iuris Canonici, edic. de E. Fiedberg, 1959, t. I, col. 1257-1258).

2. Dice el texto: «Cum per bellicam cladem, et per gravissimos hostilitatis incursus ita quedam dicatis divisa esse coniugia, ut, abductis in captivitatem viris, feminae eorum remanserint destitutae, que viros propios interemptos putarent, aut ab iniqua dominatione numquam crederent liberandos, et in aliorum coniugium sollicitudine cogente transierunt; cumque, statu rerum auxiliante Domino in meliora converso, nonnulli eorum, qui putabantur periisse, remearunt: merito karitas tua videtur ambigere, quid de mulieribus, que aliis sunt iunctae viris, a nobis debeat ordinari. Sed quia novimus scriptum, quod a Domino iungitur mulier vivo, et iterum agnovimus preceptum, ut quod Dominus iunxit, homo non separet, necesse est, ut legitimarum federa nuptiarum redintegranda credamus, et remotis his, que hostilitas intulit, unicuique id, quod legitime intulit, reformetur, omnique studio procurandum est, ut recipiat unusquisque quod proprium est. § 1. Nec tamen culpabilis iudicetur et tamquam alieni iuris pervasor habeatur, qui personam eius mariti, qui iam non esse estimabatur, assumpsit. Sic enim multa, que ad eos, qui in captivitatem ducti sunt, pertinebat, in ius alienum transire potuerunt, et tamen plenae iusticiae est, ut eisdem reversis propria reformentur. Quod si in mancipiis, vel in agris, aut etiam in domibus, ac possessionibus recte servatur, quanto magis in coniugatorum redintegratione faciendum est? ut quod clade bellica turbatum est pacis remedio reformetur? Et ideo, si viri post longam captivitatem reversi ita in dilectione suarum coniugum perseverant, ut eas cupiant redire in suum consortium omitendum est, et inculpabile iudicandum est, quod necessitas intulit, et restituendum, quod fides poscit. Et infra [c. 4]: § 2. Sin autem aliquae mulieres ita posteriorum virorum amore sunt captae, ut maluerint his coherere, quam ad legitimum transire consortium, merito sunt notandae, ita ut ecclesiastica communione priventur, que de re excusabili contaminationem criminis elegerunt, ostendentes, sibimet pro sua incontinetia placuisse quod iusta remissio poterat expiare. Redeant ergo in suum statum voluntaria redintegratione coniugia, neque ullo modo ad opprobrium malae voluntatis trahatur quod condicio necessitatis extorsit, quia, sicut haec mulieres, que reverti ad viros suos noluerint, impiae sunt habendae: ita illae que in affectum ex Deo initum redeunt, merito sunt laudandae» (c.1, C. XXXIV, q. 1-2, Corpus Iuris Canonici..., cit., Ed. Friedberg, I, col. 1256-1257).

Estas dos decretales pasaron a tener validez general al ser incorporadas al Decreto de Graciano (c.2, C. XXXIV, q. 1-2 y c. 1, C. XXXIV, q. 1-2, respectivamente) y los textos del Decreto a que dieron lugar, fueron la base sobre la que se apoyaría posteriormente la doctrina de los decretistas.

## 2. *Las reflexiones teológico-jurídicas*

Los maestros clásicos en los que se edifica la doctrina teológica y jurídica del matrimonio católico, Hugo de San Víctor<sup>3</sup>, y Pedro Lombardo<sup>4</sup>, defendieron la indisolubilidad del matrimonio en caso de ausencia, pero parecen sugerir que en caso de retorno sólo procedería la reintegración del primer matrimonio si así lo quisiera el reaparecido.

Los decretistas se referirán con más amplitud al tema. Rolando Bandinella, acogiendo la tesis de la escuela de Bolonia, donde enseñaba, dirá que en caso de retorno del desaparecido, el primer matrimonio sólo debe ser reintegrado si fue consumado<sup>5</sup>.

Un significativo avance de la doctrina canónica lo proporciona Rufino, maestro en París y Obispo de Asís. Tratando del problema del pecado de adulterio considera que si la mujer piensa que el marido ha fallecido y su juicio se apoya en *violentis praesumptionibus*, habiendo esperado un año, podría casarse sin peligro de cometer adulterio<sup>6</sup>.

## 3. *Las Decretales «Dominus» e «In praesentia»*

Dos decretales: una de Lucio III (1181-1185), cuya fecha es incierta, denominada *Dominus*, y otra dictada por Clemente III, en

3. HUGO DE SAN VÍCTOR, *Summa sententiarum*, tract. 7, *De Sacramento coniugii*, cap. IX, en P.L., edic. Migne, J.P., t. 176, col. 161-162.

4. PEDRO LOMBARDO, *Sententiarum*, lib. IV, dist. 38, n. 5, en P.L., edic. MIGNE, t. 192, col. 934.

5. *Summa Magistri Rolandi*, edic. F. Thaner, Innsbruck, 1874, reimp. 1962, causa XXXIV, p. 200. No se trata de una excepción a la indisolubilidad, pues, según la tesis boloñesa, el matrimonio no consumado estaba iniciado pero no era todavía perfecto. Sin embargo, el mismo Rolando, declaró, por el contrario, que el matrimonio rato y no consumado es verdadero matrimonio.

6. MAGISTER RUFINUS, *Summa Decretorum*, edic. H. Singer, Paderborn, 1902, reimp. 1963, causa XXXIV, pp. 507-508.

1188, para responder al Obispo de Zaragoza, que toma el nombre de *In praesentia*, fijarán con mayor detalle la doctrina pontificia sobre los efectos de la ausencia en el matrimonio.

La Decretal *Dominus* de forma terminante prohíbe las segundas nupcias mientras no conste con certeza («donec ei firma certitudine constet»), que el cónyuge ha fallecido. Se preocupa, además, de la situación del que, vuelto a casar, permanece en duda sobre si su anterior marido o mujer ha realmente muerto, e instaura una solución que se hará tradicional en el Derecho canónico posterior: el que duda no puede exigir el débito conyugal, pero sí prestarlo cuando lo requiera el otro cónyuge que está de buena fe. Concluye la Decretal confirmando el principio de la nulidad del segundo matrimonio y la necesidad de reintegración del primero en caso de reaparición del que se creía fallecido<sup>7</sup>.

