

EFFECTOS JURÍDICOS DE LA AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO

AGUSTÍN GORDILLO

1. — La ley 14.394 legisla dos tipos de ausencia: uno, la ausencia en general, y otro, la ausencia con presunción de fallecimiento. La ausencia en general (por algunos llamada "simple ausencia", lo que puede llevar a confusión) no requiere ninguna circunstancia específica y no afecta la persona del ausente; no presupone duda alguna sobre su existencia y tiene en mira únicamente el cuidado de los bienes de la persona que se hubiere ausentado del lugar de su domicilio o de su residencia, cuando de ella no se tuviere noticia y no hubiere dejado apoderado con poderes suficientes. No es necesario el transcurso de plazo alguno, y su único efecto es la designación de un curador a los bienes del ausente, lo que hará el juez a pedido de parte interesada (arts. 15, 16, 17 y 18 de la ley 14.394).

2. — La ausencia con presunción de fallecimiento tiene lugar cuando se torna incierta la existencia de la persona, sea por la duración de su ausencia, sea por algún suceso que pudiera haberla afectado; en el primer caso se tratará de ausencia con presunción de fallecimiento simple, y en el segundo ausencia con presunción de fallecimiento calificada. Desde que comúnmente se las llama ausencia simple y calificada, es conveniente evitar designar "simple ausencia" a aquélla en que no hay presunción de fallecimiento, para evitar posibles confusiones; es preferible llamarla "ausencia en general", siguiendo la terminología de Enneccerus.

3. — En la ausencia simple el elemento determinante de la presunción legal es el tiempo, pero deben concurrir otras características;

a) Que el ausente haya tenido por lo menos una vez su domicilio o residencia en la República. (El hecho de que no lo hubiera tenido nunca bastaría para desestimar la demanda. "La Ley", t. 15, p. 492).

b) Que no esté en ese domicilio o residencia. Es indiferente que se trate de simple residencia o de domicilio; si es una persona desaparece de éste, para luego aparecer en alguna residencia, de donde desaparece definitivamente, el plazo se contará desde la desaparición de esta última; de lo contrario se violaría el requisito de "no tenerse noticia" posterior a la desaparición.

c) Que no se tenga noticia de ella, en sentido lato.

d) Que esa falta de noticia se prolongue por el término de tres años. El artículo 22 in fine expresa que "ese plazo será contado desde la fecha de la última noticia que se tuvo de la existencia del ausente; esto da lugar a dos cuestiones: ¿para contar el plazo se tomará en cuenta la fecha de recepción o de emisión de la última noticia?; ¿para qué este plazo si el día del fallecimiento presunto se fija de acuerdo a otras reglas? (art. 27).

En cuanto a lo primero pueden darse dos interpretaciones: que "tener noticia" indicaría que el criterio seguido por la ley es el de la recepción, ya que se trata de un hecho puramente subjetivo; o que si el art. 23, al legislar los dos casos de ausencia calificada, establece que los plazos se contarán "desde el día en que ocurrió, o pudo haber ocurrido el suceso", consagrando así de manera categórica el principio de la emisión, no hay ninguna razón para pensar que la ley pudiera haber sentado el criterio opuesto en la ausencia simple. Creemos que ésta es la solución correcta, más aún si se tiene en cuenta que el art. 23 repite la frase del 22 "se tuviere noticia", pero que inmediatamente después la aclara con la disposición sobre la forma de contar el plazo.

En cuanto a lo segundo, la ley dice en su art. 22 que pasados los tres años se lo presume muerto; en el art. 27, 1º, dice que el día del fallecimiento presunto será el último día del primer año y medio. Prima facie habría una contradicción, pues se lo declara muerto al año y medio, y recién se puede presumirlo muerto a los tres años. Lo que sucede es que si bien la presunción de muerte toma cuerpo al año y medio de ausencia, la ley no permite que la fijación de ella pueda pedirse hasta pasado cierto tiempo. Los tres años del art. 22 constituyen, pues, un plazo procesal, y la presunción de fallecimiento se determina según el plazo de derecho común del art. 27.

e) Spota (Tratado de Der. Civil, Bs. As., 1949, t. I, vol. 3-2, nº 1018), y con él la doctrina más generalizada, agregan como requisito de la ausencia simple, la incertidumbre sobre la existencia del ausente. Es esto, a nuestro criterio, un error lógico. Si es la ley —a través de la sentencia judicial— la que viene a declarar la presunción de muerte del ausente, ¿cómo podría con-

siderarse un necesario antecedente de la misma, precisamente esa presunción de muerte (o incertidumbre sobre la vida, lo que es lo mismo) que se quiere declarar? *La sentencia no declara la CERTEZA de la muerte, pues eso sería muerte comprobada*, sino la incertidumbre sobre la vida del ausente, la probabilidad de su deceso, a la que da especiales consecuencias jurídicas; no puede una misma cosa, cual es esa certidumbre, ser a la vez causa y efecto de la sentencia. Es *la ley* la que declara la presunción, y para ello le bastan los requisitos que enumera, entre los cuales no se encuentra éste; no puede en consecuencia exigirse más requisitos que los que resultan de la ley y que son los enumerados precedentemente.

4. — En la ausencia calificada los elementos determinantes de la presunción legal son un suceso capaz de producir la muerte, que hubiere afectado al ausente, y el no tenerse noticias de su existencia por un plazo previsto.

Los plazos varían según el tipo de suceso. Si el ausente “se hubiere encontrado en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte”, son dos años; si se hubiere encontrado en una nave o aeronave naufragada o perdida, seis meses (en ambos casos, contados desde el día en que ocurrió, o pudo haber ocurrido el suceso: art. 23, incisos 1º y 2º). En cuanto al primero de los casos, la susceptibilidad de ocasionar la muerte debe considerarse lo característico, y todo hecho susceptible de producir la muerte, aunque no constituya un “suceso semejante”, debe dar lugar a la presunción del fallecimiento, en virtud de que el mismo artículo agrega al final: “. . . o hubiere participado en una empresa que implique el mismo riesgo”. Inversamente, si algún “suceso semejante” carece de esa cualidad, es insuficiente. En definitiva, lo que interesa es la situación de peligro que puede haber creado para la persona, trátase de un hecho catastrófico o de uno de menor importancia y derivaciones (derrumbe, desmoronamiento; persona que se interna en el desierto, etc.).

