

Algunos antecedentes de la “ausencia con presunción de fallecimiento” en el derecho romano

Por Anabella Facciuto Kaed²⁸⁴

Resumen

La presente comunicación examina algunos antecedentes sobre la “ausencia con presunción de fallecimiento” en el derecho romano. Pese a no existir un tratamiento unitario y sistemático de la cuestión en Roma, ni en tiempos de la República ni en tiempos del Imperio, la *praxis* jurídica debió dar respuesta a determinadas situaciones que tenían como supuesto

²⁸⁴ Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Asesora Legal de la Unidad de Gabinete de Asesores del Ministerio de Salud de la Nación. Profesora de la materia Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Profesora de la materia Principios Generales del Derecho Privado del CBC de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de la materia Introducción al Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Socia de CIEJIL. Correo electrónico: anbellafacciuto@gmail.com/anbellafacciutokaed@derecho.uba.ar.

común la desaparición de un ciudadano romano, por los efectos o consecuencias legales que de ello dimanaban.

De manera particular, en este trabajo se analizan cuatro supuestos de ausencia: a) el desconocimiento del paradero del *pater familias* al momento en que alguno de sus hijos quisiera contraer matrimonio; b) los efectos de la ausencia de uno de los cónyuges ante la posibilidad de un nuevo matrimonio; c) la *Lex Cornelia de Captivis* y sus efectos en los testamentos y en la *sucesión ab intestato* del *pater familias* cautivo; d) el caso del cautivo de guerra y el *ius postliminium*.

Palabras claves: ausencia; presunción de fallecimiento; derecho romano

I. Introducción

De la lectura del *Diccionario de la Real Academia Española* (RAE) surgen las siguientes definiciones de la palabra “ausencia”, del lat. *absentia*: “1. f. Acción y efecto de ausentarse o de estar ausente; 2. f. Tiempo en que alguien está ausente; 3. f. Falta o privación de algo; 4. f. Med. Supresión brusca, aunque pasajera, de la conciencia; 5. f. Psicol. Distracción del ánimo respecto de la situación o acción en que se encuentra el sujeto; 6. f. Der. Condición legal de la persona cuyo paradero se ignora”.²⁸⁵

La última definición pertenece, en efecto, al plano jurídico. La misma no establece la presunción de fallecimiento *per se* de la persona desaparecida, solo el hecho de que se ignora su paradero. La presunción de muerte surge a partir de ciertas circunstancias de la desaparición, que permiten conjeturar que la persona ha fallecido, aunque sin tener plena certeza de ello.

Así las cosas, frente a un supuesto de “ausencia con presunción de fallecimiento”, la legislación civil permite que aquellas personas que acrediten un interés legítimo puedan iniciar un proceso judicial con el objeto de

²⁸⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 23^a ed. Versión 23.4 en línea: <https://dle.rae.es> [Consultado el 20/02/2021].

preservar el patrimonio y poner en resguardo la defensa de los intereses del ausente.

En el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) se encuentra tratada la ausencia con presunción de fallecimiento en el libro I, cap. 7, art. 85, 92.²⁸⁶ El artículo 88 prevé tres supuestos de ausencia con presunción de fallecimiento, a saber:

a) Caso ordinario: se presume la muerte de una persona por su ausencia durante tres años, contados éstos desde la fecha de la última noticia del ausente.

b) Casos extraordinarios:

1. Genérico: se da cuando no hay noticias sobre una persona durante dos años, pero esta se encontraba en el lugar de un incendio, terremoto, guerra o semejantes, contados desde el día en que ocurrió el suceso.

2. Específico: ocurre en aquellos supuestos en que no se tiene noticias de una persona que se encontraba en una nave o aeronave naufragada o perdida por el término de 6 meses desde el accidente.

El CCCN regula el procedimiento que ha de seguirse para declarar la ausencia, que ha de ser peticionada por cualquier persona que tuviera un interés subordinado a la muerte de la persona (art. 87 del CCCN), y siendo competente el juez del último domicilio del ausente. Durante el juicio deben tomarse las siguientes medidas: a) Nombramiento del defensor del ausente; b) Citar por edictos (1 vez por mes durante 6 meses); c) Designación del curador a los bienes del ausente; d) Recepción de pruebas (cualquier medio es admisible); y e) Audiencia del defensor del ausente.