La Decretal *In praesentia* versa sobre el caso de varias mujeres que, después de esperar el retorno de sus maridos por siete años, deseaban contraer nuevo matrimonio. Clemente III basa su respuesta en la palabra de San Pablo (I Cor 7, 39), y no admite que pueda presumirse la muerte transcurrido ningún plazo de ausencia. Prohíbe claramente al cónyuge presente pasar a nuevas nupcias mientras no se consiga la certeza, «donec certum nuncium», de la muerte del cónyuge ausente<sup>8</sup>.

7. El texto completo es del siguiente tenor: «Dominus ac redemptor noster: Sane, super matrimoniis, quae quidam ex vobis nomdum habita obeuntis coniugis certitudine contraxerunt, id vobis auctoritate apostolica respondemus, ut nullus ex vobis amodo ad secundas nuptias migrare praesumat, donec ei firma certitudine constet, quod ab hac vita migraverit coniux eius. Si vero aliquis vel aliqua id hactenus non servavit, et de morte prioris coniugis adhuc sibi existimat dubitandum: ei, quae sibi nupsit, debitum non deneget postulanti, quod a se tamen noverit nullatenus exigendum. Quodsi post hoc de prioris coniugis vita constiterit, relictis adulterinis illicitisque complexibus ad priorem sine dubio coniugem revertatur» (*Decretales Gregorio IX*, 4, 21, 2, *Corpus Iuris Canonici*, ed. Friedberg, t. II, col. 730). En la versión medieval española de las Decretales, puede leerse así la norma: «Lucio III: a todos los christianos que son en prision de moros. Dominus Dize aqu que ninguno non case a otra parte fasta que sea certero que es muerta su mujer. Essi alguno o alguna casso, e a dubda ssi la primera muger o el primer marido es muerto o non, el non deve demandar debdo a aquella (muger con) qui caso, mas si ella solo demandare deve selo dar. Mas si despues sopiere que la primera es biva, deve daxar la segunda e tomar a la primera» (ed. J.M. Mans Puigarnau, *Decretales de Gregorio IX*, Barcelona, 1940-1942, III, p. 87, citado por CORONAS, S., «La ausencia en el Derecho histórico español», en *AHDR*, 1983, p. 31, nt. 86).

8. Dice el texto: «In praesentia nostra positus a nobis quaesivisti, quid agendum tibi sit de quibusdam mulieribus in tua dioecesi constitutis, quae, quum viros suos causa captivitatis vel peregrinationis absentes iam ultra septenium praestolatae fuerint, nec certificari possunt de vita vel de morte ipsorum, lice super hoc sollicitudinem adhibuerint diligentem, et

Estos textos autorizados vinieron a precisar con más detalle la doctrina de la Iglesia en la materia. Quedó claro que la reintegración del primer matrimonio en caso de retorno del ausente no depende de la voluntad de éste, sino que es automática. Además, se perfiló mejor la condición para permitir el tránsito a las segundas nupcias; se trata de exigir no una seguridad psicológica del cónyuge presente, sino un juicio objetivo de certeza moral: «firma certitudine» (Decretal *Dominus*); «certum nuncium» (Decretal *In praesentia*).

Aunque versando sobre situaciones de hecho no totalmente coincidentes, ambas decretales son coherentes en su doctrina y constituyen el acerbo magisterial sobre los cuales trabajará la canonística posterior para sistematizar la doctrina en la materia<sup>9</sup>.

#### 4. *El desarrollo de la antigua canonística*

Las decretales de Lucio III y Clemente III, incorporadas al cuerpo de las Decretales de Gregorio IX, van a ser objeto de varias glosas que precisan aún más la regulación canónica sobre la materia. La glosa a la decretal *Dominus* considera que el segundo matrimonio no ha existido si se

pro iuvenii aetate seu fragilitate carne nequeunt continere, petentes aliis matrimonio copulari. Quum autem dicat Apostolus: 'Mulier tam diu alligata est viro, quam diu vir eius vivit'. Consultatione tuae taliter respondemus quod, quantocumque annorum numero ita remaneant, viventibus viris suis non possunt ad aliorum consortium canonicè convolare, nec tu eas auctoritate ecclesiae permittas contrahere, donec certum nuncium recipiant de morte viro- rum» (Decretales Gregorio IX, 4.1.19, en *Corpus Iuris Canonici...* cit., ed. Friedberg, t. II, col. 668). En la versión medieval española, se lee: «In presencia. Dize aquí que si los maridos son presos o se van en romería, e las mugeres los esperan, VII annos o mas, non pueden casar con otro, nin la iglesia les deve dar licentia fasta que sean certeras de sus maridos que son muertos» (ed. Mans, III, p. 14, citado por S. CORONAS GONZÁLEZ, *La ausencia en el Derecho histórico español*, en AHDE, 1983, pp. 289-328).

9. En contra de la tesis de PIO FEDELE, «Il matrimonio dello scomparso», en *Rivista di Diritto Civile*, 1936, p. 178, que veía una antinomia entre la prohibición de pasar a nuevas nupcias de la Decretal *In praesentia*, con la orden de reintegración del primer matrimonio contenida en la Decretal *Dominus*, sostiene L. SPINELLI, *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Ed. italiana, Roma, 1943, p. 37, que «las disposiciones de estas dos decretales no son contrastantes entre sí, sino que tienden igualmente a tutelar un mismo principio, que es la indisolubilidad del vínculo. Sólo es de notar que, mientras la decretal de Clemente III defiende la perennidad del vínculo matrimonial y no agrega más, la decretal de Lucio III, en cambio, después de haber reafirmado el mismo principio, coloca la atención en un caso, que puede naturalmente suceder toda vez que el cónyuge presente no respeta la prohibición de contraer nuevas nupcias».

demuestra que el desaparecido vive<sup>10</sup>, pero determina que mientras permanece la duda ha de estarse en favor de la validez del segundo matrimonio<sup>11</sup>. La glosa a la Decretal *In praesentia* reafirma la prohibición de pasar a nuevas nupcias por larga que sea la ausencia, pero relaja un tanto la exigencia de la certeza de la muerte permitiendo su acreditación mediante presunciones<sup>12</sup>. La glosa a la Decretal *In praesentia* dispone que para lograr la prueba de la muerte, no puede prescindirse de la debida búsqueda del cónyuge ausente en el lugar donde éste presumiblemente se encontraba<sup>13</sup>.

Los decretalistas, concentran sus esfuerzos en precisar los medios que pueden posibilitar un juicio de certeza moral sobre la muerte. Así, Enrique de Susa, sostiene que podría presumirse la muerte si se cuenta con la declaración de al menos un testigo<sup>14</sup>.