5. — Todo aquél que tuviere algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trata puede pedir la declaración del día presuntivo del fallecimiento, justificando: a) el suceso de que se trate —en su caso—; b) que el desaparecido se hallaba en situación de ser alcanzado por el mismo; c) el término de la ausencia; d) las diligencias practicadas para averiguar la existencia del ausente; e) el tener algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate.

Presentada la petición, el juez nombrará defensor al ausente —o dará intervención al defensor oficial cuando lo hubiere dentro de la jurisdicción— y citará a aquél por edictos, una vez

por mes durante seis meses (art. 25). Sólo son partes en el juicio el defensor y el denunciante (Jur. Arg., t. 76, p. 260).

Pasados los seis meses, recibida la prueba y oído el defensor, el juez, si hubiere lugar a ello, declarará el fallecimiento presunto del ausente, fijando el día presuntivo de su muerte, que será en el caso de ausencia simple, el último día del primer año y medio, en el primer caso de ausencia calificada, el día del suceso en que se encontró el ausente, y en el segundo caso el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdida (art. 27).

La declaración del día presuntivo del fallecimiento no hace cosa juzgada, pues si lo que se declara es el día *presuntivo* es porque no se ha podido comprobar su certeza; mal podría entonces negarse la producción de prueba en contrario. Ello no carece de consecuencias, porque del día fijado como presuntivo del fallecimiento dependerán los derechos de los herederos.

6. — Dictada la declaratoria, el juez mandará abrir, si existiere, el testamento que hubiere dejado el desaparecido (art. 28); recibirán los bienes del ausente los herederos al día presuntivo del fallecimiento, y los legatarios o sus sucesores. Esta enumeración de la ley no es taxativa, al igual que no lo era la homóloga del C.C. —art. 118—; así los acreedores pueden ejercer la acción subrogatoria, y tienen derecho a la posesión provisional también los extraños con derechos subordinados a la condición de su muerte; a falta de herederos, el Estado; en el caso de una cesión total de derechos, el cesionario (pues no se trata de herencia futura: Salvat, Trat. Der. Civ. Arg., P. Gen., n° 1095; Spota, op. cit., n° 1459; Jur. Arg., t. 61, p. 431).

También los herederos preferentes o concurrentes preteridos, que se presentasen justificando su derecho a la época del fallecimiento presunto, podrán reclamar la entrega de los bienes o la participación que les corresponda en los mismos, según el caso (art. 29, 2° párr.). Pero los frutos devengados pertenecen al tenedor de buena fe (íd., 3er. párr.).

7. — Hay que hacer una salvedad: por los artículos 1307, 1308 y 1309 del C. C., la mujer del ausente tiene derecho a optar entre la disolución o la continuación de la sociedad conyugal. En el primer caso se hará la división judicial de los bienes, adjudicándolos en posesión provisoria a los herederos y demás derecho-habientes. Pero ¿se mantiene el derecho de la mujer a optar por la *continuación* de la sociedad conyugal? En realidad, la ley 14.394 no contiene ninguna norma que expresa o implícitamente deje sin efecto los artículos mencionados del Código Civil, pero podría aducirse que desde que la misma omite voluntariamente —según resulta de los considerandos del proyecto y de los deba-

tes parlamentarios— la distinción entre posesión provisoria y posesión definitiva, no cabría aplicar los artículos 1307, 8 y 9 del C. C., que tienen por presupuesto esencial esa distinción.

Pero el argumento falla por la base, como veremos a continuación.

8. — Se había dicho en crítica al Código Civil que su régimen de posesión provisoria detenía la circulación de los bienes, con grave perjuicio para la sociedad. Así es que en el proyecto del P. E. se suprimió tal disposición y se lo hizo notar en los considerandos; en el Parlamento se repitió con énfasis la supresión que se realizaba, pero nadie pareció notar que la supresión era sólo terminológica. Goldstein, en un artículo publicado en "La Ley", t. 79, p. 811 ("La ausencia con presunción de fallecimiento en la nueva legislación nacional") peca de la misma superficialidad.

Si analizamos el artículo 28:

"... Los herederos al día presuntivo del fallecimiento y los legatarios, o sus sucesores, recibirán los bienes del ausente, *previa formación de inventario*.

"El dominio de los bienes del presunto fallecido se inscribirá en el registro correspondiente, *con la prenotación del caso*, a nombre de los herederos o legatarios, que podrán hacer partición de ellos pero *no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial*".

Observamos que esta posesión sólo difiere de la "provisoria" del código civil en que no se exige fianza a los herederos, lo que por cierto es bastante reprobable, puesto que se deja sin ninguna protección los intereses del ausente, para el caso de que retorne.

Decía el artículo 118 del C. C.: "Fijado el día presuntivo del fallecimiento, los herederos testamentarios, y en su falta los legítimos, a la época del día presuntivo fallecimiento del ausente, o los herederos de éstos o los legatarios, entrarán en la posesión provisoria de los bienes del ausente bajo inventario formal y fianzas que aseguren su buena administración. Si no pudiesen dar fianzas, el juez podrá exigir la garantía que juzgue conveniente, o poner los bienes bajo la administración de un tercero". Y el 121: "Los herederos presuntivos o los herederos instituidos, después de dada la posesión provisoria, pueden hacer división provisoria de los bienes, sin poder enajenarlos, sean muebles o raíces, sin autorización judicial". Es evidente que en uno y otro caso se trata de la misma cosa.

En cuanto a la posesión definitiva, la trata el artículo 3º de la ley de reforma (por más que no la mencione):

“Transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento, u ochenta años desde el nacimiento de la persona, quedará sin efecto la prenotación prescrita pudiendo desde ese momento disponerse libremente de los bienes”.

En consecuencia, la distinción entre posesión provisoria y posesión definitiva de los bienes subsiste, aunque se hayan introducido ligeras diferencias:

9. — Siendo ello así, no se puede argumentar que debido a la “supresión” de la posesión provisoria como trámite intermedio no pueda el cónyuge supérstite optar por la continuación de la sociedad conyugal “para impedir el ejercicio provisorio de los derechos subordinados al fallecimiento de su marido”, según expresa el artículo 1307 del C. C.

Por lo tanto, tienen plena vigencia ese artículo y sus concordantes:

1308: “Este derecho puede ejercerlo, aunque ella misma hubiese pedido la declaración judicial del día presuntivo del fallecimiento de su marido, y aunque ya hubiese optado por la continuación de la sociedad conyugal; pero si hubiese optado por la disolución de la sociedad no podrá retractar su opción después de aceptada por las partes interesadas”.