Al dictar sentencia, el juez fija el día presuntivo de defunción y ordena

²⁸⁶ Cabe destacar que también el Código velezano reguló la ausencia con presunción de fallecimiento en el Título VIII del Código Civil (arts. 110 a 125), sustituido por la Ley 14.394, arts. 15 a 32.

inscripción en el registro correspondiente (art. 89 del CCCN). Una vez abierta la sucesión del presuntamente fallecido, se debe realizar el inventario y avalúo correspondiente a sus bienes. Luego se puede inscribir a nombre de los herederos, con la correspondiente indisponibilidad transitoria de los bienes. Como consecuencia de dicha indisponibilidad, no se puede vender ni gravar sin autorización judicial por el término de cinco años desde la fecha presuntiva de fallecimiento u 80 años desde el nacimiento de la persona (arts. 91/92 del CCCN).

Cabe preguntarse qué sucedería si el ausente reapareciera y qué efectos surte este hecho en relación a los bienes y su matrimonio. En cuanto a los bienes, queda sin efecto la declaración de fallecimiento. Asimismo, si el regreso ocurre antes del término de la prenotación se procede a la devolución de sus bienes. Conforme el art. 92 del CCCN, si el ausente reaparece luego del período de prenotación puede reclamar: a) la entrega de los bienes que existan en el estado en que se encuentran; b) los adquiridos con el valor de los que faltan; c) el precio adeudado de los enajenados; y d) los frutos no consumidos.

En cuanto a los efectos de la reaparición sobre el matrimonio, el CCCN prevé la disolución del matrimonio del declarado ausente con presunción de fallecimiento. Por cierto, el artículo 435 establece que el matrimonio se disuelve por: a) muerte de uno de los cónyuges; b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; y c) divorcio declarado judicialmente.

II. La ausencia en el derecho romano

Si bien para Ogáyar y Ayllón no existen precedentes de la figura de la ausencia en el derecho romano, apoyándose en que ciertos pasajes del Digesto y del Código de Justiniano se refieren a algunos aspectos de la misma, sin ninguna coordinación entre sí,²⁸⁷ debe evaluarse con cautela

²⁸⁷ OGAYAR Y AYLLÓN, T. (1936). *La ausencia en Derecho sustantivo y adjetivo*. Madrid: Reus, p. 15 y ss.

tal afirmación e interpretarse en el sentido propuesto por Louzan de Solimano, a saber, que “el derecho romano no sentó doctrina al respecto. Su base recién será establecida por los juristas medievales”.²⁸⁸

Es posible hallar en los juristas clásicos algunos antecedentes a propósito de la desaparición de personas y la duda legítima respecto de su supervivencia transcurrido cierto período de tiempo, especialmente cuando esa duda se fundaba en el hecho de que el sujeto desaparecido había atravesado una situación de peligro real y objetivo para su vida. En verdad, “el tratamiento que Roma daba a esta figura puede considerarse en cierto sentido como antecedente directo de la moderna institución de la ausencia, sobre todo desde un punto de vista sustancial”.²⁸⁹

Dado, pues, que no existe un tratamiento sistemático y unitario en el derecho romano sobre el tema, a continuación se analizarán algunos casos concretos de ausencia ante los cuales el antiguo legislador debió dar respuesta por los efectos jurídicos de tal desaparición: 1) el desconocimiento del paradero del *pater familias* al momento de que alguno de sus hijos quisiera contraer matrimonio; 2) los efectos de la ausencia de uno de los cónyuges respecto del matrimonio; 3) la *Lex Cornelia de Captivis* y sus efectos en los testamentos y en la sucesión *ab intestato* del *pater familias* cautivo; y 4) el caso del cautivo de guerra y el *ius postliminium*.

a) La ausencia del pater familias y el matrimonio de los hijos

En el Digesto se puede leer un fragmento del jurista Paulo según el cual, si se registra la ausencia del *pater familias*, los hijos e hijas pueden contraer matrimonio sin necesidad de su consentimiento, transcurridos los tres años de ausencia material: “Si el padre estuviera ausente, de modo que se ignorase dónde esté y si exista, con razón se duda qué se ha de hacer.

