

LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR MUERTE PRESUNTA DE UNO DE LOS CÓNYUGES*

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Universidad de Los Andes

I. MUERTE PRESUNTA Y MATRIMONIO EN EL DERECHO COMPARADO

1. Disolución del matrimonio del desaparecido o ausente

Un primer problema que se plantea en la relación matrimonio-muerte presunta consiste en la subsistencia o no del vínculo conyugal una vez decretada la presunción de fallecimiento y si se autoriza o no al cónyuge presente para volver a contraer nuevas nupcias con un tercero.

La primera tendencia en esta materia, delineada por la regulación napoleónica de la ausencia, es la de hacer primar el principio de la indisolubilidad matrimonial por sobre una posible presunción de muerte (antiguo art. 139 CC)¹. En verdad, la opción del *Code* era razonable pues el sistema se negaba a considerar muerto al ausente; no cabía entonces que se tuviera por disuelto su matrimonio².

Una segunda posición es adoptada como correctivo de la primera, pero intentando no chocar de frente con el principio de la indisolubilidad. Consiste en estimar que la muerte declarada judicialmente no disuelve por sí el matrimonio, sino que constituye una causa de disolubilidad del mismo. La disolución en estos casos, puede provenir de una segunda declaración judicial (Derecho inglés, *Matrimonial Causes Act*, 1973, s. 19; Código civil suizo, art. 102), del acto por el cual el cónyuge

* Esta ponencia ha sido preparada dentro del marco de un Proyecto de Investigación (Nº 1960018) financiado por FONDECYT.

¹ La paradójica resolución adoptada en esta materia por los codificadores que sostenían la secularización del matrimonio y la introducción del divorcio, es puesta de relieve por ROUGHOL-VALDEYRON, Denise, *Recherches sur l'absence en Droit français*, Presses Universitaires de France, Paris, 1970, pp. 99 y ss.

² Igual cosa debe decirse del Derecho belga que hasta hoy sigue en esta materia la regulación napoleónica. No parece, en cambio, congruente la opción de la normativa antigua del Código Civil argentino (art. 223) ni la del reciente Código paraguayo (art. 163) que, a pesar de estatuir una declaración de muerte presunta, se niegan a darle efectos en cuanto al vínculo matrimonial.

presente contrae nuevas nupcias (BGB, § 1348; Ley de Matrimonio alemana de 1946, § 38; Ley de Ausencia argentina, art. 34; Código civil portugués, art. 116) o de la concesión del divorcio (Código civil mexicano, art. 267, N° X). Con esta solución se evita que, si una vez dictada la presunción de muerte reaparece el ausente, le sea imperioso volver a casarse para reanudar su vida marital con el cónyuge que le ha permanecido fiel.

Por último, en otros cuerpos legales la sentencia de presunción de muerte posee el efecto de disolver (o aletargar) el matrimonio desde que puede desplegar su eficacia general *erga omnes* (Código civil español, art. 85; Código civil italiano, art. 65, y nueva legislación francesa, art. 128.3 CC)³.

2. Estabilidad de la segunda unión

Para los ordenamientos que consienten la disolución del matrimonio del declarado fallecido, surge la cuestión de la eficacia del segundo vínculo en caso de reaparición del ausente.

La orientación minoritaria es hoy la de considerar nulo o anulable el segundo matrimonio por contravenir el impedimento de ligamen. Es la solución propiciada por el Derecho canónico desde siempre y la que acoge el Código civil italiano (art. 68 CC)⁴.

Una segunda posibilidad que encontramos es aquélla que opta por el mantenimiento del segundo vínculo, pero condicionado a la buena fe de los nuevos contrayentes y dando la posibilidad de impugnar el segundo matrimonio, en caso de reaparición, sólo a los nuevos cónyuges. Es el criterio del Derecho alemán (§ 38, Ley de Matrimonio)⁵.

³ Algunas normas evitan disponer expresamente que el matrimonio se disuelve con la sentencia de muerte presunta o de declaración de ausencia; así, las disposiciones italianas y francesas prefieren señalar que el cónyuge presente puede contraer nuevas nupcias. De allí que se discuta, principalmente en la doctrina italiana, si hay efecto disolutorio. SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del Diritto civile*, Dott. A. Giuffrè, 9° edic., Napoli, 1981, p. 32, ha sostenido que no hay disolución, sino un aflojamiento o debilitación del vínculo (*allentamento*) que da lugar a un estado de quiescencia del matrimonio. La tesis de la disolución parece imponerse para el Código francés, ya que el art. 132 habla de que el matrimonio «permanece disuelto» en caso de reaparición del ausente.