1309: “Si la mujer optare por la continuación de la sociedad administrará todos los bienes del matrimonio, pero no podrá optar por la continuación de la sociedad si hubiese luego, por el tiempo transcurrido, de decretarse la sucesión definitiva del marido”.

La última parte del artículo 1309 se aplica al caso en que el ausente tuviera para la fecha ochenta años de edad, si viviere, y al caso en que ya hubieren pasado cinco años de la fecha que de acuerdo al artículo 27 (ley 14.394) se fije como día presuntivo del fallecimiento, pues es recién entonces que se produce lo que el Código llama sucesión definitiva y que el artículo 3º (ídem) legisla diciendo que “...quedará sin efecto la prenotación prescrita pudiendo desde ese momento disponerse libremente de los bienes”. Este mismo artículo dice en su parte final que “Queda concluída y podrá liquidarse la sociedad conyugal”, con lo que corrobora el 1310 del C. C.: “La continuación de la sociedad conyugal no durará sino hasta el día en que se decretase la sucesión definitiva”.

Entendemos que también es de aplicación el artículo 1311:

“Si la mujer optare por la disolución de la sociedad conyugal serán separados sus bienes propios y divididos los comunes, observándose lo dispuesto en el Libro 4º de este Código, sobre la sucesión provisoria”.

10. — Determinado quiénes tienen derecho a la posesión provisoria se hará entrega de los bienes previa formación de inventario —art. 28—; la ley no aclara cómo será éste, pero consideramos que debe ser “formal”, según disponía el C. C., vale decir con citación de interesados y por escritura pública tratándose de inmuebles, derechos reales de garantía o muebles cuyo valor supere los mil pesos (art. art. 1184, inc. 2, y 3370 del C. C.).

El artículo 28, que ya transcribimos anteriormente, determina que el dominio de los bienes se inscribirá en el registro de la propiedad con la prenotación del caso, a nombre de los herederos o legatarios, que podrán hacer partición de los mismos, como un derecho de cualquiera de ellos para hacer cesar la comunión hereditaria, pero no podrán enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial. Esta autorización la dará el juez siempre que no contraríe los intereses del ausente.

Borda (op. cit., n° 208) considera necesario que también la partición sea judicial, lo que si bien es aconsejable desde el punto de vista de los intereses del ausente, no resulta prima facie exigible de la ley 14.394, debiéndose por lo tanto aplicar los principios generales, de acuerdo a los cuales la participación será judicial solamente cuando hubiera algún menor o incapaz interesado, o no haya acuerdo entre los herederos o haya oposición de terceros fundados en un interés jurídico.

Ya demostramos en el número 2° que el régimen del código se ha mantenido y que no es en consecuencia con la posesión definitiva que se transmiten los bienes del presunto fallecido; simplemente dándose con ella los requisitos para poseer ad usucapionem. De allí se sigue que si quien está en posesión provisoria de los bienes muere antes de obtener la posesión definitiva, sus derechos se transmiten no obstante a sus herederos (Conf. Spota, op. cit., p. 633, nota 1433); vemos así que la posesión provisional es ya una posesión hereditaria, que encierra en sí la sucesión definitiva, sujeta tan sólo a plazo suspensivo.

Esta posesión provisoria es esencialmente revocable: dice el artículo 29 que “Si hecha la entrega de los bienes se presentare el ausente o se tuviere noticia cierta de su existencia, aquélla quedará sin efecto.

“Si se presentasen herederos preferentes o concurrentes preferidos que justifiquen su derecho a la época del fallecimiento presunto podrán reclamar la entrega de los bienes o la participación que les corresponda en los mismos, según el caso”. Respecto a los frutos percibidos se aplicará lo dispuesto respecto a los poseedores de buena o mala fe, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1307 y siguientes del Código Civil.

11. — Transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento, u ochenta desde el nacimiento de la persona, que-

dará sin efecto la prenotación prescripta, pudiendo desde ese momento disponerse libremente de los bienes. Ésta es ya la sucesión definitiva antes mencionada, pero al igual que la provisional, está sujeta a condición resolutoria, desde que si el ausente reapareciere podrá reclamar la entrega de los bienes que existieren, pero en el estado en que se hallaren. También deberán serle entregados los bienes adquiridos con el valor de los que faltaren, el precio que se adeudase de los que se hubieren enajenado y los frutos no consumidos.

La disposición de este artículo —el 32— es criticable; omite la aclaración que tenía el 124 del C. C.: “. . . pero no podrá exigir el valor de los consumidos ni las rentas o intereses percibidos por los que hubiesen tenido la posesión definitiva”; es peligrosamente amplio al establecer que el ausente reaparecido podrá reclamar los bienes adquiridos con el *valor de los que faltaren*: ello comprende sin dificultades el caso de la compraventa y la permuta en que ya ha ingresado un determinado bien al patrimonio del heredero, pero la solución es más complicada cuando se trata de un contrato oneroso de renta vitalicia, o de donaciones remuneratorias o con cargo. Los derechos y las obligaciones de terceros no pueden verse afectados por un hecho que no les concierne; creemos entonces que la aplicación del artículo ha de limitarse a la compraventa y la permuta, como en el régimen del C. C.

Si en similares circunstancias se presentaren herederos preferentes o concurrentes preteridos podrán ejercer la acción de petición de herencia (art. 32, 2ª parte); si triunfan en ella, rigen a su respecto las mismas normas precedentes, y los bienes les serán entregados en las mismas condiciones que si fuera el ausente reaparecido (Conf. Borda, op. cit., nº 220). La ley suprime el error en que había incurrido Vélez Sársfield al exigir que los peticionantes probasen la muerte efectiva del testador (art. 125); es natural y lógico que sea suficiente la declaración judicial de su *muerte presunta* (Conf. Salvat, op. cit., nº 1142).

En los dos casos regirá lo dispuesto respecto de las obligaciones y derechos de los poseedores de buena o mala fe (art. 32, 3ª parte).

- a) hacerse la petición por parte interesada (art. 122);
- b) hacerla ante juez competente (Ver Spota, op. cit., número 1070);
- c) transcurso de uno de los plazos legales.

Hoy sólo se requiere lo último, ya que la prenotación en el Registro de la Propiedad queda sin efecto ipso jure por el solo vencimiento del término.