²⁸⁸ LOUZAN DE SOLIMANO, N. D. (1990). *Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial de Belgrano, p. 133.

²⁸⁹ LAIN CASADO, C. (2016). *La ausencia en el derecho civil y en el derecho militar: Estudio histórico y comparado*. Tesis doctoral. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, p. 177.

Y si hubieren pasado tres años, después que completísimamente se haya ignorado dónde mora el padre, y si aún vive, no se les prohíbe a sus hijos, de uno u otro sexo, contraer matrimonio o legítimas nupcias”.²⁹⁰

La ausencia material, por cierto, se configura por la falta de presencia física del *pater*, acompañada del desconocimiento sobre su paradero y su supervivencia. Siguiendo en este punto a Lain Casado, puede decirse que Paulo ofrece una definición de ausencia caracterizada por la incertidumbre que le es inherente.²⁹¹

b) Efectos de la ausencia de uno de los cónyuges respecto del matrimonio

En el *Corpus Iuris Civilis* se presenta el caso del esposo o esposa cuyo cónyuge haya caído en manos del enemigo, habiendo certeza o no de su muerte. En cualquiera de las dos circunstancias se consideraba disuelto el matrimonio,²⁹² puesto que cualquiera de los dos afectados podía volver a contraer matrimonio sin riesgos: “Más si fuera incierto si vive o no la persona que cayó en poder de los enemigos, en este caso se ha de esperar un quinquenio, ya por el marido, ya por la mujer, después del cual, ora se haya adquirido la evidencia de muerte, ora éste permanezca incierta, será lícito volverse a casar sin riesgos”.²⁹³

El hecho de ser prisionero de guerra durante el tiempo que duraba el cautiverio afectaba a la familia y, dentro de ella, al matrimonio.²⁹⁴ En relación de lo cual cabe recordar que el matrimonio romano clásico fue concebido

²⁹⁰ D. 23. 2. 10.

²⁹¹ LAIN CASADO, *op. cit.*, p. 178.

²⁹² LOUZAN DE SOLIMANO, *op. cit.*, p. 133.

²⁹³ Novelas XXII, Cap. VII.

²⁹⁴ LOPEZ GUETO, A. (2019). “La herencia de la cautiva”. En *Vergentis*, 9, p. 124. La autora sostiene que desde el derecho antiguo la prisión de guerra fue considerada una causa de disolución del matrimonio, y afirma que la solución era tajante por más que la esposa permaneciera en el domicilio conyugal, permitiéndosele contraer nuevas nupcias.

como la unión de marido y mujer. Ahora bien, la no presencia de uno de los cónyuges o de ambos con motivo del cautiverio traía como consecuencia la disolución del mismo ante la pérdida del *status civitatis* (condición de ciudadano) por parte del prisionero.²⁹⁵

El matrimonio se diferenciaba, por cierto, del resto de las relaciones del prisionero de guerra —que se recobraban mediante el ejercicio del postliminio—, ya que en el caso de aquel se requería como condición necesaria la manifestación inicial de la voluntad o intención de las partes para la constitución de la relación marital, del mantenimiento de la *affectio maritalis* a través del tiempo.

c) La Lex Cornelia de Captivis

En virtud de la *Lex Cornelia de Captivis* del año 81 a. C., se consideraba que el ciudadano romano muerto en poder de los enemigos había fallecido justo antes de sufrir la *capitis deminutio máxima* (disminución de la capacidad) que implicaba el cautiverio.