⁴ La norma establece que el matrimonio contraído por el cónyuge presente es nulo cuando la persona declarada presuntivamente muerta retorna o se constata su existencia. En cambio, la nulidad de la segunda unión no puede ser declarada cuando se comprueba la muerte del desaparecido en una fecha posterior al matrimonio (art. 68 CC).

⁵ La norma señala que el matrimonio queda disuelto incluso si la declaración de fallecimiento es revocada (§ 38.2) y que no es nulo por la sola circunstancia de que el declarado fallecido aún viva, a no ser que ambos contrayentes hayan sabido al momento de la celebración del segundo enlace que dicho cónyuge no estaba muerto (§ 38.1). Además, se dispone que si el declarado fallecido vive aún, el cónyuge presente puede provocar la disolución de la segunda unión, siempre que no hubiera sabido, cuando se celebró el matrimonio, que su primer esposo declarado muerto se encontraba con vida (§ 39.1). El cónyuge que ha obtenido esta disolución no puede casarse sino con el desaparecido mientras éste viva (§ 39.2).

Por fin, tenemos la opción absoluta por la cual el nuevo matrimonio conserva su vigor siempre, aun cuando se produzca el retorno del desaparecido. Es la solución adoptada por la Ley de Ausencia argentina (art. 31)⁶, por el Código civil peruano (art. 68)⁷ y la nueva normativa francesa (art. 132 CC)⁸. Igual cosa debe decirse de las legislaciones que configuran la presunción de muerte como causa de divorcio o como instituto asimilable a éste (Códigos civiles suizo, mexicano, portugués, y legislación anglosajona)⁹.

Descrito brevemente el panorama de las legislaciones extranjeras, cabe exponer cómo se enfrentan estos problemas en el Derecho canónico, que como se sabe es la matriz del Derecho matrimonial en la cultura occidental.

II. EL PERMISO PARA PASAR A NUEVAS NUPCIAS DEL DERECHO CANÓNICO

1. La legislación anterior a 1983

La Sagrada Congregación del Santo Oficio recopiló todos los criterios ofrecidos en instrucciones anteriores y aclaró los conflictos originados por la aplicación de esas disposiciones, en la Instrucción llamada *Matrimonii Vinculo*, que constituye la regulación orgánica y completa del problema de la desaparición de uno de los cónyuges y de la forma de autorizar las nuevas nupcias del otro en el ordenamiento canónico. La Instrucción es de 13 de mayo de 1868¹⁰.

El *Codex Iuris Canonici* de 1917 no reguló específicamente la llamada muerte presunta, por lo que se estimó vigente la Instrucción *Matrimonii Vinculo*.

2. El Código de Derecho Canónico de 1983

El Código de Derecho Canónico de 1983 fue mucho más explícito que el anterior en lo que se refiere a nuestro tema. Para venir en solución de los casos en los que sólo es posible llegar a una certeza moral de la muerte, el Código reguló el «proceso sobre 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).

⁶ Dice la norma: «La reaparición del ausente no causará la nulidad del nuevo matrimonio».

⁷ La norma expresa que «El reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge» (art. 68 CC).

⁸ Señala el artículo que «El matrimonio del ausente permanece disuelto, incluso si la sentencia declarativa de ausencia ha sido revocada» (art. 132 CC).

⁹ Un estudio de mayor amplitud sobre este particular puede verse en POUSSON-PETIT, Jacqueline, *Le demariage en Droit comparé*, Maison F. Larcier, Bruxelles, 1981, pp. 247 y ss.

¹⁰ S. C. S. Oficio, *Instructio ad probandum obitum a licuius coniugis* 13 mayo 1868, *Matrimonii vinculo*, *Acta Sanctae Sedis*, VI (1870), pp. 436 y ss. y en *Acta Apostolicae Sedis*, II (1910), pp. 199 y ss. Cfr. la traducción castellana de L. Miguélez, incluida en MIGUELEZ, LORENZO; ALONSO MORAN, SABINO y CABREROS, MARCELINO, *Código de Derecho Canónico y Legislación complementaria*, BAC, Madrid, 1976.

Este capítulo consta de un solo canon, el 1707 CIC, que en tres párrafos contiene una síntesis aclaratoria de las normas a la fecha vigentes, sin introducir nuevos elementos:

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 bien sostiene Fornes no existe, aunque la terminología del Código así parezca indicarlo, una verdadera presunción de muerte, entendida a la manera de la ciencia jurídica civil, 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 muerte¹¹.