Los plazos legales son dos: uno tiene en cuenta la vida probable de la persona, que por lo general no sobrepasa los ochenta

años, y el otro es un término que se cuenta a partir del día presuntivo del fallecimiento. Se destruye así la aplicación de una jurisprudencia que había determinado que el plazo se contaba desde la desaparición del ausente (Cám. Civ., I Cap., J. A., t. 47, p. 109; Cám. Civ. 2º Cap., J. A., t. 32, p. 1059). La reforma, en realidad, afecta sólo al artículo 22 —ausencia simple—, pues a pesar del cambio de fondo la solución no ha variado para los dos casos de ausencia calificada, pues en ellos el día presuntivo del fallecimiento se identifica con el de las últimas noticias tenidas (Comp. jur. cit., y Spota, op. cit., nota 1495).

La nueva solución para el caso de ausencia simple no es muy lógica, pero se justifica igualmente por razones de prudencia legislativa.

13. — El artículo 3º in fine reproduce el artículo 123 del C. C.: "Queda concluída y podrá liquidarse la sociedad conyugal". Esto se refiere únicamente a los bienes, tanto en el Código (V. Llerena, art. 123, n. 1-2) como en la ley de reforma, pues de destruir los efectos del art. 223 del código mencionado, y 83 de la ley de Matrimonio Civil se encarga el art. 31 de la ley 14.394.

La disposición sólo tiene aplicación en el caso de que la mujer, puesta a elegir de acuerdo a la facultad que le confieren los artículos 1307, 1308 y 1309 del C. C., hubiera optado por la continuación de la sociedad conyugal y hubiere quedado en consecuencia a cargo de la administración provisional de los bienes. Esta administración termina ahora necesariamente y deberá otorgarse la propiedad hereditaria a quien corresponda, *previa tramitación del correspondiente juicio sucesorio*.

Esto último es evidente: el juicio de ausencia ya quedó terminado, pues la ley no establece su continuación o reapertura para decidir la situación de los bienes. Por otra parte, resulta aplicable la jurisprudencia anterior (Cám. Civ. 1º Cap., La Ley. t. 23, p. 96; Conf.: fallos en J. A., t. 44, p. 195, t. 13, p. 715; t. 60, p. 402; Conf. Spota, op. cit., nº 1043 y la extensa nota 1433), que establece que "El juicio de ausencia con presunción de fallecimiento termina una vez llenado su propósito...: declaración de ausencia y fijación del día presuntivo del fallecimiento. Ello sólo comporta... labrar el acta de defunción de la persona desaparecida y que desde entonces queda abierta la sucesión... con arreglo a lo preceptuado en el artículo 3262 del Código Civil". "La justificación del parentesco (a los efectos de la posesión provisoria) no sustituye la tramitación del juicio sucesorio y declaratoria de herederos necesarios para el goce de los derechos que puedan derivar de esa calidad". Esta jurisprudencia es inútil para los otros casos, pues se ve enervada por la norma de que los derechos habientes entran en la posesión definitiva de pleno

derecho, sin necesidad de previa declaración judicial, pero como tal disposición es a su vez inaplicable en esta situación, queda convalidada la mencionada regla tribunalicia.

14. — ¿Cuál es la capacidad del ausente en los distintos momentos de su ausencia? Durante la ausencia en general (“simple ausencia”) no es un incapaz, vale decir, no se halla comprendido en el inciso 5º del artículo 54 del C. C. Así lo había resuelto la jurisprudencia anterior (Jur. Arg., t. VII, p. 307) y las discrepancias doctrinarias existentes (Spota, op cit., nº 1005; Orgaz, en Jur. Arg., t. 68, p. 53, sec. doc.; Díaz de Guijarro, en Jur. Arg., t. 67, p. 749) se hallan al parecer obviadas por el artículo 15 de la ley 14.394, el cual dice que el curador que se podrá nombrar al ausente lo será a los bienes: si no se nombra curador a la persona es porque no se trata de un incapaz.

Puede dar lugar a duda el artículo 20, que dice que “Las calidades personales, facultades y obligaciones del curador del ausente se rigen por lo dispuesto en el Código Civil respecto de los tutores y curadores”. En este artículo el legislador, además de hablar de “curador del ausente” en lugar de “curador a los bienes del ausente”, como correspondería si tal fuera su decisión, hace una mención conjunta de lo dispuesto en el C. C. respecto a *los tutores y curadores*, lo que lleva a pensar si no tuvo en mente realmente la curatela a la persona, en lugar de la de los bienes.

Sin embargo, el artículo 15 es demasiado claro para poder apartarse de lo que prescribe; además de decir explícitamente que se trata de un curador a los bienes, evidencia que ello es efectivamente así al analizar problemas vinculados exclusivamente con la curatela a los bienes: “. . .designar un curador a los bienes siempre que el cuidado de éstos lo exigiere. La misma regla se observará si, existiendo apoderados, sus poderes fueren insuficientes o no desempeñare convenientemente el mandato, o éste hubiese caducado”. La ley no menciona para nada la persona del ausente, ni da pauta alguna que permita suponer que se trata de un curador a la persona.

Si no se fija un curador a la persona del ausente, es obvio entonces que no se trata de un incapaz, y que el artículo 54 del Código Civil no comprende al simple ausente declarado tal en juicio.

15. — Pasamos ahora al momento en que se inicia el juicio no ya de ausencia en general sino de ausencia con presunción de fallecimiento. La situación se repite: el artículo 25 dice que el juez “Designará, además, *un curador a sus bienes* siempre que no hubiere mandatario con poderes suficientes, incluso el que prevé el artículo 19, o cuando por cualquier causa aquél no desempeñare convenientemente el mandato”.

En consecuencia, mientras dura el juicio de ausencia con presunción de fallecimiento, tampoco es el ausente un incapaz.

16. — Llega el momento de la declaración de la muerte presunta del ausente y de la entrega de sus bienes en posesión provisoria a los derechohabientes. El artículo 119 del Código Civil establecía que "Los derechos y las obligaciones del que hubiese obtenido la posesión provisoria serán los mismos que los del curador del incapaz de administrar sus bienes". Esta disposición es concordante con el inciso 5º del artículo 54, que lo declara un incapaz absoluto: *mas ella falta en la ley 14.349.*

¿Ha de derivarse alguna consecuencia de esa falta? Los artículos de la ley se corresponden perfectamente con los del código (22 y 110-111; 23 y 112; 24 y 113; 25 y 115; 26 y 116; 27 y 117; 28 y 118), pero al llegar al artículo 29, que debería legislar el supuesto del 119 del Código, encontramos que corresponde al 120 y 121, diciendose nada sobre la curatela a la persona del ausente. ¿Significa ello que se deroga el artículo 119? ¿O significa que el mismo sigue en vigencia sin modificaciones?