De esta manera, en el caso de haberse dictado testamento se permitía —a través de una ficción legal dispuesta por la ley citada— la validez del mismo pese a la pérdida del *ius testamenti factio* (derecho de testar y de ser instituido heredero), acaecida como consecuencia de la caída en poder de los enemigos. Por lo expuesto, el propósito de la *Lex Cornelia* era proteger la validez del testamento de aquel que había fallecido siendo esclavo.

d) El cautivo de guerra y el ius postliminium

El derecho romano, como muchos otros de la Antigüedad,²⁹⁶ previó desde

²⁹⁵ LAIN CASADO, *op. cit.*, p. 193.

²⁹⁶ HERNÁNDEZ-TEJERO, M. (1989). "Aproximación histórica al origen del *ius postliminii*". En *Gerión*, n° 7, p. 58. Por su parte, Francisco Cuenca Boy, siguiendo el juicio de Perrián Gómez, enseña que el origen del postliminio se fundaría en una costumbre internacional que pudo

la etapa arcaica la posibilidad del regreso del prisionero de guerra durante la contienda, con la recuperación de su *status* personal y patrimonial. En efecto, el *ius postliminii*²⁹⁷ permitía al romano cautivo recuperar la libertad y la ciudadanía por la sola circunstancia de volver a la ciudad.

El caso del cautivo de guerra fue un supuesto muy frecuente de ausencia, el cual recibió un tratamiento especial a través del *postliminium*. En el D. 49. 15. 19 proemio se lee:

Postliminio es el derecho por las costumbres y las leyes establecido entre nosotros y pueblos y reyes libres para recobrar de un extraño una cosa perdida, y restituirla a su estado primitivo. Porque lo que perdimos en la guerra, o aún sin guerra, si lo recobramos de nuevo, se dice que lo recobramos por el postliminio. Y esto se introdujo por equidad natural, para el que injustamente era detenido por extraños, recobrase su primitivo derecho luego que hubiese vuelto a sus propios confines.

El fragmento citado demuestra que el postliminio no era originario de Roma. Según Bartosek, habría empezado a desarrollarse en época antigua, cuando Roma tenía ya un cierto poder y prosperidad, y se quería asegurar a los ciudadanos una situación ventajosa. Sin llegar a ser la restitución de un estado anterior perdido, se buscaba eliminar los efectos negativos de un estado de hecho: la cautividad.²⁹⁸

preceder a la "costumbre" fuente del *ius civile*, encontrando indicio de ello en D. 49. 15. 19. pr., al interpretar que el *ius postliminii* nace de pactos internacionales entre Roma y otros pueblos y reyes. Ver en CUENA BOY, F. (2008). "Ausencia y *postliminium*". En *Rivista di Diritto Romano*, 8, p. 1 ss. Disponible en: <https://bit.ly/3mgYs4r>.

²⁹⁷ Para López Gueto, "no puede obviarse que el *ius postliminii* era una institución muy antigua, procedente de los mores, pero sus límites necesariamente mutaron cuando Roma alcanzó un cierto poder y prosperidad. El concepto clásico ya incluiría necesaria y expresamente a los prisioneros de guerra, otorgando al vencedor un poder absoluto sobre las personas derrotadas y sus cosas." En LÓPEZ GUETO, A. *op. cit.*, p. 121. La misma autora recuerda que curiosamente el ciudadano hecho prisionero, al regresar a Roma entraba en su casa por la ventana y no por la puerta, para dar a entender que jamás había dejado su morada.

²⁹⁸ Citado en M. HERNÁNDEZ-TEJERO, *op. cit.*, p. 56.

Hay vestigios de su presencia en Roma desde los siglos III y II a. C. No obstante, sufrió una notable evolución en cuanto a sus efectos y a su aplicación. En este sentido, cabe preguntarse: ¿qué derechos se recobraban por el *ius postliminium*?

Tras su regreso, el ex cautivo de guerra obtenía nuevamente la titularidad de derechos como: el derecho de votar en las asambleas populares; el derecho a presentar candidatura y ocupar distintos cargos públicos; el derecho a ejercitar las correspondientes acciones civiles y criminales ante los tribunales de justicia; el derecho a formar parte del ejército de Roma; y derecho a constar en el censo, con los efectos que ello aparejaba en los ámbitos familiar, político, militar y tributario.