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 prolongada 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)¹².

Así, según el c. 1701 CIC, la muerte de uno de los cónyuges y, por tanto, la disolución de su matrimonio, puede probarse:

¹¹ FORNES, Juan, en *Manual de Derecho Canónico*, EUNSA, Pamplona, 1988, p. 637. Cfr. también GONZÁLEZ DEL VALLE, José María, *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».

¹² Sobre el concepto de certeza moral, para el ámbito canónico, es muy esclarecedor el discurso de Pío XII a la S. Rota Romana de 1º 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 se excluye toda duda razonable y se distingue de la cuasi-certeza; el segundo, en cambio, 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, Orio, *La certeza morale nella pronuncia del giudice ecclesiastico*, en *Ius Populi Dei*, Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor, Universidad Gregoriana, Roma, 1972, pp. 605-620.

1º Por documento auténtico, eclesiástico o civil. 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 presunta¹³.

2º Por declaración sobre la certeza de la muerte.

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 CIC). 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 CIC).

Es competente el Obispo diocesano del lugar donde se intenta contraer el nuevo matrimonio¹⁴; pero el Obispo puede encomendar la instrucción del proceso al tribunal que exista en su diócesis o a un sacerdote idóneo¹⁵.

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 CIC).

El procedimiento diseñado por el Código debe ser complementado por la Instrucción *Matrimonii Vinculo* de 13 de mayo de 1868, que sigue siendo considerada vigente como derecho supletorio no derogado por el c. 6 CIC¹⁶.

Concordando ambas normativas, puede concluirse que la prueba en el proceso de muerte presunta canónica puede consistir en:

1º Declaraciones testimoniales

2º Presunciones judiciales o indicios: Complementando el c. 1707.2 CIC con la Instrucción, tenemos que se puede probar la muerte por conjeturas, presunciones, indicios y circunstancias, siempre que proporcionen certeza sobre la muerte. La

¹³ Según DEL AMO, Leon, *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).

¹⁴ Cfr. PÉREZ-LLANTADA, Jaime y MAGAZ, Carlos, *Derecho canónico matrimonial para juristas*, Dykynson, Madrid, 1987, p. 274.

¹⁵ Cfr. *Código de Derecho canónico* (U. de Navarra), edición anotada a cargo del Instituto Martín de Azpilicueta, EUNSA, Pamplona, 1987, 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.

¹⁶ Cfr. PÉREZ-LLANTADA, J. y MAGAZ, C., ob. cit., p. 272. GONZÁLEZ DEL VALLE, José María, *Derecho canónico matrimonial (según el Código de 1983)*, EUNSA, 3º edic., Pamplona, 1985, p. 150, sostiene que la Instrucción «continúa siendo la principal aun después de la promulgación del Código de 1983».

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.¹⁷

3º Fama de la muerte: A la admisión general de la fama del c. 1707.2 CIC, o sea, de que ha de «tomarse en cuenta la común reputación -no sospechosa- de que tal persona falleció»¹⁸, 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 indicios¹⁹. Pero nunca será bastante la ausencia por prolongada que sea (c. 1707.2 CIC, conforme con la Instrucción).

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, y particularmente, en este caso, a la S. Congregación para los Sacramentos (c. 1707.3 CIC 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 CIC) y contra esta resolución, aunque el *Codex* no lo diga expresamente, cabe recurso ante la S. Congregación para los Sacramentos²⁰.

Sin embargo, el decreto por sí mismo no disuelve el matrimonio, sino que sólo permite al cónyuge presente considerarse libre para pasar a nuevas nupcias²¹. En realidad, pensamos que se trata de una disolución que opera bajo el presupuesto de que el cónyuge ausente esté realmente fallecido. Si no se considerara el vínculo como disuelto, no podría permitirse el paso a nuevas nupcias.

3. Reparación del reputado fallecido

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 eclesiástica de muerte presunta se revela errónea y en realidad el desaparecido vive y la prueba de su vida se presenta?

¹⁷ Como dice DEL AMO, Leon, 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».

¹⁸ GONZALEZ DEL VALLE, J., ob. cit., p. 151.

¹⁹ 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.

²⁰ *Código de Derecho canónico* (U. de Navarra)... cit., c. 1707, p. 1023; PÉREZ-LLANTADA, J. y MAGAZ, C., ob. cit., p. 274.

²¹ LÓPEZ ALARCON, Mariano y NAVARRO VALLS, Rafael, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, Tecnos, 2º edic., Madrid, 1987, p. 298.

