

LA AUSENCIA EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

SUMARIO: Introducción.—I. La ausencia en los pueblos de la España primitiva.—II. La ausencia en el Derecho romano.—III. La ausencia en el Derecho visigodo.—IV. La ausencia en el período altomedieval: A) Consideraciones generales. B) Análisis particular de algunos aspectos de la ausencia: 1) Ausencia y patrimonio. 2) La ausencia del deudor. 3) La ausencia del caballero. 4) El privilegio procesal de la mujer casada.—V. Regulación canónica de la ausencia conyugal.—VI. Regulación civil de los efectos patrimoniales de la ausencia.—VII. La ausencia en el período codificador.

I. INTRODUCCION

La ausencia no es sólo un gran tema literario que en todas las épocas y países ha suscitado reacciones de sensibilidad, sino también un problema social que el Derecho ha intentado resolver a lo largo de la Historia¹. Su origen se halla en las mil circunstancias de todo tipo que pueden alejar a una persona en un momento determinado de su entorno habitual.

Para definir esta situación hoy, como en la época romana y visigoda, se utiliza el término ausencia derivado del latín *abesse*, de donde *absens* y *absentia*². Sin embargo, en la época medieval se pierde su uso, siendo sustituido el término por perífrasis o circunloquios: «non ser en la tierra o en el lugar», «estar a otra parte», «irse de la tierra», etc.³. Resulta significativo com-

1. D. ROUGHOL-VALDEYRON, *Recherches sur l'absence en Droit français*, Paris, 1970, p. 11.

2. J. COROMINAS, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*. Madrid, 1980, s. v. ausente.

3. *Partidas* 3,23,11; 3,2,12; 3,23,10; 4,1,8; 5,11,32. Cf. DU CANGE, *Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis*, Paris, 1733, s.v. *absens*. *absentare*.

probar en este sentido que el término «absens» que aparece de manera excepcional en el texto latino del fuero de León y sus derivados, desaparece ya en su versión romance⁴. Según Corominas la generalización de su empleo es algo tardía; corresponde a la segunda mitad del siglo xv⁵. Sin embargo, con anterioridad su empleo era de uso corriente en algunos textos jurídicos, como el Código de Huesca o Vidal Mayor, aunque no así en las recopilaciones privadas que les sirven de base⁶, ni en otros textos coetáneos o posteriores, como las Partidas.

El jurista romano Paulo ofreció en su día una expresión caracterizadora de la ausencia que devino clásica: «Si ita pater absit, ut ignoretur ubi sit et an sit...»⁷. En ella se puso de manifiesto la nota de incertidumbre, inherente al hecho mismo de la ausencia,

4. *Fuero de León*, 42: «Mulier in Legione non capiatur nec infidietur absente viro suo» (ed. VÁZQUEZ DE PARGA, en AHDE, 15, 1944, p. 496); *F. de Castroalbón*, 23: «Mulier in ipsa villa non capiatur nec indicietur nec infidietur, viro suo absente» (ed. DÍEZ CANSECO, en AHDE, 1, 1924, p. 376); *F. de Rabanal del Camino*, 8: «Absente viro suo non iudicetur nec infidietur aliquis mulieres» (ibídem, p. 380). En las versiones romance desaparece sin embargo el término absens: *F. de León* (s. XIII), 42: «Nengunt ome non sea osado de prender muyer casada, nen vilgarla, nen enfialla, mientras so marido non estobier delante» (ed. T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de Fueros municipales y Cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra, Madrid* (reed. 1970), p. 86); *F. de Villafranca* (a. 1192), 17: «Muller que morar en Villafranca non sera presa nen enfiada sen seo marido» (ed. J. GONZÁLEZ, *Alfonso IX*, II, Madrid, 1944, n. 49, pp. 78-81), *F. de Sanabria* (a. 1220), 15: «La mujer que morare en Sanabria non sea presa nin asechada sin su marido. (ibídem, II, n. 401, pp. 512-516). Parecido ejemplo se puede ver en otras áreas jurídicas. Así el Fuero de Cuenca (ed. R. UREÑA, Madrid, 1935), tanto en su forma primordial como en la sistemática, utiliza el término «absente», que desaparece, sin embargo, en la redacción romance del Fuero de Heznatoraf. «De almoneta que iudice absente facta fuerit» (776, XXX, 61), se transforma en «De almoneda que sin el juez fuere fecha» en este último fuero (ley 690).

5. Ob. cit. [n.º 2].

6. *Fueros de Aragón* (ed. g. Tilander, Lund, 1937), I, 22; *Vidal Mayor*, I, 22,2-3; II, 1,9; III, 24,2.4.6 8.12 (ed. Tilander, Lund, 1956, II, 36;163; 207-208; cf. Vocabulario, III, 9). *Compilación privada de Derecho aragonés* (ed. RAMOS LOSCERTALES, en AHDE, I, 1924, pp. 400-408); *Recopilación de Fueros de Aragón* (ed. RAMOS LOSCERTALES, en AHDE, II, 1925, pp. 491-523; v. 1928, pp. 389-407).

7. Dig. 23,2,10. Paulus libro trigésimo quinto ad edictum, De ritu nuptiarum.

que permite distinguirla de la mera no presencia y aún de la desaparición, que conlleva una circunstancia de peligro, por más que históricamente no sea fácil analizarlas por separado.

La presencia de este elemento básico que es la incertidumbre dio una continuidad fundamental a las definiciones sobre la ausencia⁸. Pero de otro lado, esta incertidumbre limitó la posibilidad de dictar medidas capaces de solucionar los problemas de la ausencia, al tiempo que dificultó su aprehensión técnica en un cuadro jurídico preciso⁹.

Este empeño se lograría tan sólo con la codificación como una aportación específica de los juristas racionalistas franceses¹⁰. Por ello, antes de este período debería hablarse de un derecho de ausentes, causuístico y disperso, más que de un derecho de ausencia, que la falta de abstracción jurídica impidió lograr. Solamente algunos supuestos, tratados habitualmente por la legislación y la doctrina, dieron paso a una cierta formulación de principios. El resto se presenta como un cúmulo de disposiciones inorgánicas que apenas si la doctrina pudo llegar a ordenar.

Un primer esfuerzo sistematizador se debe al espíritu metódico de los juristas medievales. Ellos abrieron el camino de su ordenación con clasificaciones que si en un principio fueron infinitas al tomar en cuenta las circunstancias de la ausencia, luego se redujeron al considerar primariamente, tal vez por influencia canónica, las causas que podían originarla.

Especial difusión tuvo la clasificación de *Accursio* recogida en nuestra doctrina por Gregorio López con ligeras variantes¹¹.

8. Modernamente el prof. Serrano la define como «estado civil de la persona de quien se duda si vive, bien porque se desconoce su paradero durante cierto tiempo, bien porque desapareció en una circunstancia de peligro para la vida, sin haberse vuelto a saber más de ella». *La ausencia en el Derecho español*, Madrid, 1943, p. 1.

9. «Une situation juridique pour emporter des conséquences déterminées doit s' intégrer dans des qualifications précises. La difficulté de trouver des solutions aux problèmes créés par l'absence vient de cet élément d'incertitude, qui est fondamental, inhérent au fait même de l'absence, et que l'on ne peut réduire». ROUGHOL-VALDERYRON, ob. cit. [n. 1], p. 10.

10. Vid infra. La ausencia en el período codificador.

11. *Accursio*, Glossa in *Digestum Vetus* (glosa Apellare a D. 4,1,8). Ed. Venecia, 1488, facs. Turín, 1969, fol. 71 vº. Peregrina, Sevilla, 1498, fol. 2 rº.

Se distingue entre ausencia probable y necesaria, como la del militar; probable solamente como la del estudiante; necesaria como la del religioso; voluntaria sin contumacia, como la del mercader y ausencia que nace de la contumacia ¹².

Esta consideración de las causas permitió a su vez distinguir varias categorías de ausentes: unos especialmente protegidos, tanto por el Derecho canónico como por el civil, caso de los peregrinos ¹³, cruzados ¹⁴ ausentes causa reipublicae ¹⁵, de cierto desarrollo por nuestras fuentes legales, y otros particularmente desfavorecidos, como son los ausentes por razones políticas, re-

12. Gregorio López (glosa En hueste), *Partidas* 3,19,28, las reduce a tres causas: probable y necesaria, como la absentia ut reipublicae causa; probable solamente como la del estudiante o peregrino y necesaria sólo como la del cautivo.

13. El ausente por causa de peregrinación encuentra reconocidos una serie de derechos, tanto por la legislación civil como por la canónica, que hacen de él un privilegiado. A la libre circulación por los reinos se une la hospitalidad acordada por los cánones conciliares, y la salvaguardia y protección real. Exenciones de cargas e impuestos, portazgo, peaje, privilegio de auctoría en sus ventas, protección de bienes, testimonio privilegiado, testamento, etc., configuran una personalidad privilegiada que se mantiene en vigor hasta la crisis de las peregrinaciones. Vid. F. Garrison, *A propos des pélerins et de leur condition juridique*, en *Etudes d'Histoire du Droit canonique dédiés a G. LE BRAS*, Paris 1966, t. 2, pp 1165-1189, J. M. LACARRA, *La protección jurídica del peregrino*, en *Las peregrinaciones a Santiago*, Madrid 1949 (reimp. Oviedo 1981) vol. I, pp. 255-275.