Se discute si debe exigirse el mismo grado de certeza para pasar a nuevas nupcias que para considerar inválido un vínculo ya contraído. Alguno, como Antonio de Butrio, exige plena prueba para otorgar la licencia de la autoridad eclesiástica; en cambio, para la calificación de la validez de las nuevas nupcias contraídas sin la licencia previa de la autoridad, piensa que es sólo exigible una «*verisimilis praesumptio*»<sup>15</sup>. El Panormitano, Nicolás de Tudeschi, rebate esta distinción. Después de exponer que hay que exigir una prueba completa termina señalando que es necesario dejar la decisión última al arbitrio del juez<sup>16</sup>.

10. Glosa *Adulterinis* al c. *Dominus* (Dec. 4.21.2): «... non fuit matrimonium ab initio in veritate; sed nunc primo declaratur matrimonium non fuisse» (en *Decretales Gregorii Papae IX*, Sumptibus Horatii Cardon, Lugduni, 1613, p. 1571).

11. Glosa *Non denegat* al c. *Dominus* (Dec. 4.21.2) en *Decretales Gregorii...*, cit., p. 1571.

12. Glosa *Viris* al c. *In praesentia* (Dec. 4.1.19), en *Decretales Gregorii...*, cit., p. 1434. La expresión «*verisimiliter praesumitur*» utilizada en el texto sugiere un retorno a la idea de Rufino y los decretistas, pero puede también deberse a que la glosa se refiere al campo moral y a la excusa de la mujer del delito del adulterio (cfr. SPINELLI, L., *La presunzione...*, cit., pp. 41-42).

13. Glosa *Donec certum nuncium* al c. *In praesentia* (Dec. 4.1.17) en *Decretales Gregorii...*, cit., p. 1434. También la glosa *Perdocuit* al c. *Quem in captivitate*, c. 2, C. XXXIV, q. 1-2, en *Decretum Gratiani*, Sumptibus Horatii Cardon, Lugduni, 1613, p. 1830, dice que no basta ni la confesión de parte interesada ni la fama: «*immo nec confessio ipsorum, nec fama sufficit*».

14. *In quartum decretalium librum commentaria*, Venetiis, 1581, reimp. Torino, 1965, c. *In praesentia* (cap. XIX), *De sponsalibus et matrimoniis*, fol. 6.

15. ANTONIO A BUTRIO, *In librum quartum decretalium commentaria*, Venetiis, 1578, c. *In praesentia* (cap. XIX), *De sponsalibus et matrimoniis*, fol. 9 y 10, n. 7.

16. ABAD PANORMITANO, *Commentarius in quartum Decretalium librum*, Venetiis, 1582, reimp. Bottega d'Erasmus, Torino, 1967, c. *In praesentia* (cap. XIX), *De sponsalibus et matri-*

A finales del siglo XV, los canonistas están concordes en entregar al prudente juicio de la autoridad eclesiástica la decisión de si un cónyuge desaparecido puede considerarse fallecido<sup>17</sup>. Además, adquiere firmeza la opinión de que la autoridad competente para conceder o denegar la licencia de pasar a nuevas nupcias no es el párroco, sino el Obispo<sup>18</sup>. Ambos criterios encontrarían consagración después del Concilio de Trento.

### 5. *La confirmación del Concilio de Trento*

El Concilio de Trento se vio en la necesidad de volver sobre el tema de la ausencia del cónyuge, para refutar las tesis calvinistas que la consideraban causa de divorcio. La declaración dogmática se hizo en el canon V, del documento *De Sacramento Matrimonii*, de la siguiente manera: «Si quis dixerit, propter haeresim, aut molestam cohabitacionem, aut affectatam absentiam a coniuge dissolvi posse matrimonii vinculum: anathema sit»<sup>19</sup>.

El Concilio trajo una novedad para el tema del tránsito a nuevas nupcias, pero de manera indirecta. Ella derivó de la prohibición de los matrimonios clandestinos. Después de Trento la licencia de la autoridad eclesiástica, en caso de desaparición del cónyuge, se hace necesaria siempre para pasar a nuevas nupcias<sup>20</sup>.

Los canonistas posteriores no prestaron demasiada atención al texto del Concilio, y siguieron atendiendo a los textos del *Corpus Iuris Canonici* y sobre todo a precisar los criterios para configurar la certeza de la muerte que ellos exigen para autorizar las nuevas nupcias.

Sánchez sostiene que no basta una certeza probable, sino que es necesaria una certeza moral<sup>21</sup>. Sobre los medios para lograrla, acepta la

moniis, fol 8, n. 6. Es curioso que el Panormitano mencione el plazo de cien años para presumir la vida: «... Quia non praesumitur mortuum licet habitu diligentem inquisitionem ignoretur ubi sit, nam praesumitur quis vivere posse per centum annos» (fol 8, n.º 3).

17. Cfr. SPINELLI, L., *La presunzione...*, cit., p. 50.

18. Cfr. MAS Y CALVER, R., *Nuevo matrimonio del cónyuge del ausente*, tesis doctoral inédita, Universidad de Navarra, Pamplona, 1978, p. 99.

19. *Sacrorum Conciliorum*, edic. Mansi, J., 1902, reimp. Graz, 1961, t. XXIII, col. 150.

20. MAS Y CALVER, R., *ob. cit.*, pp. 122-123.

21. SÁNCHEZ, T., *De sancto matrimonii sacramento disputatorium*, Venetiis, 1737, lib. II, disp. XLVI, n.º 12, t. I, p. 150.

deposición de un testigo pero sólo en caso de que el cónyuge estuviera ausente en un lugar remoto de modo que no pudiera obtenerse otra prueba de la muerte<sup>22</sup>. También admite la pública fama, pero sólo cuando concurren presunciones o conjeturas fortísimas<sup>23</sup>. Lo propio afirma el canonista alemán Reiffenstuel, señalando que no basta la duda ni la opinión probable de la muerte<sup>24</sup>. Considera como medios de prueba los libros parroquiales, documentos auténticos, el testimonio de dos testigos o incluso pruebas conjeturales e indiciarias, unidas a un testigo de vista, a la fama o a testigos de oídas<sup>25</sup>.

La doctrina terminará también afirmando que no hay distinciones del grado de certeza, según la forma de contraer el matrimonio. Schmalzgrueber rechazará la distinción entre matrimonio contraído *auctoritate propria* y matrimonio contraído *auctoritate Ecclesiae*, que otro autor había vuelto a defender para exigir sólo un juicio de probabilidad<sup>26</sup>. Para Schmalzgrueber en cualquier caso debe requerirse certeza moral<sup>27</sup>.