En favor de la segunda interpretación está el hecho de que la ley también "saitea" el artículo 114 del código, y sin embargo es evidente que el mismo sigue en vigencia. Pero no creemos que esto sea argumento suficiente, puesto que hasta al mismo artículo 114 la ley lo prevé, si bien más simplemente, en el artículo 24; nosotros nos inclinamos a considerar que la omisión fué intencionada y que el artículo 119 del C. C. se halla derogado.

Nos basamos para ello en que el artículo 21 dice respecto al curador del artículo 19 —que en definitiva es el mismo del artículo 25 (V. n.º 27) que "Termina la curatela de los ausentes declarados: . . . 3º Por su fallecimiento presunto, judicialmente declarado". Si la ley establece una determinada curatela, y luego manda que termine, y no agrega nada más, lo más lícito es concluir que entiende dejar sin ninguna clase de curatela a la persona afectada.

17. — Ello constituye, por otra parte, la solución más lógica. En el régimen del Código Civil, que no permitía el nuevo casamiento del cónyuge supérstite, y que establecía toda clase de protecciones para los intereses del ausente en caso de que retornara, considerándolo así "simultáneamente vivo y muerto" (ver n. 3), era hasta cierto punto explicable que se pudiera considerarlo un incapaz. Pero en el nuevo ordenamiento legal, tal posición no sería sostenible: la ley da toda clase de facilidades para los derechohabientes (plazos cortos, falta de fianza, pronta consolidación de su título), y permite además que el cónyuge supérstite contraiga segundas nupcias; en una palabra, lo considera muerto, sin atenuantes.

No se puede considerarlo un incapaz, pues es más bien un ser inexistente; no hay similitud con el caso de las personas por nacer, puesto que en este último se trata de una persona real, a la cual le falta tan sólo completar su proceso orgánico. El ausente es un muerto sobre el cual se admite la posibilidad de que retorne; pero mientras no retorne está, para la ley y para la sociedad, muerto, tanto es ello así que se inscribe su defunción en el registro del estado civil de las personas.

Si fuera un incapaz, no sería posible permitir a la mujer casarse nuevamente; si fuera un incapaz, no sería posible hacerle la sucesión, puesto que el mero hecho de considerar que una persona es incapaz significa reconocer que está con vida, lo que es absolutamente inconciliable con la declaración judicial de su muerte presunta.

18. — Por todo lo expuesto en los números precedentes concluimos que el artículo 54, inciso 5º del C. C. y su concordante el 119 del mismo cuerpo legal se hallan derogados, conjuntamente con el título VIII, "De las personas ausentes con presunción de fallecimiento", por el nuevo ordenamiento de la ley 14.394, artículos 15 al 32.

19. — Continuando con el estudio de los efectos de la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento llegamos a las relaciones de familia, y en primer lugar al matrimonio.

El artículo 31 de la ley comienza diciendo que "La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento autoriza al otro cónyuge a contraer nuevo matrimonio, quedando disuelto el vínculo matrimonial al contraerse estas segundas nupcias". El artículo 31, como se sabe, establecía en su segunda parte el divorcio vincular, pero la misma se halla suspendida por el decreto-ley 4070/56 (del gobierno de facto), el cual lo establece "en cuanto habilita para contraer nuevo matrimonio a las personas divorciadas a que el texto se refiere". No se suspende, pues —*que dixit de uno negat de altero*— respecto de las personas cuya sociedad conyugal ha concluído y sido liquidada por la muerte presunta de uno de los cónyuges.

Del artículo 31 citado se infiere que el vínculo conyugal subsiste aun después de la declaración judicial de muerte presunta, pero sujeto a la condición resolutoria de que contraiga nuevo matrimonio el esposo supérstite, caso en el cual queda disuelto de pleno derecho y definitivamente. La norma es análoga en su esencia al artículo 1348 del código civil alemán (B. G. B.), el cual establece que es la celebración del nuevo matrimonio lo que disuelve el anterior, que permanece disuelto aunque la declaración de muerte sea revocada.

Una consecuencia de la no disolución del vínculo conyugal

mientras no se contraiga nuevo matrimonio es que si reaparece el ausente, no habiéndose casado su cónyuge, continúa unido legítimamente al mismo y —viceversa— sin necesidad de formalidad alguna (Conf. Goldstein, La Ley, t. 79, p. 822), pero obligatoriamente, no con carácter opcional. El ausente que retorna no puede casarse por segunda vez si su cónyuge no lo ha hecho, y éste, a su vez, tampoco puede hacerlo una vez que su esposo ha retornado o que se han tenido noticias ciertas de su existencia. Esto es una consecuencia natural del hecho de que el vínculo conyugal no se disuelva sino por el posterior casamiento del cónyuge superviviente. Debe recordarse, sin embargo, que esto es sólo deducción lógica, y que la ley no lo establece expresamente; mas adelante trataremos las consecuencias de tal omisión.

La solución contraria es la de la legislación soviética, y ello debido a que el artículo 85 del Código de la Familia dispone que el matrimonio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges o por la declaración judicial de su muerte (presunta).

20. — Luego de expresar que el vínculo conyugal se disuelve al contraerse las segundas nupcias, el artículo 31 agrega que "La reaparición del ausente no causará la nulidad del nuevo matrimonio", y pasa a referirse a continuación, ametódicamente, al divorcio vincular. Nada más agrega respecto a esas segundas nupcias, y ello es lamentable, como se verá de aquí en adelante.

En primer término, resalta la falta de una norma como la del artículo 1349 del B. G. B., de acuerdo al cual el segundo matrimonio es nulo si ambos cónyuges sabían al contraerlo que el presunto fallecido estaba en realidad con vida. Nada más lógico que tal solución.

¿Quid, en la ley 14.394? La ley no ha previsto el caso de mala fe de ambos cónyuges ni de uno de ellos y esto es prima facie peligroso, pues tratándose de un caso muy especial no puede dejárselo librado a la aplicación de las normas generales. En los magros debates parlamentarios, a la objeción de que la disposición que no había anulable el matrimonio por retorno del ausente daría lugar a que se llevaran a cabo divorcios en fraude de la ley (Diario de Sesiones de la H. C. de Diputados, 1954-IV, pp. 2749 y siguientes), se contestó que para evitarlo se encontraban las disposiciones del capítulo XII de la ley de Matrimonio Civil.