Los requisitos para que se configurara el *postliminium* eran los siguientes: a) Que el ciudadano romano hubiera sido tomado como prisionero de guerra por parte de enemigos militares. No surtía dichos efectos si el ciudadano era hecho prisionero de una guerra civil; b) El prisionero de guerra debía retornar a Roma o a otro territorio que mantuviera relaciones de amistad con ésta.

A continuación, se citan algunos fragmentos extraídos del Digesto vinculados a este caso. Sobre la consideración del cautivo como ausente:

Si el hijo del que está en poder de los enemigos, o ausente, tomó mujer antes de los tres años de la cautividad o de la ausencia del padre, o si la hija de este se casare, opino que legítimamente se contrae el matrimonio, o las nupcias, con tal que el hijo tome aquella mujer, o la hija se case con tal individuo, cuya condición sea cierto que el padre no la haya de rechazar.²⁹⁹

Aquel, cuyo padre fue cogido por los enemigos, puede tomar mujer, si no volviera dentro de tres años.³⁰⁰

En relación a los bienes que se recuperaban con el *postliminium*, puede leerse también en el *Digesto*:

²⁹⁹ D. 23. 2. 11.

³⁰⁰ D. 23. 2. 9. 11.

Hay el postliminio para las naves grandes y de carga por razón de su uso para la guerra, no para los pescadores, o para las ligeras que algunos hicieron para el recreo.³⁰¹

También el caballo, o la yegua que admite freno, son recobrados por el postliminio, porque pudieron escaparse sin culpa del caballero.³⁰²

En concordancia con lo expresado precedentemente, coincidimos con Hernández-Tejero que al postliminio del *servus* (esclavo) debe haber precedido la aplicación del postliminio a los caballos, mulos y naves.³⁰³

Los fragmentos citados *ut supra* son una clara demostración de que el cautivo era considerado ausente, aun cuando no existiera una teoría desarrollada en torno a la figura de “la ausencia con presunción de fallecimiento” dentro del derecho romano, como ya ha sido expresado al inicio de este apartado.

III. Conclusión

La “ausencia con presunción de fallecimiento” es una institución que figuraba tanto en el antiguo Código velezano como en actual CCCN, donde se regulan diferentes supuestos de ausencia, así como también el procedimiento judicial que se ha de seguir para poner en resguardo los bienes y derechos del ausente. También allí se consideran los efectos que la ausencia declarada por sentencia judicial tiene sobre el matrimonio.

En el derecho romano no es posible hallar un cuerpo teórico unificado sobre dicho instituto, aunque de la lectura del *Corpus Iuris Civilis* se desprenden diversas soluciones dadas por los juristas ante la ausencia del *pater familias* y los efectos que dicha ausencia conllevaba (caso a), la situación

³⁰¹ D. 49. 15. 2 pr.

³⁰² D. 49. 15. 2. 1.

³⁰³ HERNÁNDEZ-TEJERO, *op. cit.*, p. 57.

del cónyuge en relación a un nuevo matrimonio cuando su esposa o esposo había quedado en manos del enemigo (caso b), la validez del testamento de aquel que había fallecido siendo esclavo (caso c) y el caso del cautivo de guerra que vuelve a la ciudad tras recuperar su libertad (caso d).

El análisis de esos supuestos ha permitido probar que el tema de la ausencia ya constituía una preocupación para los juristas en la Antigüedad debido a los efectos que aquella suscitaba en la familia y en los bienes que dependían del *pater familias* o del ciudadano libre en manos de sus enemigos.

El hecho de que no haya existido, o al menos no haya constancia de un cuerpo doctrinal homogéneo o unificado sobre tal instituto en el derecho romano, constituye un aliciente para seguir indagando los supuestos en que el mismo aparecía legislado, y así reconstruir la *mens legislatoris antiqui* (la mente del legislador antiguo) en relación a la materia. Solo de esta manera será posible en sucesivos estudios de profundización establecer continuidades o divergencias no solo con respecto de la legislación local, sino también con los doctrinarios que a partir de la Edad Media fijaron posición sobre la cuestión.