No obstante, los canonistas postulan que si el segundo matrimonio ha sido ya celebrado, y luego se originan dudas sobre la realidad de la muerte del primer cónyuge, no puede exigirse el débito conyugal sin que se aclare dicha duda. Sánchez indicará, sin embargo, que para aclarar la duda basta que los nuevos cónyuges hayan hecho una búsqueda diligente para obtener noticias seguras respecto de la muerte del desaparecido sin resultado<sup>28</sup>. Schmalzgrueber sigue esta doctrina, afirmando que la duda que hace inexigible el débito conyugal ha de ser fundada y no ligera<sup>29</sup>.

Esta doctrina constituirá el fondo sobre el cual se dictará una legislación postridentina sobre la prueba de la muerte del cónyuge ausente.

22. SÁNCHEZ, T., *ibídem*.

23. SÁNCHEZ, T., *ob. cit.*, lib. II, disp. XLVI, n° 15, t. I, p. 150.

24. REIFFENSTUEL, A., *Ius canonicum universum*, Sumptibus Societas Antuerpiae, 1755, lib. IV, tít. XXI, § 1, n° 7, p. 154.

25. REIFFENSTUEL, A., *ob. cit.*, § 1, ns. 8-18.

26. PIRHING, E., *Ius canonicum*, Venetiis, 1678, lib. IV, tít. I, sec. V, § 2, n° 135, t. IV, fol. 38.

27. SCHMALZGRUEBER, F., *Ius ecclesiasticum universum*, Romae, 1845, reimp. s. f., lib. IV, pars. IV, tít. XXI, § 1, n° 19 y ss., t. IX, p. 488.

28. SÁNCHEZ, T., *ob. cit.*, lib. II, disp. XLII, n° 46 y 47, t. I, p. 141.

29. SCHMALZGRUEBER, F., *ob. cit.*, lib. IV, pars. IV, tít. XXI, § 1, ns. 25-29, t. IX, p. 488.

## 6. La legislación postridentina

Después del Concilio de Trento, la Santa Sede dictó un buen número de normas sobre la manera de probar la defunción de los cónyuges, a fin de evitar así casos de bigamia o poligamia. La regulación toma la forma de Instrucciones emanadas generalmente de la Sagrada Congregación del Santo Oficio, que dan respuesta muchas veces a casos concretos consultados por las autoridades diocesanas. En 1658 y 1665, el Santo Oficio envía sendas instrucciones que pretenden dar criterios generales sobre la materia<sup>30</sup>.

Movido al parecer, por el escaso acatamiento de estas normas, Clemente X promulga, en 1670 para toda la Iglesia, la Instrucción *Cum alias*, en la que se reproducen las Instrucciones de 1658 y 1665, y se contienen reglas precisas para el examen de los testigos y la investigación de las circunstancias del desaparecido: edad, salud, conducta moral y familiar<sup>31</sup>. Ante la desatención que continúa existiendo, el Santo Oficio ordena publicar nuevamente esta Instrucción en 1827<sup>32</sup>. Entre tanto, el 22 de junio de 1822, se dicta la Instrucción *Ingentes bellorum clades*, por la cual se complementa la *Cum alias* y se establece que el juez puede alcanzar certeza reuniendo varias declaraciones individuales que, valoradas por separado, serían insuficientes<sup>33</sup>.

En 1868, al haber aumentado el número de las dudas y consultas efectuadas a la Santa Sede, el Santo Oficio da a luz una nueva Instrucción que pretende recopilar y sistematizar todas las normas existentes sobre el problema de la segundas nupcias del cónyuge ausente. Se trata de la Instrucción *Matrimonii vinculo* (13 de mayo de 1868), cuyo texto

30. En 1630 Urbano VIII ordenó a la S.C. del Santo Oficio enviar una instrucción a todos los Ordinarios para que cuiden la investigación de la libertad de los contrayentes (S.C.S. Oficio, 13 julio 1630, en GIRALDI, U., *Expositio iuris Pontificii*, Romae, 1830, lib. IV, tít. 1, sec. 656, t. II, p. 493). Dos Instrucciones de la S.C. del Santo Oficio, de 1658 y 1665, regulan la prueba de la muerte, disponiendo que, en caso de defunción en hospital, entierro en Iglesia o por militares, se exija la presentación de un documento auténtico del rector del hospital o de la Iglesia o del jefe de la unidad militar, sin perjuicio de otras pruebas que son admitidas por el derecho común (cfr. *Analecta Iuris Pontificii*, I, 1885, 832 y ss., *Questions de Mariage*, citado por MAS Y CALVET, R., *ob. cit.*, p. 159).

31. S.C.S. Oficio, 21 agosto 1670, *Acta Sanctae Sedis*, t. XXII (1889-1890), 628 y ss.

32. Cfr. MAS Y CALVET, R., *ob. cit.*, p. 161.

33. S.C.S. Oficio 12 junio 1822, en *Collectio Lacensis. Acta et decreta sacrorum Conciliorum recentiorum*, Suptibus Herder, Friburgi Brisgoviae, 1875, t. III, col. 557.

viene a reafirmar el principio de que la ausencia no basta para pasar a nuevas nupcias, y la necesidad del juicio de certeza moral sobre la muerte del desaparecido<sup>34</sup>.

Esta Instrucción fue considerada la norma definitiva, pues recopilaba toda la doctrina relativa a la institución de la declaración de muerte presunta en el derecho canónico<sup>35</sup>.

La posterior promulgación del Código de 1917 (que no se refirió expresamente a este problema), así como la del nuevo Código de 1983 (que reproduce sus líneas fundamentales), no han afectado el contenido de esta Instrucción de 1868, que continúa desplegando su vigencia hasta hoy.

## II. LA DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA EN EL CODEX DE 1983

### 1. *Indisolubilidad matrimonial y muerte presunta*

El Código de Derecho Canónico de 1983 ha sido mucho más explícito que el anterior en lo que se refiere a nuestro tema. Por una parte, el c. 1141 reconoce de manera solemne el principio de la indisolubilidad del matrimonio: «El matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa fuera de la muerte». Se concluye de aquí que si el que se supone viudo desea volver a casarse, tiene que hacer constar que nada se opone a la celebración válida y lícita del matrimonio (c. 1066). En concordancia con esto, el c. 1085.2 advierte que «aun cuando el matrimonio anterior sea nulo o haya sido disuelto por cualquier causa, no por eso es lícito contraer otro, antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del precedente».