Ese capítulo XII trata de la "Nulidad del Matrimonio", y establece al respecto un doble sistema legal:

A- Nulidad absoluta (art. 84, que remite al 9, inciso 5º), por realizarse el matrimonio con el impedimento del anterior matrimonio subsistente.

B) Nulidad relativa (art. 85, inciso 3º) por estar viciado el consentimiento por dolo, error o violencia.

21. — Antes de entrar a la consideración de estos puntos creo fundamental hacer resaltar aquí que se trata de dos causas distintas e independientes de nulidad; tanto, que la ley ha establecido para cada una un efecto marcadamente diferente. Todo argumento que pretenda tomar elementos del artículo 85, inciso 3º, y combinarlos con el artículo 84 (y 9, inciso 5), carece de base jurídica y técnica. Si lo recalcamos es porque al adentrarse en la consideración de los puntos de detalles suele perderse de vista el principal general y caer entonces en un círculo vicioso.

22. — Nulidad absoluta: El presupuesto necesario para la procedencia de esta sanción es la persistencia del matrimonio anterior. Se trata de un elemento esencialmente objetivo; si una persona se casa con este impedimento, aunque sea de buena fe, el casamiento será igualmente nulo: la nulidad procede tanto si se actúa de buena o mala fe.

Existiendo esta causal de nulidad es ella procedente en el caso de celebrarse segundas nupcias, estando con vida el cónyuge presuntamente muerto, y sabiéndolo esto ambos contrayentes?

En el derecho alemán, en que también existe esta causal genérica, se ha creído necesario establecer que en caso de declaración de muerte presunta el segundo matrimonio es nulo si ambos contrayentes sabían de la existencia del cónyuge ausente. Por ello consideramos poco feliz la argumentación que hacen Enneccerus-Kip-Wolff ("Derecho de Familia", t. 1 [1941], p. 183, nº 8) en defensa de esta norma, pues llegan a conclusiones técnicamente inaceptables. Argumentan que la nulidad se debe a la existencia del matrimonio anterior: "los prometidos se casan antes de que el otro matrimonio esté disuelto, y por consiguiente, si uno de ellos sabía la existencia del matrimonio anterior hay bigamia punible". Y ante esto nos preguntamos nosotros: si la nulidad proviene de la existencia del matrimonio anterior, ¿qué necesidad había de establecerlo en una norma expresa si bastaba aplicar los principios generales?

Los autores germanos mencionados incurren en la confusión sobre la que previniéramos en el número anterior: toman elementos causales de nulidad relativa —el dolo— y los fusionan con la nulidad absoluta: existencia del matrimonio anterior. En el caso del artículo 1349 del B. G. B. se trata de un caso de exclusivo dolo: con él se castiga el fraude a la ley; ello es evidente al no haber sanción de nulidad en caso de existir buena fe. Si el cónyuge ausente retorna —habiendo buena fe en el nuevo casamiento— éste es solamente anulable, y la acción compete únicamente a los nuevos cónyuges (art. 1350).

Es evidente entonces que el artículo 1349 no sanciona una

nulidad en virtud de la preexistencia del otro matrimonio, sino en virtud del dolo.

Volviendo ahora a la consideración de nuestro derecho nos encontramos con que no existe una norma similar al 1349 del B. G. B. y en cambio, si la segunda oración del artículo 31: "La reaparición del ausente no causará la nulidad del nuevo matrimonio, que une a la primera oración del mismo: "La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento autoriza al otro cónyuge a contraer nuevo matrimonio, *quedando disuelto el vínculo matrimonial al contraerse estas segundas nupcias*".

Si bien, pues, el primer matrimonio subsiste después de la declaración de muerte presunta, *deja de subsistir* al celebrarse el segundo matrimonio, y ya no puede entonces invocarse la causal del artículo 9, inciso 5º de la L.M.C.: "El matrimonio anterior mientras subsista". El artículo 31 de la ley 14.394 enerva la aplicación del 9, 5º de la L.M.C., y no podemos sobreponer a aquella norma de carácter general de la L.M.C. una disposición intrínsecamente especial, cuyo fin es precisamente modificar el régimen existente. Y el dolo no puede esgrimirse, pues él nada tiene que ver con la nulidad absoluta, ya que ésta es esencialmente objetiva.

23. — Nulidad relativa: Es la que establece el artículo 85 de la L.M.C., inciso 3º: "Cuando el consentimiento adoleciera de los vicios a que se refiere el artículo 16".

En este caso la nulidad únicamente podrá ser demandada por el cónyuge que ha sufrido el error, el dolo o la violencia. Esta acción se extingue para el marido si ha habido cohabitación durante tres días después de conocido el error, o el dolo, o de suprimida la violencia, y para la mujer durante treinta días después".

Previa a la consideración del tema preciso de la nulidad relativa por dolo o error hacemos notar que la acción de nulidad le está conferida al primer marido por los amplios términos del artículo 86 de la L.M.C. ("...le compete en todo tiempo la acción contra las segundas nupcias contraídas por su cónyuge...)"¹

¹ A pesar de que la amplitud de los términos del artículo 86 no deja lugar a discusión, queremos hacer notar que debe distinguirse entre acción de nulidad absoluta y acción de nulidad relativa. Ambas tienen diferentes fundamentos y diferentes sujetos que puedan ejercerla: la acción de nulidad relativa se concede a quien ha sufrido el dolo o el error, y en tal situación se coloca la ley al concedérsela a los cónyuges contrayentes, bien que con la limitación temporal indicada (art. 85, inc. 3º). Mas no parece la ley admitir, prima facie, la posibilidad de que el ausente, cónyuge originario, pueda tener la acción de nulidad relativa de este artículo respecto del segundo matrimonio, realizado por su ex esposa de hoy; ella se está refiriendo sin duda alguna a los *contrayentes* del matrimonio de que se trata. No podía ser de otra manera, pues

24. — El artículo 85, inciso 3º de la L.M.C., dice que “el matrimonio es anulable cuando el consentimiento adoleciera de alguno de los vicios a que se refiere el artículo 16”; éste habla de “...el dolo... sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil...”. En la L.M.C., por lo tanto, el dolo vicia el consentimiento, con la consecuencia de la nulidad relativa, en dos casos:

1) dolo sobre la identidad del individuo físico: sería de si uno de los cónyuges se maquillara o disfrazara, haciéndose pasar por otro;

2) dolo sobre la identidad de la persona civil: si uno de ellos se dice ser N.N., no siéndolo (Ver crítica de Bibiloni al artículo 16 de la L.M.C., en Pavón, “La Familia”, pp. 328 y 335).