14. Si en un principio la protección pontificia a los cruzados parece concebirse como una mera extensión de la paz de Dios, luego, a partir de Eugenio III, la fórmula de las Bulas de cruzada es más precisa, garantizando la pacífica posesión de sus bienes y aún su restitución en el mismo estado en que se hallaban antes de su partida. Cfrs. BRIDREY, *La condition juridique du croisé et le privilège de la croix*, Paris, 1900. M. VILLEY, *La croisade. Essai sur la formation d'une theorie juridique*, Paris, 1942.

15. El Derecho romano prestó atención especial a los ausentes causa reipublicae (D. 4,6), personas que, según Africano, actuaban en favor de la comunidad de tal modo ne cui officum publicum vel damno vel comprehendio sit» (§ 29). Como entendió luego la Glosa y aún las Partidas (3,23,10), estos ausentes lo eran por causa de servicio militar, real o municipal, equiparándose a éstos aquéllos ausentes por causa de enfermedad. Esta clase de ausencia, especialmente protegida por el Derecho, preservaba de toda consecuencia gravosa que pudiera derivarse de la misma.

ligiosas, etc.¹⁶. Entre ambas líneas de excepción discurre la general de su regulación común, la cual seguiremos en nuestra exposición histórica de la ausencia.

Sobre este tema no existe aportación específica en la bibliografía histórico-jurídica española en contraste con la atención prestada por investigadores de nuestro entorno cultural y jurídico, caso de Bruns¹⁷ en Alemania, de Tamasia¹⁸ en Italia o de Ruighon-Valydeyron o Villequez¹⁹ en Francia. Las páginas que dedica a la presunción de muerte el profesor García-Gallo son, pese a su brevedad, la aproximación más valiosa a su conocimiento²⁰. Desde otra perspectiva, las introducciones históricas de algunas monografías sobre la ausencia en el Derecho positivo, como las de Ogayar o Serrano²¹, en nuestra doctrina, o los artículos de enciclopedias, como el muy extenso contenido en la Enciclopedia del Derecho y la Administración, de Lorenzo de Arrazola, tienen un interés menor por su carácter general²².

16. Caso de los herejes condenados por la Inquisición que ausentes del reino pretendían regresar provistos de absoluciones. Una Real Pragmática de 2 de agosto de 1498 (= N. Rec. 8,2,2) prohibía expresamente dicho regreso bajo pena de muerte y confiscación de bienes. Con esta norma se intentaba resolver una situación no contemplada por la legislación canónica y civil en materia de herejía. cfr. in VI, 5,2,13, cap. 19; Lib. iud. 12,2,2 (Rec. Erv) F. Juzgo, 12,2,2; Partidas 7,26,2-3.

17. *Die Verschollenheit*, en «Jahrbücher des gemeines deutschen Rechts», Leipzig, 1857, pp. 90-201.

18. *L'assenza nella Storia del diritto italiano*, en «Archivio Giuridico», 1886 (Scritti di Storia Giuridica), Padua, 1964-1969, 3 vols., pp. 166-201. Una síntesis de lo conocido, A. MARONGIU, s. v. *Assenza* (Storia) en la *Enciclopedia del Diritto*, 3, 1958, pp. 406-409. Vid. asimismo L. SPINELLI, *La presunzione di morte nel Diritto della Chiesa*, Roma, 1943.

19. Ob. cit [n. 1], VILLÉQUEZ, *De l'absence en droit romains et dans l'ancien droit français*, en «Revue Historique de Droit Français et Etrangère» (= RHDFE), 1856, pp. 209-236.

20. *Curso de Historia del Derecho español*, Madrid, 1956, pp. 612-615.

21. T. OGAYAR y AYLÓN, *La ausencia en el Derecho sustantivo y adjetivo*. Madrid, 1936; SERRANO, *La ausencia*, ob. cit. [n. 8]. Vid. sobre esta obra la recensión de J. MALDONADO, en AHDE, 15 (1944), 722-24.

22. *Enciclopedia Española de Derecho y Administración o Nuevo teatro universal de la legislación de España e indias*, dirigida por LORENZO DE ARRAZOLA, con la colaboración de P. SAINZ DE ANDINO, M. PUCHE Y BAUTISTA,

A falta, pues, de un estudio directo sobre la ausencia en el Derecho histórico español he procurado exponer su evolución en base al análisis directo de las fuentes que permiten su reconstrucción.

I. LA AUSENCIA EN LOS PUEBLOS DE LA ESPAÑA PRIMITIVA

No es posible precisar, por falta de datos, la regulación de la ausencia en los pueblos de la España primitiva. Al igual que ocurre con otras tantas regulaciones, sólo cabe conjeturar su existencia en los ordenamientos jurídicos no formulados característicos de este período. Sin embargo, al requerirse un cierto grado de desarrollo cultural y jurídico para considerar vivo a aquel que física y materialmente aparece como muerto, es posible que, como ocurre en otras culturas jurídicas primarias, el ausente fuese reputado muerto pasado un plazo de tiempo no excesivamente largo. De todas formas la diversidad cultural de estos pueblos propiciaría concepciones diferentes, no siendo arriesgado suponer que la peculiar de los pueblos del Sur y Levante se hallase influida por la de los colonizadores mediterráneos ^{22 bis}.

J. ROMERO GINER, V. VALOR, M. A. COLLADO y R. NAVARRO ZAMORANO. Madrid 1848-1876, 16 vols., s. v. ausencia.

(22 bis) En el Código de Hammurabi y aún antes en las leyes de Eshnuna se contienen diversos preceptos relativos a la ausencia y sus efectos en el orden patrimonial y familiar. En el primer caso se dispone que el soldado, dentro de la peculiar estructura socio-económica del mundo babilónico, no pierda los bienes que detenta en beneficio (campo, huerto y casa) por ausencia de un año (art. 31, ed. E. Szlechter, Roma, 1977); pero si llegara a prolongarla por más tiempo, al cabo de tres años los perdería en favor del nuevo beneficiario (art. 30). Un régimen especial, más favorable se mantenía respecto al soldado hecho cautivo, el cual, a su regreso, recuperaba el beneficio (art. 27), ejercido mientras tanto por su hijo (art. 28), o, siendo menor, por su madre en la cuantía de un tercio del campo y del huerto con el cual podría cuidarle (art. 29) (p. y seguido).

En otro orden de cosas en la esfera familiar el abandono del país por parte de un hombre casado permitía el nuevo enlace de su esposa, de tal modo que aunque aquél regresara luego, no volvería con él (art. 136) (Ley de Eshnuna, art. 30) (ed. E. Szlechter, Paris, 1954). Vid. del mismo, *Effets de l'absence* (volontaire), *Orientalia*, 34 (1965), 295 ss.

II. LA AUSENCIA EN EL DERECHO ROMANO

A pesar de la atención prestada a diversas situaciones de ausencia, el Derecho romano no llegó a formular en ningún momento de su historia una regulación unitaria y completa de la misma. Por el contrario, como indica Sacchi, esta regulación se dispersó y hasta se desmenuzó en una serie de disposiciones contenidas en edictos, leyes y senado-consultos²³. Sin embargo, esta formal desorganización no impidió la existencia de una base común.

Principio fundamental que iluminó toda la concepción romana de ausencia fue, según Bruns, la presunción de vida del ausente²⁴, principio que hacía derivar del *postliminium* y de la *ficción de la lex Cornelia*. Esta presunción de vida contaba con un límite natural, en la propia existencia humana, que un texto de Gayo fijaba a los cien años²⁵, aunque aplicando la tabla para computar legados de alimentos, ideada por Ulpiano, se podía acortar sensiblemente²⁶. Sin embargo, la propia ductilidad del sistema romano de prueba facilitó la resolución de los casos de ausencia, permitiendo probar, con relativa facilidad, la muerte del ausente²⁷. Esta ductilidad del sistema probatorio romano ha sido considerada precisamente como causante última de la preferencia de este Derecho por la resolución individual de los casos de

23. «Sulla storia degli assenti nel diritto civile e giudiziario dei romani», en «Archivio Giuridico», vol. 51, 1893, pp. 493-519: «La restituzione in intero l'immissione in possesso, la contumacia, l'eremodicio, la curatela per la vendita dei beni, l'accusa e l'abolizione, la difesa, la liberazione del servo la cosa giudicata, la confesione giudiziale, gli sponsali, il matrimonio, il ripudio, l'azione dingiurie, l'esenzione dai carachi personali, la ricusa dell'ereditá, l'obbligo di prestarsi all'amministrazione municipale, l'alienazione, l'appello, il costituito, la denuncia di nuova opera, le obbligazioni in generale, la restituzione dell'ereditá, la contrectatio, il reporto institorio, la tutela: tutte queste figure hanno attinenza piu o meno diretta ed immediata con la teoría degli assenti» (p. 493).

24. BRUNS, *Die Verschollenheit*, p. 105.

25. Dig. 7,1,56; 33,2,8; cfr. Cod. 1,1,23. Nov. 9.

26. Dig. 35,2,68.

27. BRUNS, *Die Verschollenheit*, pp. 104-105. Cfr. Dig. 22,5,3,2; 22,3,13, in fine.

ausencia, rehuendo la fijación de plazos legales de cuyo transcurso se hiciera depender la vida o muerte del ausente²⁸.

Habida cuenta la falta de una regulación orgánica sobre la ausencia, es comprensible la existencia de lagunas que afectan sobre todo, según Villequez, a la esfera patrimonial de los derechos del ausente, a la administración de su patrimonio²⁹. En principio, la *cura bonorum absentis* constituye el remedio adecuado para su protección en tanto se resuelve la situación de ausencia³⁰.