Para venir en solución de los casos en los que sólo es posible llegar a una certeza moral de la muerte, el Código regula el «proceso sobre

34. S.C.S. Oficio, *Instructio ad probandum obitum alicuius coniugis*, 13 mayo 1868, Matrimonii vinculo, Acta Sanctae Sedis, VI, (1870), 436 y ss.

35. MAS Y CALVET, R., *ob. cit.*, p. 168. SPINELLI, L., *La presunzione...*, cit., p. 74, dice que «la instrucción Matrimonii vinculo constituye la base fundamental del instituto de la presunción de muerte en el derecho canónico». Cfr. también al mismo autor en voz «Morte presunta (dir. can.)», en *Enc. Dir.*, t. XXVII, p. 133.

la muerte presunta del cónyuge»: Cap. IV, título I (De los Procesos Matrimoniales), Parte III (De algunos procesos especiales), del libro VII (De los Procesos).

Existen buenas razones para defender como acertada esta ubicación sistemática, ya que la gestión sólo adquiere utilidad y sentido cuando se trata de contraer nuevas nupcias por el cónyuge presente, y por lo tanto estamos frente a un verdadero proceso matrimonial, aunque sea de modo indirecto<sup>36</sup>.

El capítulo consta de un solo canon, el 1707, que en tres párrafos contiene una síntesis aclaratoria de las normas sustantivas a la fecha vigentes, sin introducir nuevos elementos, como no sea la posibilidad del Obispo diocesano de optar entre el decreto gubernativo o la apertura de un proceso judicial.

## 2. *El canon 1707 del Código y el concepto de muerte presunta de la legislación canónica*

El canon 1707 se compone de tres párrafos que disponen lo que sigue. Dice el § 1: «cuando la muerte de un cónyuge no puede probarse por documento auténtico, eclesiástico o civil, el otro cónyuge no puede considerarse libre del vínculo matrimonial antes de que el Obispo diocesano haya emitido la declaración de muerte presunta».

El § 2 es del siguiente tenor: «El Obispo diocesano sólo puede emitir la declaración a que se refiere el § 1 cuando realizadas las investigaciones oportunas, por las declaraciones de testigos, por fama o por indicios, alcance certeza moral [moralem certitudinem] sobre la muerte del cónyuge. No basta el sólo hecho de la ausencia del cónyuge, aunque se prolongue por mucho tiempo».

Por fin, el § 3 dispone que «En los casos dudosos y complicados, el Obispo ha de consultar a la Sede Apostólica».

Como sostiene Fornés no existe, aunque la terminología del Código así parezca indicarlo, una verdadera presunción de muerte,

36. CARRERAS, J., «comentario al c. 1707», en *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Eunsa, 2ª edic., Pamplona, 1996, t. IV, vol. 2, pp. 2010-2011.

entendida a la manera de la ciencia jurídica secular, esto es, como un juicio de mera probabilidad de la muerte que, por razones de oportunidad, la misma ley equipara a la prueba de la muerte<sup>37</sup>.

Lo que el Código regula, en realidad, es la prueba de la muerte ante la desaparición del cadáver. De allí que no establezca plazos de espera y que, al revés, determine que no basta la ausencia por prologada que sea. Y, aunque es muy flexible en la admisión de los medios de prueba (testigos, indicios, fama), lo importante es la exigencia de que el juez «alcance la certeza moral sobre la muerte del cónyuge». Si se exige certeza sobre el acaecimiento de una muerte determinada, hemos pasado de la presunción de muerte por desaparición de una persona a la comprobación de la muerte ante la desaparición del cadáver (no muerte presunta, sino muerte cierta)<sup>38</sup>.

La norma del c. 1707 no es más que un complemento de la regla general de que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges (c. 1041). Nos viene a decir en qué forma puede considerarse acreditada esa defunción.

37. FORNÉS, J., en *Manual de Derecho Canónico*, Eunsa, Pamplona, 1988, p. 637. Cfr. también GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M., *Derecho canónico matrimonial (según el Código de 1983)*, Eunsa, 3ª edic., Pamplona, 1985, pp. 150-151, quien señala: «la presunción de muerte reviste un carácter peculiar en Derecho Canónico, que la separa de la llamada presunción de muerte propia de las legislaciones civiles». En *Nuevo Derecho canónico. Manual universitario dirigido por Lamberto Echeverría*, BAC, 2ª edic., Madrid, 1983, p. 355, se dice que «la razón de esta argumentación exigente, mayor que la requerida en algunas legislaciones civiles, se funda, probablemente, en el deseo de proteger la institución matrimonial y sus consecuencias para los propios cónyuges y la prole y en el deseo de evitar los inconvenientes que se producirían en caso de reaparición del cónyuge, pues, siguiendo la lógica de la indisolubilidad del matrimonio anterior resultaría nulo el nuevo contraído».

38. Sobre el concepto de certeza moral, para el ámbito canónico, es muy esclarecedor el discurso de Pío XII a la S. Rota Romana de 1 de octubre de 1942 (AAS, XXXVI, 1942, 338-343). El Papa en esta intervención alude a los aspectos positivo y negativo de la certeza moral; por el primero excluye toda duda razonable y se distingue de la cuasi-certeza; por el segundo deja subsistir la posibilidad del contrario y se diferencia así de la certeza absoluta. Sobre los contornos subjetivos y objetivos del juicio de certeza, puede verse a GIACCHI, O., «La certezza morale nella pronuncia del giudice ecclesiastico», en *Ius Populi Dei, Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, Universidad Gregoriana, Roma, 1972, pp. 605-620. Sobre la distinción entre certeza filosófica y certeza práctica, GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho procesal canónico. Estudio sistemático-analítico comparado*, Publicaciones U. Pontificia de Salamanca, 3ª edic., Salamanca, 1995, pp. 14-21 y 121-122, con una visión que puede ser criticable ya que, a nuestro juicio, tiende a neutralizar las diferencias entre alta probabilidad y certeza moral.

### 3. *La muerte presunta como procedimiento subsidiario*

Según el c. 1701, la muerte de uno de los cónyuges y, por tanto, la disolución de su matrimonio, debe tratar de acreditarse, en primer lugar, por documento auténtico, eclesiástico o civil.

Debe tenerse en cuenta que «son documentos públicos eclesiásticos aquéllos que han sido redactados por una persona pública en el ejercicio de su función en la Iglesia y observando las solemnidades prescritas en el derecho» (c. 1540.1). Documentos públicos civiles son, en cambio, «los que, según las leyes de cada lugar, se reconocen como tales» (c. 1540.2). Todos los demás se consideran documentos privados (c. 1540.3).