Ninguno de los dos supuestos encuadra con los casos que se pueden presentar en materia de ausencia con presunción de fallecimiento.

Si se considera que la ley de matrimonio civil tiene un régimen específico de nulidades, y que por tal razón son inaplicables las normas generales del C. C. sobre nulidad, como lo hace parte de la doctrina moderna (V. una exposición de esta teoría en López del Carril, “Nulidad de Matrimonio”, p. 25 et seq.), es evidente que la cuestión termina aquí. No existiendo en dicha ley ninguna disposición por la que pueda anularse el matrimonio doloso del cónyuge del ausente presunto muerto, queda incólume, en cuanto a esto se refiere, la validez del segundo matrimonio. Ésta es nuestra posición, pero sin embargo consideraremos cómo podría encararse el tema de acuerdo a la doctrina que considera de aplicación supletoria las disposiciones del C.C.

en la hermenéutica de la ley de matrimonio civil el marido que ve ocupado su sitio por un tercero que se irroga sus derechos tiene otra acción para ejercitar la de nulidad absoluta, basada en el anterior matrimonio de la mujer con él mismo. Pero obsérvese que la acción de nulidad absoluta no podría invocarse para hacer anular un acto en virtud del dolo con que fuera cometido...

II) Existen también consideraciones de orden público (u “orden familiar”) que deben ser tenidas en cuenta al tratar el tema de la acción de nulidad. Si se concede la acción de nulidad del artículo 86 para que se arguya el *dolo*, se llega a violar indirectamente el artículo 85, inc. 3º, que trata de la acción de nulidad por tal vicio del consentimiento. Esta acción es esencialmente caducable en razón del tiempo (tres días de cohabitación después de conocido el dolo o de suprimido el error), mientras que la acción del artículo 86 es precisamente lo contrario: inextinguible por razón del tiempo (V. Díaz de Guijarro, Tratado de Derecho de Familia, t. I, nº 317 y siguientes). No es admisible que una institución tan importante para la sociedad como es un matrimonio sea mantenido *indefinidamente* en la incertidumbre de si será o no disuelto, ¡en virtud de un vicio del consentimiento!; ello repugna al derecho y a la moral (Vide en tal sentido Mourlon, op cit., nº 498; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcades, t. I, n. 1279 bis).

25. — Si nos remontamos, pues, a la teoría general del dolo (Comp. Lafaille, Derecho de Familia, nº 56) para ver si de acuerdo a los principios generales es posible declarar la nulidad del matrimonio dolosamente realizado por el cónyuge "supérstite" de un supuesto ausente con presunción de fallecimiento, deberemos plantear los posibles casos que podrían presentarse, pues en estos casos la apreciación del dolo depende íntegramente de la situación de hecho (Comp. Salvat, Parte General, nº 2350, t. 2386).

1) Dolo del primer cónyuge, que se finge ausente, o presuntamente muerto. Acá la solución se ve influenciada por la posición que se tenga adoptada con respecto a la teoría del dolo; quienes consideran al dolo causal de nulidad porque éste determina error en la otra parte deberán considerar si tal ha sido el caso en el presente ejemplo, y si la ley no lo rechaza. Precisamente esto es lo que sucede, según se verá más adelante, en oportunidad de considerar al error como causal de nulidad relativa. Quienes, en cambio, consideran en el dolo como causal de nulidad relativa la sanción del *hecho ilícito* que éste constituiría se enfrentan en primer lugar con el problema de que la ley misma dice en su artículo 31 que la reaparición del ausente no causará la nulidad del nuevo matrimonio sin hacer distinciones de ninguna clase. En segundo lugar, si ambos contrayentes son de buena fe y uno de ellos, al enterarse del dolo del presunto muerto, quiere anular el matrimonio, es justo que se vea así perjudicado el otro cónyuge inocente? Porque si lo que se sanciona es el hecho ilícito en sí, acá se está sancionando a otra persona que el culpable: la anulación del segundo matrimonio en nada afectaría al primer cónyuge y presunto muerto —autor del dolo (si él fingió estar ausente para que lo declararan presunto muerto es evidente que no tenía interés en su unión conyugal— y sí en cambio al que ha concurrido a la formación de un hogar en la creencia de celebrar una unión estable.¹

2) Dolo de quien contrae matrimonio con el cónyuge *supérstite*. Cabe hacer la misma distinción que en el caso anterior: si se considera que en la anulación de un acto jurídico por dolo lo que se sanciona es el hecho ilícito en sí, debe reconocerse que es un poco difícil hallar en qué consta el mismo, ya que el segundo marido no puede decirse que tenga la obligación de poner en conocimiento de su futura esposa la existencia del primer marido; podrá hablarse de mala fe, en todo caso, pero no de dolo punible y causal eficiente de nulidad.

Y si se considera que el dolo hace anulable un acto por el

¹ Lo dicho, en cuanto se refiere a la posición que anula el acto doloso por el hecho ilícito que comporta, pues si se lo hace por el error que determina, entonces es lógico, en el campo teórico, que sus efectos alcancen a todas las partes en igual forma.

error que determina en la contraparte encontramos que tal causal no puede aceptarse, según veremos al final de este capítulo.

3) Dolo del cónyuge binubo, con o sin complicidad del ausente. ¿En qué forma práctica se puede presentar un tal caso de dolo? Probablemente ocultando la existencia del primer marido. Así, si el futuro esposo le pregunta a su pretendida si es soltera, ella le contestaría: "No, soy casada, pero mi marido fué declarado ausente con presunción de fallecimiento". Hasta podría agregar que en consecuencia se halla legalmente autorizada para contraer nuevas nupcias. La mujer sabe que su marido está vivo, pero lo oculta. ¿Hay dolo punible?