Para el Derecho canónico la solución es clara y terminante: la declaración de muerte presunta es sólo una prueba 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»²².

Ni la Instrucción *Matrimonii Vinculo* de 1868 ni el Código de Derecho Canónico de 1983, señalan expresamente las consecuencias de la reaparición del cónyuge muerto presunto. Los canonistas entienden, sin embargo, 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

Ahora bien, 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 CIC: «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».

Concluyendo, 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 contraído 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 putativo²³.

Revisado el Derecho comparado y el ordenamiento jurídico canónico, estamos en condiciones de examinar el sistema chileno sobre la materia.

III. DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

1. Muerte presunta y matrimonio en el Código Civil de Bello

Bello, en principio, pensó en seguir el criterio del Código civil francés y considerar insuficiente la declaración de muerte presunta para disolver el vínculo matrimonial. El art. 86 del Proyecto de 1853 disponía que «Los decretos en que se declara la presunción de muerte o se concede la posesión definitiva, no habilitarán al cónyuge del desaparecido para pasar a otras nupcias».

Aunque la disposición no prosperó, como en el Código aprobado no se hizo mención a este asunto en sede de presunción de muerte, y en general se remitió lo

²² SPINELLI, LORENZO, *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Ed. italiana, Roma, 1943, p. 103.

²³ BERNÁRDEZ CANTON, ALBERTO, *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, Tecnos, Madrid, 1986, 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».

referido a la validez y a los impedimentos del matrimonio al Derecho canónico (art. 123 CC), se llegaba a la conclusión de que la declaración de muerte presunta no era bastante para disolver el vínculo conyugal²⁴.

2. La disolución matrimonial por muerte presunta en la Ley de Matrimonio Civil

La situación se alteró al dictarse la Ley de Matrimonio Civil de 10 de enero de 1884, pues ella, junto con establecer la obligatoriedad del matrimonio civil, dispuso la disolución del vínculo en virtud de la declaración de muerte presunta de alguno de los cónyuges (no así por divorcio al que sólo se concedió el efecto de suspender la vida en común).

La norma, modificada posteriormente por las leyes N° 6.162 de 28 de enero de 1938 y N° 8.581 de 10 de octubre de 1946, dispone la disolución del matrimonio por la muerte presunta de uno de los cónyuges en los siguientes supuestos:

-Si cumplidos cinco años desde las últimas noticias que se tuvieran de su existencia, se probare que han transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido.

-Transcurridos que sean quince años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, a la expiración de dichos quince años, la edad del desaparecido si viviere.

-En el caso del N° 8 del art. 81 del Código Civil, esto es, pérdida de nave o aeronave o caída de pasajero o tripulante al mar o a tierra, transcurridos dos años desde el día presuntivo de la muerte fijado en la sentencia que la declara.

Los autores suelen colocar este efecto como propio del decreto que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido²⁵; pero ello actualmente no es exacto: la ley tiene en cuenta sólo la declaración de la muerte presunta y la expiración de un término²⁶. Así, si bien en el caso de que el ausente cumpla setenta años coincidirá la fecha de la disolución con la del decreto de posesión definitiva, en el supuesto de pérdida de nave o aeronave habrá que esperar hasta los dos años desde la fecha presuntiva de la muerte, tiempo superior a los seis meses desde las últimas noticias que se necesitan para la concesión de la posesión definitiva. En el supuesto general de simple desaparición, procederá la disolución a los quince años de las últimas noticias, se haya o no decretado la posesión definitiva (que procede sólo a los diez años).

²⁴ Cfr. CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Edit. Jurídica de Chile, reimp. 1979, t. I, N° 485, p. 260.

²⁵ Así VODANOVIC, Antonio, *Curso de Derecho civil. Parte general y los sujetos de derecho. Explicaciones basadas en las clases de Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U.*, Nascimento, 4° edic., Santiago, 1971, t. I, v. II, N° 1074, p. 191; DUCCI, Carlos, *Derecho Civil. Parte general*, Edit. Jurídica de Chile, 4° edic., Santiago, 1995, p. 117; PIÑEIRO CORREA, Gastón, *Los efectos jurídicos del desaparecimiento en la legislación chilena*, Memoria de prueba (U. de Concepción), 1978, p. 127.