Los documentos públicos, sean eclesiásticos o civiles, hacen fe de aquello que directa y principalmente se afirma en ellos (c. 1541). Por tal razón, si se cuenta con un documento público que afirme la muerte de uno de los cónyuges, el párroco mismo puede instruir el expediente y autorizar el nuevo matrimonio (cfr. cc. 1067 y 1070)<sup>39</sup>.

Especial relieve tendrán en este supuesto las certificaciones de la inscripción de defunción en el Registro Civil, que serán documentos auténticos de carácter civil que darán fe de la muerte. Por otro lado, como documento auténtico eclesiástico podrá estimarse la misma partida parroquial de defunción.

No puede servir de documento auténtico la sentencia civil que declara la muerte presunta ni tampoco la inscripción de defunción que se fundamente en ella, puesto que en tales documentos no se afirma el hecho de la defunción. Sí deberán valorarse como un antecedente más en el proceso canónico de declaración de muerte presunta<sup>40</sup>.

39. Cfr. *Código de Derecho canónico*, edición anotada a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta, Eunsa, Pamplona, 1987, c. 1707, p. 1022.

40. Según DEL AMO, L., *La clave probatoria en los procesos matrimoniales*, Eunsa, Pamplona, 1978, p. 560, «la cuestión es práctica. Deben evitarse dos extremos viciosos: o no conceder valor alguno a la sentencia civil declaratoria de la presunción de muerte, o afirmar que la Iglesia acepte a ciegas su valor definitivo renunciando al examen y resolución propia del caso»; de manera que «este criterio no niega ni desconoce el valor que pueda concederse en casos de circunstancias especiales como de terremotos, guerras, bombardeos, naufragios, siniestros o infortunios de aviación, de deporte, etc., a las investigaciones, certificados, actas y decisiones del poder civil en sus declaraciones de muerte presunta» (p. 561).

Pero, cualquiera sea el documento de que se trate, incluida la certificación de inscripción de defunción, es conveniente no olvidar que si cabe alguna duda sobre el hecho de la muerte, el párroco puede rechazarlo y requerir que se instruya el debido proceso ante el obispo diocesano<sup>41</sup>.

#### 4. *Procedencia de la declaración de muerte presunta: juicio de certeza moral*

Si no es posible acreditar la defunción por documento auténtico, «el otro cónyuge no puede considerarse libre del vínculo matrimonial antes de que el Obispo diocesano haya emitido la declaración de muerte presunta» (c. 1707.1).

Corresponderá, pues, al cónyuge presente la iniciativa para solicitar la apertura de este procedimiento, ya que aun cuando tenga íntima certeza de la muerte no le es lícito casarse sin que conste legítimamente y con certeza la disolución del precedente vínculo (c. 1085.2).

Es competente el Obispo diocesano del lugar donde se intenta contraer el nuevo matrimonio<sup>42</sup>; pero el Obispo puede encomendar la instrucción del proceso al tribunal que exista en su diócesis o a un sacerdote idóneo<sup>43</sup>.

De cualquier modo, si después de las pruebas aportadas, el Obispo ve que se trata de una situación compleja y dudosa, tiene el deber de consultar a la Sede Apostólica, particularmente, en este caso, a la S. Congregación para los Sacramentos (c. 1707.3).

El procedimiento es, en principio, el administrativo; pero, dado que el Código no lo prohíbe, parece posible que el Obispo competente disponga la tramitación en vía judicial<sup>44</sup>. No es necesaria la interven-

41. GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M., *ob. cit.*, p. 150. Afirma que «si por alguna razón se duda de la credibilidad de tal documento civil puede ser rechazado como plena prueba».

42. Cfr. PÉREZ-LLANTADA, J. y MAGAZ, C., *Derecho canónico matrimonial para juristas*, Dykinson, Madrid, 1987, p. 274.

43. Cfr. *Código de Derecho canónico (U. de Navarra)...*, cit., c. 1707, p. 1022. Véase también *Código de Derecho canónico*, edición comentada por los profesores de la Facultad de Derecho canónico de la U. Pontificia de Salamanca, BAC, 5ª edic., Madrid, 1985, c. 1707, p. 824.

44. Cfr. PÉREZ-LLANTADA y MAGAZ, C., *ob. cit.*, p. 274; *Código de Derecho canónico (U. Salamanca)...*, cit., c. 1707, p. 825. Ésta es una novedad porque hasta antes del Código de

ción del defensor del vínculo, «puesto que éste no está en juego en la declaración de muerte del cónyuge, ya que, hecha ésta e intentado nuevo matrimonio, la aparición del cónyuge declarado presuntamente muerto hace inválido el nuevo matrimonio, por obstar a éste el impedimento de ligamen que no es dispensable»<sup>45</sup>. Debe en cambio, intervenir un notario<sup>46</sup> y el promotor de la justicia por razón del bien público<sup>47</sup>.

En este proceso, el Obispo o los delegados instructores, deben realizar las investigaciones oportunas con el fin de alcanzar «certeza moral sobre la muerte del cónyuge» (c. 1707.2).

De cualquier modo, si después de las pruebas aportadas el Obispo no logra adquirir con claridad el grado de certeza que se exige para la declaración, tiene el deber de consultar a la Sede Apostólica, particularmente, en este caso, a la S. Congregación para los Sacramentos (c. 1707.3 conforme con la Instrucción).

Al término del proceso, el Obispo dictará un decreto resolutorio declarando la muerte o rechazando la declaración; en ambas hipótesis el decreto deberá ser fundado (c. 51) y contra esta resolución, aunque el Codex no lo diga expresamente, cabe recurso ante la S. Congregación para los Sacramentos<sup>48</sup>.

1983 el procedimiento era judicial. BERNÁRDEZ CANTÓN, A., *Curso de Derecho matrimonial canónico*, 4ª edic., Tecnos, Madrid, 1981, p. 402, pensaba, no obstante, que el Ordinario había de decidir si se procedía por vía gubernativa o tramitación judicial. Según BACCARI, R., voz «Assenza, scomparsa e morte presunta: IV) Diritto canonico», en *Enciclopedia Giuridica* (1988), t. III, p. 3, sin embargo, «la colocación misma y la delicadeza de la materia, que requiere un procedimiento más comprometido, hacen propender por un pronunciamiento judicial y no administrativo». No obstante, para CARRERAS, J., *ob. cit.*, t. IV, vol. II, c. 1707, p. 2011, «la necesidad de recurrir a la Sede Apostólica en los casos complicados parece hacer mucho más improbable e innecesaria la posibilidad de recurrir a la vía judicial».