Ahora bien, al carecer de limitación temporal esta curatela planteaba problemas, sobre todo en casos de adición de herencia, resueltos probablemente merced a la comentada flexibilidad del sistema probatorio romano³¹. Por otro lado, la acción combinada de la *restitutio in integrum ob absentiam*. (Dig. 4,6,1,1) con el *postliminium*³², y la ficción de la lex Cornelia³³ habrían contribuido de manera efectiva a su protección.

A la vista de este juego de instituciones, la idea de una desasistencia patrimonial del ausente más bien parece obedecer a la contemplación de la normativa sobre sus relaciones familiares, no protegidas por lo que hace al vínculo conyugal por el *ius postli*

28. SACCHI, *Sulla storia degli assenti*, pp. 504-505.

29. *De l'absence en Droit romain*, pp. 212-13.

30. Dig. 26,1,6,4.

31. BRUNS, *Die Verschollenheit*, pp. 104-105. Cfr. Dig. 2,19,29: «qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere volet certus esse debet defunctus esse testatorem». Como indica Sacchi, la distancia del lugar, la duración de la ausencia, la edad del ausente, serían probablemente «elementos de convicción» no sintiéndose necesidad de acudir a términos o presunciones fijas. *Sulla teoria degli assenti*, pp. 504-505.

32. SOLAZZI, *Il concetto del «ius postliminii»*, en «Scritti di Diritto romano», Nápoles, 1963, IV, pp. 566-639. ALMIRANTE, *Captivitas e postliminium*, en «Iura», 1951. GIOFFREDI, *Sul jus postliminii*, en «Studia et documenta historiae et iuris», Roma, 1950, pp. 13-58, P. FUENTESECA, *Origen y perfiles clásicos del «postliminium»*, en AHDE, 21-22, 1951-1952, pp. 300-344. Cfr. H KRELLER, *Juristenarbeit am Postliminium*, ZSS (RA), 69, 1952, pp. 172-210.

33. BALOG, *Des Urheber und das Alter der Fiktion des Cornetischen Gesetzes*, en «Studi in onore di P. Bonfante, 4 vols., Milán, 1930, IV, pp. 623 y ss.; BESELER, *Miscellanea (post-liminius und Cornelia)*, en ZSS (RA), 45, 1925, pp. 152 y ss.

*minii*³⁴, aunque sí por el *favor matrimonii* de las leyes Julia et Papia Popea³⁵. En este marco legal se planteó el problema de las segundas nupcias del cónyuge del ausente, a partir de las cuales, con leves indicios de prueba de muerte, se podía admitir válidamente el nuevo matrimonio³⁶. Mediando incertidumbre de vida sobre la suerte de aquel que cayera en cautividad y transcurridos cinco años desde que se produjo, podría el otro cónyuge contraer libremente nuevo matrimonio³⁷.

Ahora bien, respecto a la mujer del soldado ausente por razón de milicia, una estricta legislación imperial vino a precisar de manera clara las condiciones exigidas para volver a casarse. El emperador Constantino en rescripto a Dalmacio del año 337 sentó las bases de esta legislación fijando de un lado el transcurso de un plazo de cuatro años a partir de la marcha del marido al servicio militar sin contar con noticias suyas y de otro la obligación de comunicar por escrito al superior militar de aquél su propósito de volver a casarse³⁸.

Tiempo más tarde, una novela de Justiniano del año 536 (XXII, 7), recogiendo el sentir de la antigua jurisprudencia, permitía las segundas nupcias del cónyuge del ausente caído en cautiverio siempre que mediase incertidumbre sobre su vida y hubiese aguar-

34. J. A. ARIAS BONET, *En torno a la no reintegración «iure postliminii» del matrimonio romano*, en AHDE, 25 (1955) pp. 567-581. Dig. 24,2,1. Paulus libro XXXV ad Edictum. Dig. 49,15,12,4. Triproninus, libro IV. Disputatio num. «Sed captivi uxor, tametsi maxime velit et in domo eius sit, non tamen in matrimonio est». Dig. 49,15,14, Pomponius libro III. ad Sabinum: Non ut pater milium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit, sed consensu redintegratur matrimonium, 49,15,8, Paulus libro III, ad legem Iuliam et Papiame: Non ut a patre filius, ita uxor a marito iure postliminii recuperari potest, sed tunc, quum et voluerit mulier, et adhuc alii post constitutum tempus nupta non est; quodsi noluerit nulla causa probabili interveniente, poenis discidii tenebitur.

35. BRUNS, *Die Verschollenheit*, p. 100. La «publica nuptiarum utilitas» llevaba a prescindir del consentimiento paterno para contraer matrimonio. pasados tres años de la ausencia del padre e ignorándose «ubi sit et an sit». Dig. 23,2,10. Paulus libro XXXV. ad Edictum; 23,2,11. Iulianus libro LXII. Digestorum; 49,15,3, Triphoninus libro IV. Disputationum.

36. Dig. 48,5,12,12, Papinianus, libro singulari de Adulteriis.

37. Dig. 42,2,6. Iulianus libro LXII. Digestorum.

38. Cod. 5,17,7.

dado cinco años su regreso, transcurrido el cual, «manifestum de morte fiat, sive incertum maneat», podía volverse a casarse.

Pero respecto a la mujer del soldado establece un régimen distinto, más severo, de aquel señalado por Constantino. En el cap. XIV de la misma novela dispone que el plazo de espera se eleve a diez años y en este tiempo la mujer procure por todos los medios, cartas, recados verbales, etc., comunicarse con su marido. Sólo si éste no diese señales de vida o renunciase claramente a su matrimonio podría la mujer dirigirse al superior militar haciéndole partícipe de su deseo de contraer nuevo matrimonio. La razón de esta elevación del plazo de espera y del mayor rigor respecto a las nuevas nupcias de la mujer del soldado responde a la idea, expresada en la propia ley, de que la pérdida de la mujer para el marido ocupado en actos de guerra no es pena menor que la de ser aprisionado por los enemigos.

En la misma línea de protección del vínculo conyugal del soldado ausente una novela del mismo emperador del año 542 (Nov. 117,11) obliga a la mujer a guardarle cuanto tiempo dure la expedición militar, sin fijación de plazo de espera alguno y al margen de recibir o no noticias suyas. Sólo en el caso de mediar rumores sobre la muerte del marido podría la mujer recabar de las autoridades militares testimonio jurado de la misma, y aún en el caso de haberlo obtenido, debía dejar transcurrir un año antes de poder volver a casarse. Las penas previstas para los adúlteros se aplicaban a aquellos contrayentes que no hubiesen respetado estos requisitos legales.

Aunque limitada en su alcance a la esfera militar, esta norma que hace jurar a las autoridades sobre los «sagrados evangelios» introduce el principio cristiano de la indisolubilidad del matrimonio siquiera en las relaciones conyugales de los obligados al servicio militar. Fuera de este ámbito es posible la vigencia de una tradición más flexible que, respetando dicho principio, la hiciese compatible con una presunción de muerte a partir de la incertidumbre y del plazo de espera requeridas por la Novela del año 536 (cap. 7).

III. LA AUSENCIA EN EL DERECHO VISIGODO

La legislación visigoda sobre ausentes tiene el mismo carácter inorgánico y disperso que el señalado para el Derecho romano. En este punto no existe variación fundamental alguna aunque puedan señalarse diferencias en las situaciones contempladas. Un simple elenco de éstas da idea de tal afirmación: en el Liber Iudiciorum se alude a la sustitución del tiufado ausente³⁹, a la representación procesal del ausente⁴⁰, a la mujer casada que, ausente su marido, pretende volver a casarse⁴¹; asimismo se trata de la protección domiciliaria del soldado ausente⁴², de la interrupción de la prescripción adquisitiva por causa de ausencia⁴³,

39. Lib. Iud. (ed. K. ZEUMER, *Leges Visigothorum*, Hannover, 1902, 2,1,16 (Recesvinto): cfr. 6,5,14 (Chindasvinto).

40. Lib. Iud. 2,13,10 (Chindasvinto), cfr. 2,3,6 (antigua), donde, excluida la representación, se reconoce capacidad procesal a la mujer casada en los asuntos propios. Cf. Br. A., C. Th. 2,12,5; 9,1,2; Paulo, 1,2,2. Tanto K. ZEUMER (*Historia de la legislación visigoda*, trad. esp. Barcelona, 1944, p. 184), como R. DE UREÑA (*La legislación gótico hispana*, Madrid, 1905, p. 353), consideran esta antigua euriciana. A. D'ORS (*El Código de Eurico*, en «Estudios Visigóticos», II. Roma-Madrid, 1960, pp. 56-57) se inclina a considerarla leovigildiana, inspirada en Cod. Just. 2,12,21.

41. Lib. iud. 3,2,6 (antigua) Lib. iud. 3,1,4 (Recesvinto) contempla la posibilidad de prorrogar el plazo legal de dos años desde los esponsales para celebrar la boda si una necesidad, como puede ser la ausencia forzosa de uno de los cónyuges, lo exigiese. Ver ZEUMER, *Historia de la legis.*, pp. 222-225

42. Lib. iud. 8,1,7 (antigua) «Ne absente domino vel in expeditione publica constitutu cuiusquam domus inquietetur». Cf. C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *La pérdida de España*, I. *El ejército visigodo*, 43-44 (1967), pp. 5-73; p. 71. Asimismo Lib. iud. 9,2,2 (antigua) protege a estos «exercitales» de las rapiñas de los «compulsores exercitus, quando gotos in hostem exire compe llunt, si eis aliquid tulerint, aut ipsis presentibus vel absentibus sine ipsorum voluntatem de rebus eorum auferre presumserint».