²⁶ Cfr. SOMARRIVA, Manuel, *Derecho de familia*, Nascimento, 2° edic., Santiago, 1963, N° 65, p. 77. Por su parte, la Contraloría General de la República ha tenido oportunidad de destacar que «la legislación aludida no exige una declaración judicial especial para que se entienda disuelto el matrimonio del muerto presunto, bastando para ello que se pruebe que se declaró la muerte presunta por sentencia judicial y que han transcurrido los plazos que señala el artículo 38 de la Ley de Matrimonio Civil para que se disuelva legalmente el matrimonio» (Dictamen N° 33.500, de 1984).

Dados los términos de la disposición legal, no parece dudoso que la disolución se produce en el momento en que se vencen los plazos respectivos, sin que pueda dársele una eficacia retroactiva desde la fecha presuntiva de la muerte determinada en la sentencia.

No tan claro es si debe darse eficacia retroactiva a la sentencia declaratoria de la muerte presunta cuando los plazos se han vencido con anterioridad a su dictación. Por ejemplo, ¿qué decir si el cónyuge del desaparecido contrae nuevo matrimonio transcurridos los plazos dispuestos en el art. 38 LMC, pero sin obtener previamente la sentencia declaratoria de la muerte?, ¿al dictarse ésta, se convalidará el matrimonio, en principio, nulo?

Es cierto que el cónyuge no podrá contraer nuevo matrimonio aun cuando hayan transcurrido los plazos, pues subsistirá el impedimento de vínculo matrimonial no disuelto (art. 4.1º LMC). Sólo acreditando la muerte presunta declarada judicialmente podría procederse al nuevo enlace, pues el art. 38 LMC dice que «el matrimonio se disuelve por la muerte presunta».

No obstante, si por cualquier razón el segundo matrimonio se celebra (de hecho) y luego se declara la muerte presunta, parece que no habría inconveniente para estimarlo convalidado siempre que su celebración se hubiere verificado vencidos los términos legales tras los cuales se considera disuelto el vínculo²⁷.

Igualmente, nos parece que si para la procedencia de un beneficio previsional se requiere que la beneficiaria no esté casada, y ésta solicita con posterioridad la declaración de muerte presunta de su cónyuge, pero en la sentencia se fija como fecha de las últimas noticias o de la muerte presunta, una que implica que los plazos del art. 38 LMC estaban vencidos a la fecha en que se devengó el beneficio, debería considerarse éste como ganado por la beneficiaria, ya que en esa fecha, de acuerdo con las normas del art. 38 LMC y en virtud de la declaración de muerte presunta su matrimonio estaba disuelto²⁸.

3. Efectos de la reaparición del declarado presuntivamente muerto

El art. 38 de LMC señala que el matrimonio también se disuelve por la muerte presunta de uno de los cónyuges, cuando transcurren determinados plazos que hemos tenido oportunidad de revisar.

Pero nada dispone sobre la suerte de esta disolución, y del eventual segundo matrimonio contraído por el cónyuge presente, cuando reaparece el desaparecido; situación ésta que, evidentemente, comporta un grave conflicto de intereses²⁹.

²⁷ Igualmente, si el cónyuge del declarado presuntivamente muerto ha yacido entre tanto con un tercero no comete adulterio (hoy sólo infracción civil, de acuerdo con el art. 132 CC reformado por la ley N° 19.335, de 1994), si a la fecha habían ya vencido los plazos para la disolución del matrimonio, aun cuando la sentencia que declara la muerte presunta sea posterior.

²⁸ La Contraloría General de la República ha estimado lo contrario por Dictamen N° 13.064, de 1985. Últimamente, ha señalado que no procede si la declaración de muerte presunta se pide con posterioridad a la fecha de devengación del beneficio (Dictamen N° 26.496, de 1989).

²⁹ Generalmente, se invocan a este respecto los sentimientos de los integrantes del nuevo hogar formado por el cónyuge presente, que ven quebrantada su convivencia por el

En nuestra opinión, el silencio de la ley no puede interpretarse sino a favor del reconocimiento de la personalidad del declarado muerto presunto cuya vida deviene comprobada. De esta manera, si el desaparecido retorna, resurgirá el matrimonio que le ligaba a su anterior cónyuge, y se considerará que la disolución no ha tenido lugar. Para restaurar la vida en común no le será necesario contraer nuevas nupcias. Si la ley ha considerado sólo que el estado patrimonial del desaparecido le es reconocido con limitaciones (recobra sus bienes en el estado en que se hallan), quiere decir que, *a contrario sensu*, su estado personal y familiar le son reestablecidos a plenitud. Y así como el padre desaparecido recuperará la patria potestad sobre sus hijos no emancipados, de igual manera subsistirá su vínculo matrimonial con el cónyuge presente.