45. PÉREZ-LLANTADA y MAGAZ, C., *ob. cit.*, p. 274. Cfr. también *Código de Derecho canónico (U. Navarra)*..., cit., c. 1707, p. 1022; *Código de Derecho canónico (U. Salamanca)*..., cit., c. 1707, p. 825.

46. *Código de Derecho canónico (U. de Navarra)*..., cit., c. 1707, p. 1022; *Código de Derecho canónico (U. de Salamanca)*..., cit., c. 1707, p. 824; PÉREZ-LLANTADA y MAGAZ, C., *ob. cit.*, p. 274.

47. En *Código de Derecho canónico (U. de Navarra)*..., cit., c. 1707, p. 1022, se señala que esto es «según la costumbre de nuestras curias».

48. *Código de Derecho canónico (U. de Navarra)*..., cit., c. 1707, p. 1023; PÉREZ-LLANTADA y MAGAZ, C., *ob. cit.*, p. 274.

Sin embargo, el decreto por sí mismo no disuelve el matrimonio, sino que sólo permite al cónyuge presente considerarse libre para pasar a nuevas nupcias<sup>49</sup>.

### 5. *Elementos probatorios recomendados*

El procedimiento diseñado en el Código debe ser complementado por la Instrucción *Matrimonii vinculo* de 13 de mayo de 1868, que es estimada vigente como derecho supletorio no derogado por el c. 6 CIC<sup>50</sup>.

La prueba puede venir dada, entonces:

1º Por declaraciones testimoniales: Aquí es necesario integrar en el c. 1707.2 los criterios de la Instrucción sobre la prueba por testigos de presencia, esto es, que, en general deben ser dos, aunque puede admitirse el testimonio bajo juramento de un solo testigo, completado con pruebas administrativas; como también que, en circunstancias especiales, puede darse valor de plena prueba a testimonios de oídas.

2º Por indicios: Complementando el c. 1707.2 con la Instrucción, tenemos que se puede probar la muerte por conjeturas, presunciones, indicios y circunstancias, siempre que proporcionen certeza sobre la muerte. La información debe recabarse de parientes, amigos y conocidos y se aconseja que se averigüe la condición moral y religiosa del desaparecido, estado de salud, si escribía después de su partida, si tenía intención de regresar, si tomó parte en una batalla, cayó prisionero o desertó, si afrontó peligros en el viaje, etc.<sup>51</sup>.

3º Por fama: A la admisión general de la fama del c. 1707.2, o sea, de que ha de «tomarse en cuenta la común reputación —no sospe-

49. LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R., *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, Tecnos, 2ª edic., Madrid, 1987, p. 298.

50. Cfr. PÉREZ-LLANTADA y MAGAZ, C., *ob. cit.*, p. 272. GONZÁLEZ DEL VALLE, J., *ob. cit.*, p. 150, sostiene que la Instrucción «continúa siendo la principal aun después de la promulgación del Código de 1983».

51. Como dice DEL AMO, L., *ob. cit.*, p. 567: «Sería equivocado el pensar que por carecer de documentos auténticos y de testigos fidedignos, la prueba indirecta de conjeturas, presunciones, indicios y adjuntos, sólo produce cierta probabilidad más o menos razonable. Si esto fuera así, la declaración de muerte presunta no podría hacerse, mientras esa probabilidad no alcanza el grado máximo, por ello, la *certeza moral*».

chosa— de que tal persona falleció»<sup>52</sup>, hay que agregar lo exigido por la Instrucción de que deben atestiguarla dos testigos dignos de fe y que ha de dársele valor de plena prueba sólo si concurren otros indicios<sup>53</sup>.

Pero nunca será bastante la ausencia por prolongada que sea (c. 1707.2, conforme con la Instrucción).

### III. EFECTOS DE LA REAPARICIÓN DEL REPUTADO FALLECIDO

#### 1. *Restablecimiento del primer matrimonio y nulidad del segundo*

Ya hemos visto que, tanto bajo la vigencia del Código de 1917 como del Código de 1983, la Iglesia Católica admite que tras la tramitación de un proceso ante el Ordinario en el que se acredite la certeza de la muerte del cónyuge ausente, el superviviente puede contraer nuevas nupcias válidas canónicamente.

Pero, ¿qué sucede si, a pesar de todas las precauciones adoptadas, la declaración eclesial de muerte presunta se revela errónea y en realidad el desaparecido vive y la prueba de su vida se presenta?

Para el Derecho canónico la solución es clara y terminante: la declaración de muerte presunta es sólo una prueba formal de la muerte y si ésta se revela errónea debe reconocerse que el vínculo matrimonial anterior no ha sido disuelto, que el segundo matrimonio se ha contraído contrariando el impedimento de ligamen, y que, por tanto, no es válido. «Ni la sentencia judicial, ni la auténtica declaración de muerte —dice Spinelli— pueden oponerse a la verdad objetiva. En consecuencia, si resulta con certeza que el cónyuge ausente vive o si el mismo retorna, cae el segundo matrimonio»<sup>54</sup>.

Ni la Instrucción *Matrimonii Vinculo* de 1868 como tampoco el Código de Derecho Canónico de 1983 señalan expresamente las conse-

52. GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M., *ob. cit.*, p. 151.

53. La fama sola no basta, debe complementarse por otros adminículos, como la ausencia prolongada, la antigüedad de la muerte, lo razonable de la causa, por ejemplo, si el ausente intervino en una batalla, etc. Cfr. DEL AMO, L., *ob. cit.*, p. 569.

54. SPINELLI, L., *La presunzione...*, cit., p. 103.

cuencias de la reaparición del cónyuge presuntivamente muerto. Mas los canonistas entienden que ese silencio se debe a que los efectos eran fácilmente deducibles del principio de indisolubilidad del matrimonio que informa toda la legislación canónico-matrimonial.

Puede afirmarse así que si, obtenida la declaración eclesial de muerte presunta y antes de que se contraiga nuevo matrimonio, reaparece el ausente o se prueba su vida, el vínculo matrimonial resurge con eficacia *ex tunc* y el cónyuge presente no puede intentar nuevo matrimonio. Rige plenamente el c. 1085: «Atenta inválidamente matrimonio quien está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no haya sido consumado», de manera que «no es lícito contraer otro matrimonio antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del precedente».

Por el contrario, cuando el segundo matrimonio se ha contraído antes de la aparición del ausente, al probarse que éste vive, el segundo vínculo queda invalidado por la vigencia del primero<sup>55</sup>.