43. Lib. iud. 10,2,6 (Chindasvinto) «Absente possessore, hoc est aut in alia provincia aut in expeditione publica positum esse constiterit». Cf. Br. A. 4, 20, 1: Cod. J. 8,5,1. En Lib. iud. 8,5,5 (antigua) se protegen los derechos del consorte ausente, cuya parte acotada se ve invadida por animales. El «pasquarium», cuya cuantía se desconoce, sería la renta a satisfacer por el consorte que al acotar su parte destruye la indivisión. Cf. D'ORS, *El Código de Eurico*, pp. 188-189. Lib. iud. 9,1,20 (antigua) encomienda al juez la custodia del fugitivo para devolverlo a su dueño ausente. D'ORS, *Ibidem*, pp. 84, 92.

de la plantación de viña en tierra ajena, ausente el dueño⁴⁴, de la prohibición de visitar médicamente a una mujer, ausente su familia o marido⁴⁵...

Este conjunto de disposiciones, formalmente disperso, cuenta sin embargo, con un principio común que le da un sentido unitario, y es el principio romano de presunción de vida, que llevó también en la legislación visigoda a proteger los derechos del ausente en tanto no se contase con prueba fehaciente de su muerte⁴⁶.

Ahora bien, admitida la raíz romana de este principio, cabe puntualizar el alcance de su influencia en la normativa visigoda ajustando de manera estricta su importancia. Es el caso de la *antiqua* «si mulier» que obliga a toda mujer que pretende volver a casarse en ausencia de su marido a cerciorarse debidamente de la muerte de éste, obligación que se hace extensiva a aquel con quien piensa contraer. Si se casaran sin obtener dicha certeza y en un momento dado regresara el marido ausente, ambos caerían en las penas del adulterio⁴⁷.

El origen de esta norma ha pretendido hallarse en la regulación justiniana antes citada o, según cree Zeumer, en la obligación general de procurarse certeza sobre la muerte del marido ausente antes de volver a casarse, propia del Derecho romano clásico y, respecto a la cual la norma justiniana sería tan sólo una concreción práctica en tema militar⁴⁸.

44. Lib. iud. 10,1,7 (*antiqua*). D'Ors, siguiendo el criterio apuntado ya por Dahn, se inclina a considerar esta *antiqua* no euriciana. Vid. su comentario en *El Código de Eurico*, pp. 177-178.

45. Lib. iud. 11,1,1 (*antiqua*): «Ne absentibus propinquis mulierem me dicus fleotomare presumat».

46. Vid. luego la distinta concepción de francos y longobardos, más ape- gada al nivel cultural propio.

47. Lib. iud. 3,2,6 (*antiqua*). Si mulier absente viro alium sibi maritum adsumat. Nulla mulier viro suo absente alteri viro se presumat coniungere usque dum de viro suo certis agnoscat indiciis, si vere mortuus fuerit. Quod similiter et ille inquirat, qui eam sibi vult in coniugio copulare. Si vero hoc facere distulerint et sic se inlicita presumptione coniunxerint, et postmodum prior maritus reversus fuerit, ambo ei in potestate tradantur, ut quod de eis facere voluerit, seu vindendi, seu quid aliud faciendi habeat potestatem.

48. K. ZEUMER, *Historia de la legis. vis*, pp. 236,238, cfr. supra lo dicho

Sin embargo, la norma posee un carácter axiomático más que técnico, por lo que tal vez carezca de sentido indagar exclusivamente en sus fuentes legales. Teniendo en cuenta esta circunstancia tal vez fuese más conveniente analizar el substrato ideológico de la propia sociedad visigoda, aquilatando el grado de admisión del principio cristiano de indisolubilidad del matrimonio, base del precepto, en vez de rastrear una tradición jurídica variable cuyo componente técnico, de plazos y notificaciones, no aparece en ninguna parte recogido⁴⁹.

Una consideración análoga merecen otras situaciones de ausencia reguladas por el Liber, como la que protege el domicilio del soldado ausente, castigándose a aquel que sustrajo algo con la pena del duplo si medió demanda judicial previa y el triple en caso contrario, o la que atiende al supuesto de demanda contra el que va a expedición militar, supuesto que veremos recogido luego en las fuentes medievales, obligándole dicha demanda a responder antes de su partida, bien personalmente o por tercero, pues en caso contrario podrá el juez disponer de la cosa en litigio entregándola al demandante sin perjuicio de la ulterior reclamación del demandado una vez haya regresado de la expedición militar⁵⁰.

Ahora bien, en todo caso se advierte en la regulación visigoda sobre ausentes un fondo cultural romanizado que contrasta vivamente con el más sencillo de ciertas fuentes longobardas y francas⁵¹. Ejemplo especial lo hallamos en el Edicto de Liutprando,

a propósito de las segundas nupcias de la mujer del ausente en el Derecho clásico y postclásico romano.

49. En este sentido, TAMASSIA, *L'assenza*, p. 183, considera la ley que comentamos, una prueba de la influencia católica, rechazando con DAHN (*Westgothische Studien*, Würzburg, 1874, p. 297), la posibilidad de que la misma sea una imitación justiniana.

50. Lid. iud. 8,1,7. antiqua, Cfr. n. 42.

51. La falta de fuentes para el conocimiento de la ausencia en el Derecho germánico antiguo ha llevado a los autores que trataron del tema, caso de Bruns, a ocuparse de otros derechos afines, como el Derecho franco, en cuyas costumbres, si bien redactadas tardíamente, se encuentran normas de interés que se remontan mucho tiempo atrás. Cfr. *Die Verschohlenheit*, pp. 140 y ss. En estas costumbres la ausencia daba lugar a una presunción de muerte que variaba según los lugares: en Hainaut, el plazo para hacerse cargo de los bienes del ausente era de tres años, en Anjou

con su severa regulación de los efectos patrimoniales y familiares de la ausencia: el que por razones de comercio o de trabajo partiera de su «provincia» y al cabo de tres años no hubiera regresado, a no ser que mediare justa causa de retraso debidamente comunicada, perdía el dominio de sus bienes, que pasaban a los herederos (hijos, en su defecto hermanos, a falta de éstos, los parientes próximos y en último caso la corte regia), de tal modo que aunque regresase después «a filiis non recipiatur, nec res suas in potestatem habeat». Por lo que se refiere a la mujer del ausente, aún cumplido este plazo trienal, debería solicitar del rey licencia marital para poder contraer nuevas nupcias⁵². Esta sencilla concepción que equipara con relativa facilidad la ausencia

o en Maine, de siete, cf. VILLEQUEZ, *De l'absence*, pp. 216-18. En las regiones de derecho escrito el plazo parece haber sido fijado a los diez años. Cf. ROUGHOL-VALDEYRON, *Recherches sur l'absence*, p. 26.

52. *Leges Liutprandi*, Ed. F. Bluhme, 18. IIII (720). De negotiatoribus vel magistris. Si quis negotium per agendum vel pro qualicumque artificio intra provincia vel extra provintia ambolaverit, et in tres annos regressus non fuerit, et forsitam infirmitas si emergerit, faciat scire per iudicem aut per missum suum. Nam si hoc distolerit mandare, si filius reliquerit, habeant res ipsius in suo iure et cuicumque filios post transacto constituto cautionis, vinditiones aut qualicumque oblegationes de rebus patris sui fecerunt, stabilem permaneat, et devita patris vel sua persolvat. Et si ipse postea regressus fuerit, iobemus, ut nec a filiis suis recipiatur, nec res suas in potestatem habeat. Quod si filius ipsius sine noditia vel iussione regis eum, recolligere presumpserit, omnes res ipsorum et patris substantia ad curtem regia dovolvantur. Et si filius non habuerit, et habuerit fratres, ipsis res eius habeant. Et si nec fratris habuerit, habeant proximi parentes, et si nec parentes proximi non fuerent, qui ei legibus succedere possent, post predictos tres annos curtis regia ei succedat. Quod si habuerit uxorem et intra suprascripto constituto, hoc est tres annos, menime regressus fuerit, veniat ipsam ad palatium regis, qui in tempore fuerit, et qualiter ei ipse maritandi licentia dederit, aut de causa ipsius ordinaverit vel tractaverit, ita facere deveat. Nam sine permissum regis non presumat maritum ducere. Et si ipsi post tres annos inventi fuerent, potestatem habeat rex de eis iudicare, qualiter voluerit.

Mas expresivo, pese a su brevedad, es el antiguo texto del Edictus Rothari, 3: Si quis foris provincia fugire temptaverit morti incurrat periculum et res eius infiscentur (ed. F. Bluhme, M. G. H. Legum, IV, Hannover, 1868; reimpr. Leipzig, 1925). Cfr. TAMASSIA, *L'assenza*, pp. 179-81.

con la muerte, hallaría un especial arraigo en el ambiente primario de la Alta Edad Media.

IV. LA AUSENCIA EN EL PERIODO ALTOMEDIEVAL

A) CONSIDERACIONES GENERALES

Son varias las circunstancias de todo tipo que confluyen sobre la concepción romano-visigoda de la ausencia, desvirtuando su carácter e interrumpiendo su proyección histórica. Así cabe destacar el carácter antiindividualista de la época, que otorga poca importancia al hecho mismo de la ausencia de una persona en el ámbito familiar, por existir una concepción popular del matrimonio mucho más libre que la preceptuada canónicamente⁵³, y, en el ámbito patrimonial, por mediar una comunidad doméstica que permite suplir con relativa facilidad la ausencia de uno de sus miembros⁵⁴. Sin embargo, es posible que la causa fundamental sea de índole cultural; se requiere un cierto grado de cultura para reputar viva a la persona que externa y materialmente aparece como muerta⁵⁵.