Si el cónyuge presente en virtud del art. 38 LMC ha contraído un segundo enlace, este matrimonio será nulo por aplicación del art. 4.1° LMC («No podrán contraer matrimonio: 1° Los que se hallaren ligados con vínculo matrimonial no disuelto»), en relación con los arts. 29 («El matrimonio celebrado con cualquiera de los impedimentos designados en los artículos 4, 5, 6 y 7 es nulo») y 30 LMC («El impedimento que, según las prescripciones de esta ley, anula el matrimonio, ha de haber existido al tiempo de la celebración»).

El segundo matrimonio será impugnado no sólo por los contrayentes, sino también por el mismo reaparecido, ya que se ha de suponer que tiene interés actual en la nulidad y que, por lo tanto, está legitimado de acuerdo con el art. 34 LMC³⁰.

Si se prueba la muerte del declarado fallecido en una fecha posterior a la celebración del nuevo matrimonio, también éste podrá ser invalidado, sea por los presuntos cónyuges, sus ascendientes, el Ministerio público o las personas que tengan actual interés en la nulidad (art. 34 LMC). No existe posible convalidación en este caso, puesto que la Ley de Matrimonio Civil chilena desconoce esta figura (al revés de lo que sucede en el Código Civil italiano o en el Código de Derecho Canónico). Por ello, si los cónyuges quieren perseverar en el matrimonio deberán contraerlo nuevamente.

En todo caso, siempre que haya necesidad de declarar la nulidad del segundo matrimonio, éste gozará de los beneficios que le acuerda el art. 122 CC.

Aunque la doctrina chilena no suele entrar en el problema de la prueba de la vida del cónyuge presuntamente muerto, es manifiesto que la que exponemos debe ser la solución, porque es la que más se aviene con el respeto de la personalidad del ausente. Recuérdese que por mandato constitucional el Estado, y por tanto, el ordenamiento jurídico, debe estar al servicio de la persona humana y respetar los derechos

reaparecimiento del declarado presuntivamente muerto. Pero, no debe olvidarse que también deben tomarse en cuenta los intereses del reaparecido y de los hijos y demás integrantes del hogar primitivo que pueden desear verlo reintegrado. Como sostiene TOBIAS, José W., *Fin de la existencia de las personas físicas. Muerte natural. Presunción de fallecimiento*, Edit. Astrea, B. Aires, 1988, p. 256, las razones de oportunidad práctica y de interés social y moral (sentimental) no sirven para resolver el problema, pues pueden invocarse en favor de todas las posibles alternativas de solución.

³⁰ La acción no podrá intentarse después de un año de la muerte de alguno de los contrayentes del matrimonio nulo. Dice el art. 34 LMC que la nulidad no puede intentarse sino en vida de los cónyuges, «salvo que la causal invocada sea la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto, caso en el cual la acción podrá intentarse dentro del año siguiente al fallecimiento de uno de los cónyuges».

esenciales que emanan de la naturaleza humana (cfr. arts. 1, 5 y 19, Const.). Además, como señala Moisset d' Espanes criticando la ley argentina que establece lo contrario, ésta es la única opción armónica y coherente con el resto del sistema jurídico, puesto que si una partida de defunción es errónea y la supuesta viuda se casa con un tercero, es evidente que probándose la vida del primer marido deviene en nulo el segundo enlace: "Si ésta es la solución que debe darse cuando aparece un 'muerto', con mayor razón debería ser la misma cuando reaparece un ausente"³¹.

Por último, pensamos que esta solución es la que se adapta mejor al espíritu y a la intención del redactor de la Ley de Matrimonio Civil de 1884 que, a pesar de instaurar el matrimonio civil obligatorio, recogió prácticamente en su totalidad los criterios canónicos³².

De más está decir que esta solución con mayor razón ha de aplicarse a los casos en los que el cónyuge presente estaba de mala fe, es decir, conocía de la existencia cierta de su marido o mujer, y ha utilizado fraudulentamente el trámite de la muerte presunta para obtener la disolución del vínculo matrimonial³³.