## 2. Necesidad de declaración de la nulidad del segundo matrimonio

La nulidad del segundo matrimonio, según se sostiene, es absoluta, esto es, se produce *ipso iure*, porque «si la Iglesia acogiese, aunque tácitamente, el sistema que no admite la nulidad ipso iure del segundo matrimonio, vendría a constituir un nuevo singular tipo de divorcio por declaración de muerte presunta»<sup>56</sup>.

Sin embargo, la canonística moderna advierte que, aunque la nulidad matrimonial sea absoluta, necesita siempre una declaración judicial, a la que, por cierto, se le reconocerán efectos retroactivos: ella no anula el matrimonio sino que declara que no ha existido vínculo matri-

55. Así SPINELLI, L., *La presunzione...*, cit., p. 103, y voz «Morte presunta (dir. can.)», en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXVII, p. 135; *Derecho canónico*, UNED, Facultad de Derecho, Madrid, 1984, v. II, p. 320; *Nuevo Derecho canónico...*, cit., p. 355; PÉREZ-LLANTADA y MAGAZ, *ob. cit.*, pp. 272 y 273; BERNÁRDEZ CANTÓN, A., *Curso...*, cit., p. 404 y *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 273.

56. SPINELLI, L., *La presunzione...*, cit., p. 104.

monial válido. Por otra parte, el Código de Derecho Canónico restringe la posibilidad de impugnar la validez del matrimonio a ciertas personas: los cónyuges y el fiscal o promotor de justicia cuando la nulidad está divulgada y no es posible o conveniente proceder a la convalidación (c. 1674).

Como podrá apreciarse, a pesar de que la nulidad tenga carácter de absoluta, no puede el ausente que retorna impugnar el matrimonio, puesto que la autorización del c. 1674 parece referirse a los «cónyuges» aparentemente ligados por el matrimonio inválido. Pero, el peligro de una especie de divorcio o al menos de bigamia consentida que advierte Spinelli, se amaga si se considera que cuando reaparezca el primer cónyuge se habrá divulgado la nulidad del segundo matrimonio y procederá, entonces, la impugnación por parte del promotor de justicia.

La nulidad podrá también ser demandada por el cónyuge del ausente o por el marido o mujer que se casó con él, para liberar así su conciencia, ya que la moral cristiana convierte la convivencia con el segundo marido o mujer, conocida la vida del primer cónyuge, en un caso de adulterio en contra del primer matrimonio, único válido<sup>57</sup>.

### 3. *Efectos de la nulidad declarada*

El hecho de que se declare la nulidad del segundo matrimonio por impedimento de ligamen, no se opone a que éste sea considerado putativo y produzca los efectos de tal matrimonio, de acuerdo con lo establecido en el c. 1061.3º: «El matrimonio inválido se llama putativo, si fue celebrado de buena fe al menos por uno de los contrayentes, hasta que ambos adquieran la certeza de la nulidad».

No es la reaparición del ausente o la prueba de su vida la que produce la nulidad del nuevo matrimonio; éste ya lo era por haberse contra-

57. Incluso, los moralistas continúan enseñando que la sospecha que puede sobrevenir a alguno de los contrayentes sobre la supervivencia del considerado difunto, tiene efectos respecto de la licitud de la petición, aunque no de la prestación del débito conyugal (BERNÁRDEZ CANTÓN, A., *Compendio...*, cit., p. 273; cfr. también IBÁÑEZ, J., «El impedimento dirimente del vínculo y la presunción de muerte con relación al matrimonio», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1928, p. 224).

ído sin que en verdad estuviera disuelto el anterior vínculo. El efecto de la prueba de la existencia consiste en hacer cierta esa nulidad, con lo cual, procederá su declaración judicial y cesará la buena fe de los contrayentes del segundo matrimonio y los beneficios del matrimonio putativo<sup>58</sup>.

#### IV. PRUEBA DE LA MUERTE REAL DEL DESAPARECIDO. POSIBILIDAD DE CONVALIDACIÓN DEL SEGUNDO MATRIMONIO

Con la prueba de la muerte del ausente, el matrimonio debe considerarse disuelto en esa fecha; ni antes ni después. De allí que si el cónyuge presente ha contraído nuevas nupcias, amparándose en la decisión eclesiástica correspondiente, esta unión se verá afectada por la prueba de la muerte, que significa prueba de la vida en el tiempo anterior.

Si se acredita, entonces, que en el momento de contraer las segundas nupcias el ausente vivía, aunque haya muerto posteriormente, el segundo matrimonio es inválido por haberse llevado a cabo contrariando la disposición del c. 1085 que establece el impedimento de ligamen.

Sin embargo, este matrimonio, en principio nulo, puede ser convalidado<sup>59</sup>.

Procede una convalidación simple si renueva el consentimiento por lo menos el cónyuge que conocía la existencia del impedimento, que en este caso ya ha cesado por la muerte del ausente (c. 1156)<sup>60</sup>.

También cabría una sanación en raíz, que posee efectos retroactivos desde la celebración del matrimonio nulo (c. 1161.2), y que no requiere la renovación del consentimiento<sup>61</sup>. Esta sanación sólo puede

58. BERNÁRDEZ CANTÓN, A., *Compendio...*, cit., p. 273, nos dice que «la reaparición del cónyuge o la noticia cierta de su existencia tendrá el efecto de poner fin a la buena fe de los contrayentes y la necesidad de proceder a la ruptura del matrimonio así contraído».

59. Cfr. SPINELLI, L., voz «Morte presunta...», cit., p. 135.

60. No obstante, si, como generalmente sucederá en estos casos, el impedimento es público, ambos contrayentes han de renovar el consentimiento en la forma canónica (c. 1158.1).

61. Según el c. 1161.1: «La sanación en la raíz de un matrimonio nulo es la convalidación del mismo, sin que haya de renovarse el consentimiento, concedida por la autoridad competente; y lleva consigo la dispensa del impedimento, si lo hay, y de la forma canónica, si no se observó, así como la retroacción al pasado de los efectos canónicos».

concederse cuando sea probable que las partes quieran perseverar en la vida conyugal (c. 1161.3).

El impedimento de ligamen por ser de Derecho natural, no es dispensable; por eso hay que aplicar el c. 1163.2: «El matrimonio nulo por un impedimento de derecho natural o divino positivo sólo puede sanarse una vez que haya cesado el impedimento». Como en este caso el impedimento ha cesado por la muerte del ausente, el segundo matrimonio sería sanable<sup>62</sup>.

62. Esta posibilidad de sanación por haber cesado el impedimento no dispensable no existía en el Código de 1917.