Dentro de este ambiente primario, la ausencia se desarrolló en el período altomedieval dentro de unas coordenadas de expansión, por la importancia de las causas que la motivaban (guerras, peregrinaciones, etc.), y de contracción, habida cuenta el fenómeno de adscripción a la tierra y el desarrollo de los vínculos de encomendación personal con sus paralelas restricciones a la libertad de movimiento.

B) ANÁLISIS PARTICULAR DE ALGUNOS ASPECTOS DE LA AUSENCIA

1. *Ausencia y patrimonio*

Diversos testimonios legales y documentales prueban que la ausencia, incluso forzosa como la del cautivo, comporta la pérdida de los bienes del ausente que pasan a repartirse entre los

53. Ver luego lo dicho a propósito del tema en el ap. V.

54. L. G. DE VALDEAVELLANO, *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval* (1956), en «Estudios Medievales de Derecho privado», Sevilla, 1977, pp. 295-321. W. ULLMANN, *The Individual and Society in the Middle Ages*, Londres, 1967.

55. Cf. TAMASSIA, *L'assenza*, p. 177.

parientes más próximos. Así, el Fuero del obispado de Compostela de 1113, dispone que se conserven durante un año los bienes de aquellos que fueron hechos cautivos por los musulmanes y aún que se procure rescatarles, pero una vez cumplido el plazo «*justa arbitrum propinquorum eorum bona distribuantur*»⁵⁶. En documento anterior, un «*iudicium*» del rey Alfonso V del año 1015, se da cuenta de la concesión por el rey Bermudo a un magnate de la corte de León de unos bienes dejados vacantes por sus poseedores, dos hermanos caídos en poder de los musulmanes⁵⁷.

56. De rebus captivatorum. Bona eorum qui capiuntur, a mauris, usque ad annum plenum in temerata et integra conserventur, ut si forte fortuito captum potuerint, redimere, redimant; sic autem completo anno, juxta arbitrium propinquorum eorum bona distribuantur. (Ed. T. MUÑOZ y ROMERO, *Colección*, pp. 403-409; p. 408.

En relación con los cautivos de guerra, los fueros privilegiados del área de frontera fijaron un régimen diferente como parece desprenderse del hecho de indemnizarles sus armas y cabalgaduras. Cf. *F. Cuenca*, forma sist. XXX, 32; cód. Val., XIV, 21; *F. Teruel* (ed. M. Gorosch, Estocolmo, 1950), 589; *F. de Alcaraz*, X, 32; *F. de Alarcón*, 619; *F. de Baeza* (ed. J. Roudil, La Haya, 1962), 695; *F. Béjar* (ed. J. Gutiérrez Cuadrado, Salamanca, 1974), 926. Curiosamente en el manuscrito español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París (ed. J. Roudil, en *Vox Románica*, 22 (1963) núm. 1, pp. 127-174, número 2, pp. 219-380) se prescribe como en la antigua legislación del Noroeste peninsular que las armas y el caballo de los cautivos pasen a los herederos: 711 (a) «*Sy cavallero o peon de la cavalgada cativare, sus armas e so cavalo sean de los herederos*».

En relación con el beneficio feudal, la ausencia del vasallo comporta en un principio la devolución del mismo al señor, aunque a medida que se considera un valor patrimonial pasará provisionalmente a los herederos más próximos del ausente. (Vid. Rouighon-Valdeyron, *L'absence*, 41-43). En la carta de convenio sobre tenencia de una honor entre Ramón IV, conde de Pallars y sus hermanos Rafard Guitardo, Guilermo y Tedbalo (1086,) se acuerda que éstos sustituyan a Ficapal, ausente en peregrinación a Jerusalén, en la tenencia de la honor. Sólo si a su regreso el hermano ausente no renovara el pacto de vasallaje, Rafard se convertiría en su hombre «*solidus*», sirviéndole los restantes hermanos como rectamente juzgaran (ed. Miquel Rosell, *Liber Feudorum Maior*, 2 vols. Barcelona, 1965-1967, I, 105-106).

57. E. FLÓREZ, *España Sagrada. Theatro geográfico-histórico de la Iglesia áe España*. Madrid, 1747-1918, t. 36, ap. X, pp. 20-22. «*Iudicium regis Adaphonsi, in quo et irruptio Maurorum Cordubensium in Legionem et captivitas Salvatoris et Juliani memoratur, qui fuerunt filii Munnionis Regum legionensium cellariorum praefecti*».

Un principio similar regía, según López Ortiz, en el Derecho musulmán. La antigua escuela malequí daba por muerta a la persona que desaparecía en tiempo de guerra con infieles, si transcurrido un año desde su desaparición no se tenían noticias suyas⁵⁸.

Con el tiempo, sin embargo, fue dándose un progresivo reconocimiento de los derechos patrimoniales del ausente, como se ve, por ejemplo, en la esfera del Derecho sucesorio. El fuero de Daroca que fijaba un plazo de seis meses para hacerse cargo de la porción hereditaria, elevaba el plazo a un año si el heredero se hallaba en peregrinación y aún lo suprimía si el heredero hubiese caído en cautiverio. «*Si fuerit captivus quando exierit*»⁵⁹.

Por su parte, el fuero de Alfambra permitía adelantar la partición hereditaria, frente al plazo legal de un año de espera por el fuero, con tal que se respetasen hasta entonces los derechos sucesorios del hermano ausente⁶⁰. En otros fueros, por el contrario, se dispone que los ausentes reconozcan y aprueben, a su re-

58. J. LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulman*, Barcelona, 1932, pp. 129-131.

59. MUÑOZ, *Colección*, pp. 539-40. Ver en general J. MARTÍNEZ GIJÓN, *La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el derecho medieval español*, AHDE, 27-28, 1957-1958, pp. 221-303.

60. *F. de Alfambra* (ed. M. ALBAREDA y HERRERA, Madrid, 1925), cap. 71. Corresponde en otra área jurídica, al *Fuero General de Navarra* (ed. de P. ILARREGUI y S. LAPUERTA Pamplona, 1869) 2,4,13, una puntual regulación de la partición de la herencia estando uno de los hermanos ausentes. En este caso los restantes hermanos parten por sí y reservan al hermano ausente su parte, durante un año y día, asegurándose mutuamente la partición con fiadores. En el supuesto de que el hermano ausente regresase antes de cumplirse el plazo y no estuviese conforme con el reparto, se debía hacer de nuevo. Pero si transcurriese aquél y el hermano no llegara, cada uno puede disponer de su parte encomendando la del hermano ausente a alguno de ellos, «*assi que la tenga quita senes embargo para aqueyll hermano quando viniere*». Ahora bien, si aconteciera el fallecimiento del ausente «en otra tierra» y no tuviese hijos ni mujer, entonces corresponde al hermano mayor su parte. Pero si tuviese mujer a ésta correspondería el usufructo de las heredades del marido, así como «*cobrar la meatat del mueble*». Si con ella tuviere hijos heredarían éstos la parte de su padre. Sólo en el caso de que muriesen antes de los siete años, pasaría ésta a manos del hermano mayor; pero si el hijo muriese pasada esta edad, podría disponer de sus bienes. Sólo en el caso de no hacerlo volverían a la raíz de donde proceden, heredando «*los parientes ont vienen las heredades*».

greso, los actos patrimoniales de su familia, como hace el fuero de Viguera y Val de Funes⁶¹.

2. *La ausencia del deudor*

La ausencia del deudor constituye un tema de interés especial para los fueros de la familia Cuenca-Teruel. Un supuesto concreto, el del deudor ausente que no deja nombrado fiador, ilustra suficientemente el contenido de la regulación⁶².

En él se distingue una doble situación de ausencia: la de incer-

61. *Fuero de la Viguera y Val de Funes* (ed. crítica de J. M.^a RAMOS LOS CERTALES. Salamanca, 1956), 79 «Comprar hun hermano d'otro. Otrosi, si alguno comprare vinna o campo de sus hermanos o de otros omnes después que ovieren su partición fecha, e viniere su hermano d'otra tierra o de tierra de moros no ha derecho en demandar aquella hereditat». El § 114 contempla otro supuesto «Hereditat de dos hermanos empeynar» que aparece luego recogido en las recopilaciones privadas de los fueros de Aragón (ed. J. M.^a RAMOS LOSCERTALES, en AHDE, 2, 1925, pp. 491-523), 20. «De hereditate quam impignorant duo germani et unus est absens»; en el *Fuero de Jaca* (ed. crítica por M. MOLHO, Zaragoza, 1964), Rcd. A., cap. 181; en los *Fueros de Aragón* (ed. G. TILANDER, Lund 1937), 22; *Vidal Mayor* (ed. G. TILANDER, Lund, 1956), 22. En este caso el hermano que pretende desempeñar la heredad que tiene en común con un hermano ausente y que ambos habían empeñado, no podrá hacerlo a no ser que pruebe debidamente la muerte de éste o diese fianzas suficientes de que en caso de regreso respetará su compromiso con el «creador del dito peynno». Ahora bien, la propiedad así desempeñada no podrá ser vendida o enajenada hasta que la muerte del hermano ausente sea un hecho confirmado, o bien si vive, tenga la certeza de que lo que haga recibirá su confirmación. Sumamente expresiva resulta en la Recopilación privada de Fueros de Aragón la fórmula para probar la muerte del hermano ausente: Et si dicit «mortuus est» non debent illi credere si non monstrat sepulturam ubi iacet, cum testimonio ilius clerici qui eum sepelivit et cum aliis duobus probis hominibus qui interfuerint sepulture illius, et quod iurent sicut forum terre est». De manera similar se expresa el Fuero de Jaca. Huyendo de esta expresividad los Fueros de Aragón y Vidal Mayor, hablan escuetamente de «si non probare abastadament que aqueill su hermano es muerto».