³¹ MOISSET D' ESPANES, Luis, "La ausencia y la ley 14.394", en *Cuadernos del Instituto de Derecho Civil*, 1960-I, pp. 5-52 (citamos por el manuscrito que manejamos por gentileza del autor, el texto de la página 38). La doctrina argentina ha criticado la solución dada por el art. 31 de la Ley de Ausencia que señala que «la reaparición del ausente no causará la nulidad del nuevo matrimonio». Según TOBIAS, J., ob. cit., p. 102, «la regla del art. 31 de la ley 14.394 constituye una solución verdaderamente excepcional (además de criticable), que quiebra los principios generales, según los cuales -como se ha reiterado- la verificación del error en la comprobación de un hecho debe hacer decaer, con efecto retroactivo (al menos dentro de lo posible), las consecuencias jurídicas adscriptas al correspondiente supuesto de hecho» (cfr. también pp. 255 y ss.).

³² La Contraloría General de la República ha aplicado el criterio contrario, para negar derecho a solicitar pensión de viudez o montepío a la declarada muerta presunta que reaparece. Así, se señala que si la reaparición se produce una vez cumplidos los plazos legales para que opere la disolución del matrimonio, éste no recupera su vigor y no da derecho a reclamar pensión de viudez (Dictámenes N° 28.469, de 1983; 22.469, de 1984; 33.500, de 1984; 1.472, de 1985).

Tenemos noticias que el problema ha llegado a los Tribunales de Justicia. El Juzgado de Letras de Caupolicán, ante solicitud de la cónyuge declarada muerta presunta, revocó la sentencia de muerte presunta y declaró expresamente que se dejaba sin efecto la disolución del matrimonio dispuesta en ella, invocando al efecto el art. 94.1° CC. Apelada esta resolución por la segunda cónyuge del marido de la reaparecida, a esa época ya fallecido, la Corte de Apelaciones de Rancagua, por sentencia de 10 de agosto de 1979, acogió la apelación y señaló que el art. 94.1° CC sólo autoriza al desaparecido, si reapareciere, para pedir la rescisión del decreto de posesión definitiva de los bienes.

Discrepamos de esta restringida interpretación que vulnera la protección constitucional de la personalidad y además fomenta el abuso de convertir la declaración de muerte presunta en un sucedáneo del divorcio vincular.

³³ La nulidad del segundo matrimonio en esta hipótesis es aceptada incluso respecto de legislaciones que impiden por regla general la disolución de las segundas nupcias por la reaparición del declarado muerto presunto. Dice TOBIAS, J., ob. cit., p. 263, respecto de la legislación argentina, que «si el reaparecido probase que las condiciones legales mínimas para la declaración de fallecimiento fueron falsamente invocadas, conociendo el denunciante que su cónyuge vivía, éste podría demandar la nulidad del segundo matrimonio. La causa se encuentra en la circunstancia de que el hecho que hace cesar el impedimento de

4. La disolución por muerte presunta no es una causal de disolución autónoma del matrimonio

En el debate en relación con la introducción del divorcio vincular en una nueva ley de matrimonio civil, aprobado el 8 de septiembre de 1997 por la Cámara de Diputados, se ha pretendido que no es necesario modificar la definición del matrimonio ofrecida por el art. 102 del Código Civil, en la que se establece que se trata de un contrato por el cual un hombre y una mujer se unen indisolublemente y por toda la vida. Se trataría de una mera regla general, que no excluiría posibles excepciones en los que el matrimonio sería disoluble. Ello se sostiene no es una novedad en nuestro derecho, puesto que desde la ley de matrimonio civil de 1884 existe una causa distinta de disolución que la muerte natural, como lo es la declaración de muerte presunta, que constituye una excepción a la indisolubilidad, sin que nadie haya pretendido que deba modificarse la definición del art. 102 del Código. En el libro publicado para explicar sus posiciones, los diputados que lideraron la discusión del proyecto en la Cámara señalan textualmente que «En cuanto a una supuesta contradicción entre mantener esa definición y legislar sobre el divorcio vincular, no lo consideramos así por cuanto se trata justamente de confirmar en la norma que el matrimonio es para toda la vida, admitiendo, sin embargo, que hay excepciones. Por lo demás, la norma del artículo 102 de nuestro Código Civil, que consagra la indisolubilidad del vínculo, ha convivido por más de cien años con un título completo de la actual ley de Matrimonio Civil, que se refiere a la ‘disolución’ del matrimonio y que permite, por ejemplo, disolver el matrimonio por muerte presunta»³⁴.