Según el artículo 931 del C.C., "acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto es toda aserción de lo que es falso o la disimulación de lo verdadero"; el artículo siguiente no enumera los requisitos que debe reunir, *y el 933 equipara la acción dolosa a la omisión dolosa cuando el acto no se hubiera realizado sin la ocultación dolosa:*

a) aserción de lo falso. ¿Ha dicho ella algo que no sea verdad, La existencia de la declaración judicial de muerte presunta es verídica. Luego, ella no ha hecho aserción de lo falso.

b) ocultación de lo falso. ¿Hay algo falso que aquí se oculte? No, pues la sentencia judicial no implica juicio alguno sobre la existencia *real* del ausente. En cuanto a la declaración de la mujer, tampoco oculta nada falso, desde que se remite a la susodicha sentencia, la que a su vez es inobjetable desde este punto de vista, en cuanto declara al ausente únicamente *presuntamente* fallecido, sin abrir juicio sobre si está o no efectivamente con vida.

c) disimulación de lo verdadero.

d) ocultación de lo verdadero.

Acá está lo más espinoso: ha habido una ocultación, es cierto, pero ¿de lo verdadero? ¿Qué es lo verdadero?

Lo verdadero es si el marido ha sido declarado presuntamente muerto o no, pues eso sólo es lo que la ley exige para que se pueda realizar un segundo matrimonio válido. Mal podría requerir la muerte del ausente (o la vida, para que éste sea nulo) cuando ella misma reconoce que no ha podido probarse. Si la ley pidiera, no la declaración judicial de la muerte presunta, sino la muerte misma del ausente para consentir el nuevo casamiento estaríamos en el régimen del Código Civil (art. 223) y de la L.M.C. (art. 83); la ley 14.394 no habría reformado nada. Lo que la ley requiere para permitir el nuevo matrimonio —y de allí su reforma al Código Civil— es simplemente que haya declaración judicial de muerte presunta: he ahí lo verdadero.

La ocultación o distorsión de lo que la ley no contempla —o deroga, como en este caso— no puede preocupar a la ley. “En mariage, il trompe qui peut”.

26. — Siguiendo el orden de nuestra exposición llegamos finalmente a la conclusión de que *el segundo casamiento del cónyuge superviviente del ausente con presunción de fallecimiento es absolutamente inatacable, por lo que hace a los vicios que pudiera derivarse de la existencia del anterior matrimonio, o de la vida del primer marido, o del dolo de los contrayentes o del ausente. No hay en el acto nulidad absoluta (V. nº 22) ni nulidad relativa (V. nº 23, 24, 25 y 27) y el mismo es en consecuencia absolutamente válido.*

Esta conclusión no debe sorprendernos, pues existe un antecedente similar: en el anterior derecho prusiano el Landrecht establecía también que el segundo matrimonio no se disolvía por la reaparición del ausente, y no agregaba otras normas complementarias o aclaratorias. El resultado fué que *en ningún caso* podía atacarse el segundo matrimonio en base a la reaparición del ausente, o del conocimiento que alguna de las partes tuviere de la vida del mismo a la época de la concertación del matrimonio.

Como se observa, la norma del artículo 31 de la ley 14.394 es de una rigidez prusiana en más de un sentido. . .

Como lo previer aalgún diputado en el Parlamento, el artículo 31 es hoy una forma de divorcio por mutuo consentimiento; el artículo 32, en sí mismo inobjetable, al ser combinado con el 31, se presta a completar, con un mínimo de riesgo patrimonial para las partes, esta forma híbrida de divorcio, separación y deceso, que el Código Penal en alguna forma trata de prever en su artículo 118.

Sólo nos queda por decir, como el juez Cockburn al expresar su dictamen: “I regret that the law is so” (Law Reports, 6 Exchequer 319, en Byrne v. Shiller).

27. — Analizaremos ahora el caso de la nulidad relativa por error. El artículo 31 —segunda oración— dice que la reaparición del ausente no causará la nulidad del nuevo matrimonio. Se trata de una disposición que no cuenta con mucho favor en las demás legislaciones; así el C.C. Italiano (art. 71) expresa que la reaparición del ausente determina la nulidad del nuevo matrimonio; el C.C. Francés (art. 139), que vuelto el ausente, cualquiera puede pedir la anulación del segundo matrimonio; igual que el francés es el uruguayo (art. 78). Tanto en el derecho canónico como en el austríaco se extingue el segundo matrimonio por la reaparición del ausente, y hasta en los EE.UU., que actualmente tienen un sistema tan liberal en materia de disolución de

matrimonios, encontramos que el segundo matrimonio es nulo *ab initio* si la presunción de muerte es rebatida por la prueba de que el ausente está vivo: solamente en Nueva York y algún otro Estado es anulable y no nulo, siempre y cuando haya sido contraído de buena fe (V. en este sentido la obra de más alta autoridad en common law: "Corpus Juris Secundum", t. 55, p. 836).

Tan sólo encontramos una disposición similar en el Código Civil Alemán, pero ya hemos explicado que allí el principio no tiene la rigidez que le ha dado nuestro aley 14.394, pues en el caso de tener los contrayentes, tienen una acción para hacer anular su matrimonio, dentro de los seis meses del retorno del ausente (art. 1350). En la U.R.S.S. el segundo matrimonio no se ve afectado por la reaparición del ausente, pero allí la tajante solución se justifica, puesto que el artículo 85, del que ya hiciéramos referencia, del Código de la Familia, dice que el matrimonio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges o por la declaración judicial de su muerte (presunta).

Volviendo a la consideración de nuestro derecho, si la mujer del ausente contrae segundas nupcias de buena fe, y luego resulta que su marido originario está vivo, puede hacer anular su segundo matrimonio? Su consentimiento estuvo viciado —se trataría de un caso de error sobre el estado civil de la propia persona (Cf. Enneccerus-Kipp-Wolff, D. de Fam., p. 184, III, n° 1)— y puede afirmarse que es un error esencial, sin el cual no se hubiera realizado el acto; pero sin embargo dispone la ley que la reaparición del ausente —o sea, la comprobación de la existencia de error— no da lugar a la anulación del segundo matrimonio.

Con ello se modifican los efectos de uno de los vicios del consentimiento, en lo que concierne al caso específico: el error, en el sentido indicado, deja de ser causal de nulidad relativa del acto jurídico que determinó.

28. — Estas últimas consecuencias no parecen haber estado en el ánimo de los legisladores, según se puede observar en el Diario de Sesiones; pero el hecho es que de una u otra manera son conclusiones legales que corresponde a los jueces aplicar, sin poder hacer juicios de valor sobre las mismas. Es en virtud de ello que urge una pequeña reforma legislativa que, por lo menos, agregue al artículo 31 las disposiciones complementarias que figuran en el C.C. Alemán, para que deje de ser el desatino legal que, a nuestro juicio, constituye.