62. El profesor Martínez Gijón al estudiar *El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca*, en AHDE, 29, 1959, pp. 45-151, ofrece, aunque desde otra perspectiva, una visión completa de dicha regulación, r. pp. 103-124.

tidumbre plena sobre el paradero del deudor del cual únicamente se sabe que «no está en el término»; y la de incertidumbre relativa contando con que la ausencia tiene una causa específica que la justifica: «haber ido al rey», estar en romería o peregrinación o haber ido de caza⁶³.

En el primer supuesto, la mujer o quien responda por el deudor (hijos, barragana o cualquiera que tenga bienes suyos, incluso sus herederos, dice el fuero de Alarcón⁶⁴, deberá jurar ante los alcaldes que no se ausentó por miedo al acreedor. Si así jura se le concede un plazo de tres novenas para que se presente, transcurrido el cual si no ha comparecido ni media reconocimiento de deuda por quienes responden por él, se pasa sin más dilación a juicio para decidir al respecto⁶⁵.

Ahora bien, si se justifica la ausencia del deudor diciendo por ejemplo que «profectus est ad regem, vel in peregrinationem seu ad venandum», se suprime todo plazo legal «expetet querimoniosus

63. *Fuero de Cuenca* (ed. crítica por R. DE UREÑA y SMENJAUD, Madrid 1935), 587 (= XXIII,1) -626 (= XXXIII,30); *F. Turolíi* (ed. J. CARUANA, Teruel 1974), caps. 179-202; *F. de Teruel*, caps. 188-196. Sobre la problemática suscitada por estos textos vid. A. M.^a BARRERO, *La familia de los fueros de Cuenca*, en AHDE, 46, 1976, pp. 713-725.

64. *F. de Cuenca*, 592 (= XXIII,6); 593 (= XXIII,7): «Si debitor non habuerit uxorem, neque filios, respondeat in voce debitoris ille qui bona sua habuerit, sicut uxor aut filii debitoris». *F. de Alarcón* (ed. J. ROUDIL, *Les fueros d'Alcaraz et d'Alarcón*, Paris, 1968), cap. 493: «Si el deudor non oviere muger aya el quereloso su fuero con sus fijos del deudor atal como con la muger, assi como dicho es desuso Si el deudor non oviere muger ni fijos, responda en su boz aquel que sus bienes a de heredar, assi como muger o fijos». En el *Fuero de Alcaraz*, VIII, 84, se dispone que a falta de mujer e hijos «responda en voz del deudor aquel que sus bienes oviere». En este mismo sentido se expresa el *fuero de Béjar* (ed. J. GUTIÉRREZ CUADRADO, Salamanca, 1970), cap. 716; *F. de Iznatoraf*, 552; *F. Teruel*, 185; *F. Zorita* (ed. R. UREÑA, Madrid, 1911), 478.

65. Este juramento de la mujer se renovaba cada novena pasada sin comparecencia del marido ausente. Si así no lo hiciese podría el acreedor prender en casa del deudor ausente hasta satisfacer su deuda. «Si uxor manifesta fuerit». *F. de Cuenca* 588, 589, 590 (= XIII,2,3,4); *F. de Alarcón*, 491; *F. de Alcaraz*, VIII, 79; *F. de Béjar*, 712; *F. de Zorita*, 473. El *F. Turolíi*, 183 (*F. de Teruel*, 189), prescribe el juramento de la mujer para el caso de no ser creído su testimonio. Si obligada a jurar por esta causa no lo hiciera, se reduce el plazo de espera normal de tres novenas a tres días.

adventum eius», salvo para los enfermos a quienes se daba un plazo de comparecencia de treinta días⁶⁶. Pero, aunque no se fijasen plazos concretos, la espera del deudor ausente tenía en ocasiones unos límites naturales: así si se dijera que había ido en recua, la vuelta del exea marcaba el final de la espera o si fuese en hueste, la vuelta del caudillo o de sus compañeros de expedición. Asimismo, si la mujer del deudor ausente decía que éste se hallaba de caza, debía comprometerse bajo juramento a no enviarle pan ni vianda alguna, a fin de forzar su regreso en caso de no ser cierto. En los casos extremos de cautiverio o muerte del deudor ausente eran su mujer o quien tuviere bienes suyos quienes respondían de la demanda.

Respecto a los plazos concedidos al deudor ausente para comparecer a juicio existe una regulación hasta cierto punto extraordinaria en el concierto de los fueros municipales, en el fuero de Alba de Tormes.

En él se precisan con toda minuciosidad dichos plazos que quedan configurados de la siguiente manera: ocho días si el deudor no se ausentó más allá del río Duero y quince si así lo hizo; treinta días si pasó del Tajo o fue a Portugal, León, Burgos o Toledo; un año si cayó en cautiverio, y siendo peregrino, nuevos plazos, según fuese a Jerusalem, un año; a Roma, seis meses; a Santiago, un mes; a San Salvador de Oviedo, tres semanas; a Santo domingo, quince días⁶⁷.

Una fijación de plazos semejante, aunque más sencilla y referida únicamente al marquero peregrino es decir, al deudor afianzado ausente por peregrinación, la hallamos en el fuero de Viguera y Val de Funes. En este caso los plazos son de un año si «fuere en romería de pie ha Ultramar»; de tres meses, si a Roma y de un mes a Santiago (art. 134). El Fuero General de Navarra los precisa un poco más en relación con el infanzón que va en romería⁶⁸.

66. *F. de Cuenca*, 597 (= XIII,11)-603 (= XIII,17); *F. de Alarcón*, 495-499, *F. de Alcázar*, VIII, 88-94; 96. *F. de Béjar*, 720-725, 727. *F. Turolí*, 188-191. *F. de Teruel*, 194-196.

67. *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*, (ed. y estudio de A. CASTRO y F. DE ONÍS. Madrid, 1916), art. 55. Cf. L. VÁZQUEZ DE PARGA, J. M.ª LACARRA, J. URÍA RÍU, *Las Peregrinaciones a Santiago de Compostela*, t. I, 1949 (ed. facsímil, Asturias, 1981), pp. 263-65.

68. Quince días de plazo, antes de poder ser vendido, tiene el infanzón

Por otro lado, el ausente por causa de guerra o expedición militar no puede ser embargado en el tiempo que dure esta circunstancia, ni diez días después de su regreso, tal y como dispone el Fuero extenso de Jaca (Red. A, 126) y el mismo Fuero General de Navarra (3,15,27) Este último precisa que tampoco pueden ser embargados los que fueran al mercado.

3. La ausencia del caballero

Una situación de ausencia típicamente medieval es la del caballero que va a tierra de moros (*ad mauros fuerit, exito vel salito*) «a buscar su pro o seynnor servir» como dice expresivamente el fuero de Viguera y Val de Funes (cap. 253).

La tradición legal visigoda castigaba con severas penas de confiscación de bienes y excomunión, a quienes hallándose fuera del reino maquinaran contra la seguridad de la monarquía⁶⁹. Esta tradición perduró durante la Alta Edad Media⁷⁰, hasta el punto de hablar Alfonso VI de una «costumbre patria» cuando confiscó los bienes de un conde traidor⁷¹.

que va a Rocomodor; un mes el que va a Santiago; tres meses a Roma; a Ultramar, un año y «a Iherusalem un ayno et un dia».

69. Una ley de Chindasvinto (Lib. iud. 2,1,8) y el c.1 del Concilio VII de Toledo (elc. 12 del VI ya se refería a los prófugos que buscaban refugio entre los enemigos), castigaban con estas severas penas, las insidias de los fugitivos huidos a otras tierras. Ven A. IGLESIA FERREIRÓS, *Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla*. Santiago de Compostela, 1970, pp 74-77.

70. J. ORLANDIS, *La pervivencia de la legislación visigótica sobre seguridad del reino en la Alta Edad Media* (publicado con el título *Huellas visigóticas en el Derecho de Alta Edad Media*, en AHDE, 15 (1944), 644-658), en «Estudios visigóticos», III, Roma-Madrid, 1962, pp. 125-136. Vid. H. GRASSOTI, *La ira regia en León y Castilla*, en Cuadernos de Historia de España, 41-42 (1965), pp. 5-135.

71. En la concesión de la Villa y Monasterio de San Salvador de Villa verde de Valdevidriales al Monasterio de Sahagún, hecha por Alfonso VI se dice: «et sic monasterium quomodo et illa villa in qua est positum iacent in valle de Vidriales que michi accidit per consuetudinem patrie ex successionem comitis nomine Fernandiz a patria exilio propter superbiam suam relegati». Recoge entre otros este documento, IGLESIA FERREIRÓS, ob. cit. I, 34

Ahora bien, tratándose de una expatriación voluntaria podría pensarse en un régimen legal distinto, más matizado y esto es lo que parece hallarse en la confirmación y adición de los antiguos Fueros de León y Carrión hecha por la reina doña Urraca, el 29 de septiembre de 1109⁷². El caballero que emigraba a tierra de moros (si de terra exierit, et ad mauros fuerit, *exito vel salito*)⁷³. sufría la confiscación habitual de sus bienes, pero con la novedad de eximir a su mujer de toda responsabilidad, por lo que no perdía ni sus propiedades, ni la mitad de los gananciales ni las arras por esta causa⁷⁴.