En nuestro concepto el planteamiento es erróneo: la declaración de muerte presunta no puede consistir en una forma autónoma de extinción de la personalidad del desaparecido. La ley positiva no podría desconocer la personalidad jurídica de un ser humano por razones diferentes a las de su extinción natural. La muerte presunta no puede equipararse a la ya erradicada (por injusta e inhumana) muerte civil. La muerte presunta es una figura jurídica que sólo se justifica como una especie de sustituto de la constatación oficial de la muerte, que por necesidades de certeza se ocupa cuando existen probabilidades fuertes de que el deceso ha ocurrido y mientras no se demuestre lo contrario. Todos los efectos de la muerte presunta, que se desencadenan progresivamente y se van consolidando en forma gradual, tienen su justificación en su equiparación a la constatación o prueba del fallecimiento.

De esta manera, la disolución del matrimonio, así como otros efectos similares

ligamen -o disuelve el vínculo- es falso, y la declaración ha sido obtenida maliciosamente, es decir, con el objeto de lograr la disolución del primer vínculo para contraer nuevas nupcias».

Por el contrario, la reforma francesa en materia de muerte presunta, después de un largo debate en el Senado, prefirió sancionar el fraude sólo en el plano patrimonial, y, en cambio, mantener subsistentes las situaciones extrapatrimoniales, entre ellas el vínculo matrimonial (art. 132 CC). Cfr. BERNARD DE SAINT AFRIQUE, Jean, *La réforme de l'absence*, Répertoire du Notariat Defrénois, Paris, 1979, pp. 94 y 97, quien señala que se ha objetado a la ley de reforma de 1978 que consagra una contradicción, en la medida en que sanciona el fraude en el plano patrimonial sin restituir las consecuencias de orden extrapatrimonial, permitiendo al cónyuge autor del fraude contraer segundo matrimonio.

³⁴ AYLWIN, Mariana y WALKER, Ignacio, *Familia y Divorcio. Razones de una posición*, Edit. Los Andes, Santiago, 1996, pp. 70-71.

en el Derecho de Familia, como la emancipación del hijo sujeto a patria potestad o la disolución del régimen económico matrimonial, se producen sólo y en tanto la muerte presunta se equipara en su eficacia a la muerte. No hay por tanto excepción alguna a la indisolubilidad, ya que en tal caso se supone que el cónyuge desaparecido ha fallecido, y por ello se reputa disuelto el matrimonio.

Por lo mismo, en caso de comprobarse la existencia del declarado fallecido el vínculo matrimonial no puede seguir reputándose extinguido y revivirá con efecto retroactivo.

5. La disolución del matrimonio por muerte presunta en el Proyecto de Nueva Ley de Matrimonio Civil

El proyecto de Nueva Ley de Matrimonio Civil aprobado por la Cámara de Diputados el 8 de septiembre de 1997, establece que el matrimonio se disuelve por muerte presunta de uno de los cónyuges cumplidos siete años desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, cualquiera fuere, en esa oportunidad, la edad del desaparecido si viviese. En el caso de los números 8 y 9 del artículo 81 del Código Civil, dispone que el matrimonio se disuelve transcurrido un año desde el día presuntivo de la muerte.

Como se ve, la reforma se reduce a abreviar los plazos, y a suprimir el factor de edad del desaparecido para determinar el lapso de tiempo.

La reducción de los plazos va contra la naturaleza de la institución de la muerte presunta, que se basa en una mera probabilidad (no certeza moral) de la muerte que se consolida por un período largo de desaparición.

De aprobarse una norma como la propuesta, resultaría el contrasentido de que el vínculo matrimonial resultaría extinguido antes que los herederos presuntivos puedan disponer libremente de los bienes del desaparecido. Por regla general, el decreto de posesión definitiva se otorga a los diez años desde las últimas noticias. La ley cuidaría más la conservación del patrimonio de desaparecido que la integridad de su familia.

Opinamos que deben mantenerse términos relativamente extensos, quizás dejándolos en diez años para las situaciones de ausencia simple, y cinco años para las de ausencia calificada por riesgos especiales (guerra, naufragio, desastre aéreo, terremoto).

Además, y como propusimos en su oportunidad a la Comisión de la Cámara que estudiaba el proyecto, sería conveniente clarificar la situación del vínculo matrimonial en caso de reaparición del desaparecido. Se podría estudiar agregar al art. 38 de la Ley de Matrimonio Civil (o a la norma que se apruebe en su sustitución) un inciso como el siguiente: «En caso de que el desaparecido reapareciere o se comprobare su existencia, se aplicará a la disolución lo previsto en el artículo 94 regla 1ª del Código Civil». De esta forma, la ley civil respetaría el principio constitucional de inviolabilidad de la persona, y mantendría la naturaleza de la presunción de muerte como figura sustitutiva y supletoria (nunca contradictoria) de la muerte real.