En el fuero de Viguera y Val de Funes (cap. 253, De yr a otra tierra) se contiene una regulación más acorde con la libertad de movimiento de las personas y su posibilidad de medrar en otras tierras. El infanzón que marchase a tierra de moros o a otro reino cristiano «a buscar su pro o seynnor servir» no pierde por ello sus bienes: «por tal fecho el rey n'ol deve amparar sus bienes ni deseredarlo». Sólo en el caso de que se expatriase en tiempo de guerra a tierra enemiga podría exigírsele que el daño causado lo pagase «quando tornare a la tierra», siempre que el mismo no lo hubiere hecho a las órdenes de su nuevo señor, en cuyo caso estaba exonerado de responsabilidad. Esta flexible disposición aparece recogida asimismo en el Fuero General de Navarra⁷⁵.

^{72.} MUÑOZ, *Colección de Fueros*, pp 96-98.

^{73.} E de Hinojosa en un primer momento consideró que ambos términos se referían a situaciones diferentes: «La diferencia entre el *salido*, o sea el que se expatriaba voluntariamente para ir a tierra de moros (*salitus*), caso frecuente en los siglos XI y XII, y el que era desterrado o echado (*exitus*) del reino, se marca también en el Poema» *El Derecho en el Poema del Cid* (1899) en *Obras*, I, Madrid, 1948, p. 196). Sin embargo, D. Ramón Menéndez Pidal defendió la sinonimia de ambos términos (*Cantar de Mio Cid*. Texto, Gramática y Vocabulario, vol. II, Madrid, 1969, pp. 835 s. v. *salido*. «expatriado, desterrado»), admitida luego por Hinojosa (*El elemento germánico en el Derecho español*, *Obras*, II, pp. 4-31, nota 85).

^{74.} «Ut sua mulier non perdet sua haereditate, non suas medias comparationes, neque suo habere, neque suas arras quae habuerit pro fide sine enganno». Como observa Muñoz, *Ibidem*, n. 3, este precepto rompe con la tradición visigoda de considerar los bienes gananciales en proporción del capital que cada cónyuge aportaba al matrimonio. Vid. allí la permanencia de este principio en la tierra de León a través del testimonio documental recogido por Floranes.

^{75.} F. G. N. 1,5,3 «Como se deve mantener fidalgo contra Rey quando

4. El privilegio procesal de la mujer casada

La ausencia del marido matiza en este tiempo el llamado privilegio procesal de la mujer casada, en cuya virtud pasa a ser representada en juicio por su marido, incluso en las causas propias, frente a lo permitido en la legislación visigoda⁷⁶. La rudeza de las costumbres y la falta de un poder político fuerte explican en parte este sometimiento general de la mujer a una autoridad doméstica que comporta una limitación de su capacidad. «Absente viro suo non iudicetur nec infidietur aliquis mulieres» dice el fuero de Rabanal del Camino (cap. 8) y con él, en parecidos términos, los restantes que componen la familia del fuero de León⁷⁷. Sin

saylle fuera de tierra, et por quales cosas puede ser desheredado Hombre de linaje porque fuere a otro regno por buscar su pró, por esto el Rey nor lo deve desheredar por fuero». Claramente se especifica que el expatriado no debe tener iniciativa en el ataque que su nuevo señor emprenda contra el reino, pues de lo contrario se le castiga con la confiscación de sus bienes: «et si ante el seynor passare, deve ser desheredado». Este mismo principio se mantiene para aquel que no fue desterrado por el rey que no puede emprender acciones de castigo contra otros reinos hostiles por su cuenta, so pena de responder por ellas a su regreso. Por el contrario, el desterrado es libre de hacer lo que quisiera: «aqueyll qui el Rey lo echó de la tierra faga lo que podiere». El destierro, a veces, venía motivado por el simple hecho de practicar la violencia delante del rey. Cfr. *Fuero extenso de Jaca*, Red. A, 293. Una regulación hasta cierto punto homogénea, que marca el nivel social de comprensión del tema la vemos en el *Fuero Viejo de Castilla* (ed. de I. J. DE ASSO y M. DE MANUEL, Madrid, 1847), I, 4, 1-2.

76. Lib. iud. 2,3,6 (antiqua). Vid. supra n. 40. Cfr. E. HINOJOSA, *Sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho civil* (1907), en «Obras», II pp. 345-385; en esp. 359 y 363. A. GARCÍA GALLO, *L'evolution de la condition de la femme en Droit espagnol*, en «Annales de la Fac. de Droit de Toulouse» n. 14, 1966, pp. 73-96.

77. Así el *fuero de León*, 42: «Mulier in legione non capiatur, nec iudicetur, nec infidietur absente viro suo»; *F. de Castroalbón*, 23: «Mulier in ipsa villa non capiatur nec iudicetur nec infidietur viro suo absente»; *F. de Sanabria*, 15: «La mujer que morare en Sanabria non sea presa nin asediada sin su marido»; *F. de Villafranca*, 17: «Muller que morar en Villafranca non será presa nen enfiada sen seo marido». Ver A. GARCÍA GALLO, *El Fuero de León. Su historia, textos y redacciones*, en AHDE, 39, 1969, pp. 5-171; ap. II, pp. 160-161. J. RODRÍGUEZ, *Los fueros del reino de León*, I. *Estudio crítico*; II. *Documentos*, 1981, I, pp. 79-150, II, pp. 15-23; (León), pp. 67-71 (Castroalbón); pp. 115-119 (Rabanal del Camino).

embargo, sentado el principio de que la «muger non responda sem varon», como se indica en los fueros de la familia Cimacoa-Cáceres⁷⁸, la ausencia del marido no paraliza siempre la acción procesal, sino que en estos casos se atribuye a los alcaldes de la localidad su representación al igual que la de las restantes personas desasistidas, «barajen los alcaldes su voz», como disponen los Fueros de Salamanca y Ledesma⁷⁹

Pese a todo esto, es posible que en los llamados luego «fechos mugeriles» se hubiere producido desde temprana época un reconocimiento de la capacidad procesal de la mujer casada aun ausente su marido⁸⁰.

V. REGULACION CANONICA DE LA AUSENCIA CONYUGAL

En la esfera matrimonial la exigencia de certidumbre sobre la muerte del cónyuge ausente, propia del Derecho romano-visigodo, se vio notablemente relajada por una concepción social que tendía a presumir con facilidad la muerte del ausente. Precisamente esta concepción forzó una declaración canónica sobre el tema en base a la afirmación del principio cristiano de la indisolubilidad del matrimonio. Un ejemplo de esta confrontación lo hallamos en la Decretal «In presentia» de Clemente III (1188) que responde a la consulta hecha por el obispo de Zaragoza sobre la pretensión de

78. *Fuero de Coria* (ed. E. SÁEZ, *Estudio histórico-jurídico*, J. MALDONADO, Madrid, 1949), 191. *El Fuero de Usagre* (ed. R. UREÑA y A. BONILLA, Madrid, 1907, 200) dispone categóricamente que «nenguna mulier non responda sin so marido. Vid. la correspondencia del principio señalado en los fueros de esta familia, en el estudio antes citado del profesor Maldonado, pp. CCXXXVI-CCXXXVII.

79. *F. de Salamanca*, 258: «Mugier que ovier marido, et non fore ena villa o fore enfermo, o manceba en cabelo, barayen los alcaldes su voz», cf. 256 (viuda y menores huérfanos). En los mismos términos se expresa el *Fuero de Ledesma*, 175, 178.

80. Como indica el prof. Martínez Gijón, por lo general las mujeres no son recibidas como testigos, salvo en algunos supuestos concretos relacionados con su conocimiento del hecho, falta de consentimiento en el matrimonio, prueba de edad de una persona, etc. *La prueba judicial en el Derecho territorial de Navarra y Aragón durante la Baja Edad Media*, AHDE 31, 1961, pp. 17-54; p. 30.

ciertas mujeres de su diócesis de volver a casarse por ausencia de sus maridos durante más de siete años o por haber caído éstos en cautividad. Basándose en un dicho del Apóstol San Pablo «mulier tam diu alligata est viro, quam diu vir eius vivit», se afirma la indisolubilidad del vínculo en tanto no se tengan noticias fehacientes (certum nuncium) de la muerte del cónyuge⁸¹. Sin embargo, la perduración de tales plazos en el romancero tradicional revela el arraigo popular de esta concepción difícilmente superada por la Iglesia⁸².

81. X,4,1,19: «Uxor non certificata de morte viri, contrahere non potest, quamvis ignoret, quid sit de marito, qui longo tempore abfuit. Clemens III. Caesaraugustensi Episcopo. In praesentia nostra positus a nobis quaesivisti, quid agendum tibi sit de quibusdam mulieribus in tua dioecesi constitutis, quae, quum viros suos causa captivitatis vel peregrinationis absentes iam ultra septenium praestolatae fuerint, nec certificari possunt de vita vel de morte ipsorum, licet super hoc sollicitudinen adhibuerint diligentem, et pro iuvenili aetate seu fragilitate carne nequeunt continere, petentes aliis matrimonio copulari. Quum autem dicat Apostolus: «Mulier tam diu alligata est viro, quam diu vir eius vivit». Consultatione tuae taliter respondemus quod, quantocumque annorum numero ita remaneant, viventibus viris suis non possunt ad aliorum consortium canonicè convolare, nec tu eas auctoritate ecclesiae permittas contrahere, donec certum nuncium recipiant de morte virorum. (Ed. FRIEDBERG, *Corpus iuris canonici*, reimp. 1959, II, 668). En la versión medieval española de las Decretales de Gregoria IX, se dice: «In presencia. Dize aquí que si los maridos son presos o se van en romería, e las mugeres los esperan, VII annos o mas, non pueden casar con con otro, nin la iglesia les deve dar licentia fasta que sean certeras de sus maridos que son muertos». (Ed. J. M. MANS PUIGARNAU. Barcelona, 1940-1942, vol. III p. 14).

82. El romance de «*El Conde Dirlos*», compuesto a fines del siglo xv y reimpresso muchas veces a lo largo del siglo xvi por su popularidad, plantea el tema de la ausencia del marido que va a luchar a lejanas tierras dejando tras de sí una mujer hermosa, recién desposada:

| | |
|-------------------------------|--------------------------------|
| Porque los reynos son lexos | — del rey moro Aliarde, |
| que son cerca la Casa Santa | — allende del nuestro mare, |
| Siete años, la condesa, | — todos siete me esperade, |
| si a los ocho no viniere, | — a los nueve vos casade, |
| sereys de veyte siete años, | — que es la mejor edade. |
| El que con vos casare, señora | — mis tierras tome en axuare». |

(R. MENÉNDEZ PIDAL, *Romancero tradicional de las lenguas hispánicas*. Madrid, 1957-1975, tom. 3 (1969), pág. 69; *Romancero hispánico*, Madrid, 1953

Desde principios del siglo v el papado inició una línea de actuación legal contraria a la idea social en la materia. Sendas cartas pontificias de Inocencio I (402-417; ?) y de León I (440-461; 458) defienden, a la luz del principio citado, la indisolubilidad del matrimonio del caído en cautiverio, obligando a la mujer que hubiese contraído nuevas nupcias, presumiendo la muerte del cautivo o simplemente contando con su retorno, a abandonar su nueva relación respetando la primera ⁸³.

Recogidas en el Decreto de Graciano estas cartas, fueron la base de una literatura canónica destinada a ajustar la aplicación del principio de indisolubilidad del matrimonio a la situación concreta. En esta labor destacaron decretistas como Paucapalea, Rolando Bandinelli, Rufino ⁸⁴ y aún antes que ellos, teólogos como Ugo San Vitorio y Pedro Lombardo ⁸⁵.

I, pp. 275-285). *El romance de la Condesita* (MENÉNDEZ PIDAL, *Romancero tradicional*, IV (Madrid, 1971), pág. 248) insiste en la misma idea:

| | |
|----------------------------|----------------------------|
| Para cuantos años, conde | — para cuantos años vas? |
| para siete voy, marquesa | — para siete nada más; |
| si a los ocho no viniera, | — marquesa, te casarás. |
| Pasan seis y pasan siete, | — cerca de los ocho van; |
| un día, estando en la mesa | — su padre venga a mirar. |
| ¿Que me miras, padre mio? | — ¡Que te tengo que mirar! |
| que han pasado siete años | — y a pasar los ocho van; |
| ¿porqué no te casas, hija? | — por que no te casas ya? |

83. C. 34, q. I-2, c. I y II. «Redeant ergo in suum statum voluntaria redintegratione coniugia..., quia, sicut hae mulieres, que reverti ad viros suos noluerint, inopiae sunt habendae: ita illae que in affectum ex Deo initum redeunt, merito sunt laudanae». Vid. P. FEDELE, *Il matrimonio dello scomparso* en «Riv. di Dir. civ.», 1936, pp. 136; L. SPINELLI, *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Roma, 1943.

84. *Die Summa des Paucapalea über das Decretum Gratiani* (ed. von Schulte. Giessen, 1890. Causa 34, p. 134; *Die Summa Magistri Rolandi* (ed. Thaner Innsbruck, 1874). Causa 34 pág. 200; *Die Summa Magistri Rufini zum Decretum Gratiani* (ed. von Schulte Giesen, 1892). causa 34, pág. 442.

85. En la *Summa Sententiarum*, tract. 7, *De Sacramento coniugii*, cap. IX (en Migne, P. L. 176, pp. 161-162) el teólogo Ugo San Vitorio plantea el problema de las segundas nupcias de la mujer del ausente (in bello vel in captivitate vel in longinqua peregrinatione), dando a entender que a su regreso no se produce una automática reintegración del primer matrimonio, sino que ello depende de su voluntad. «Hoc tamen certum est quod reddi

Influidos por la mentalidad social, estos autores configuraron una primera etapa doctrinal caracterizada por la concesión de un cierto valor canónico a la certeza incluso relativa sobre la presunta muerte del cónyuge ausente.

Sin embargo dos nuevas decretales de Lucio III y Clemente III, de fines del siglo XII, reafirmaron la necesidad de contar con una firme certeza sobre la muerte del cónyuge ausente, antes de poder pasar a nuevas nupcias, desterrando cualquier debilidad que el influjo de la época hubiese podido introducir en la doctrina y en la práctica canónicas⁸⁶. En esta labor los pontífices se vieron ayudados por la difusión de similares exigencias contenidas en los textos renacidos del Derecho romano-justiniano⁸⁷

debent viris prioribus si ipsi redierint et ipsas haberi voluerint». Un pensamiento similar se encuentra en Pedro Lombardo (*Sententiarum*, lib. 4, dist. 38, n. 5, en MIGNE, P. L. 192, p. 934). Ver una referencia más amplia en SPINELLI, *La presunzione di morte*, pp. 25-27.

86. X,4,21,2 Lucius III. universis Christianis in captivitate Sarracenorum positus Dominus ac redemptor noster: Sane, super matrimoniis, quae quidam ex vobis nondum habita obeuntis coniugis certitudine contraxerunt, id vobis auctoritate apostolica respondemus, ut nullus ex vobis amodo ad secundas nuptias migrare praesumat, donec ei *firma certitudine* constet, quod ab hac vita migraverit coniux eius. Si vero aliquis vel aliqua id hactenus non servavit, et de morte prioris coniugis adhuc sibi existimat dubitandum: ei, quae sibi nupsit, debitum non deneget postulanti, quod a se tamen noverit nullatenus exigendum. Quodsi post hoc de prioris coniugis vita constiterit, relictis adulterinis illicitisque complexibus ad priorem *sine dubio coniugem revertatur* (ed. FRIEDBERG, *Corpus iuris canonici*, II, 730) «Lucio III: a todos los christianos que son en prisión de moros. Dominus Dize aqu que ninguno non case a otra parte fasta que sea certero que es muerta su mujer. Essi alguno o alguna casso, e a dubda ssi la primera muger o el primer marido es muerto o non, el non deve demandar debdo a aquella (muger con) qui caso, mas si ella selo demandare deve selo dar Mas si despues sopiere que la primera es biva, deve dexar la segunda e tomar a la primera» (ed. MANS, *Decretales de Gregorio IX*, p. 87).

87. Vid. supra Cfr. Azzo, *Summa super Codicem* (in C. 5,17 (De repudiis et divortiis et iudicio et moribus sublato), ed. Pavia 1506, facs. Turín, 1966, f. 190; *Lectura in Codicem* (in C. 5,17,7) París, 1577 facs. Turín 1966, f. 407. ACCURSIO, *Glossa in Codicem* (in C. 5,17,7) ed. Venecia, 1488 facs. Turín, 1968, f. 1454; *Glossa in Volumen* (in N. 22,7) ed. Venecia, 1489 facs. Turín, 1969, f. 31 v, 32 r. (194-195); BALDO DE UBALDIS, *Consiliorum sive responsorum volumen primum*, Venecia, 1575, facs. Turín, 1970, fol. 156 v 157 r.

A falta de una explicación legal sobre la forma de obtener dicha certeza, los decretalistas fueron los encargados de indagar sobre este aspecto ofreciendo distintas soluciones. Así, Enrique de Segusia estimó suficiente para probar la muerte de un ausente, el testimonio de una persona prestado bajo juramento y en presencia del obispo⁸⁸. Por su lado, Antonio de Butrio admitió la fama de la muerte del ausente junto con el testimonio de una persona⁸⁹. Correspondió, sin embargo, a Nicolás de Tudeschi haber hecho evolucionar la doctrina canónica en este punto al aconsejar el traslado de la obligación de obtener certeza moral sobre la muerte del ausente del cónyuge interesado al juez eclesiástico, planteamiento que sería secundado luego por los autores⁹⁰.

Tiempo después, con ocasión de la Reforma, el Concilio de Trento se vio impulsado a reafirmar el principio de indisolubilidad del matrimonio del ausente, al figurar la ausencia como una de las causas de divorcio en las tesis calvinistas⁹¹. Sin embargo, la vigen-

88. HENRICUS DE SEGUSIO, CARD HOSTIENSIS, *In quartum Decretalium librum Commentaria* (X. 4,1,19) ed. Venecia, 1581, facs. Turín, 1965. Este autor además de precisar el carácter deontológico del veto eclesiástico a nuevas nupcias en caso de duda sobre la existencia del marido ausente, incide sobre la delicada cuestión del débito conyugal, el cual podrá ser prestado, pero no exigido. cr. SPINELLI, *La presunzione*, pp. 43-44.

89. A. A. BUTRIO, *In librum quartum Decretalium Commentaria* (X. 4,1,19) Venecia, 1578. Admitido el criterio de Bartolo sobre la relación que debe existir entre la «quantitas praeiudicii» y el sistema probatorio, considera que debe exigirse una «plena probatio» de la muerte del ausente antes de conceder licencia eclesiástica de nuevo matrimonio al cónyuge superstite. Cfr. SPINELLI, *La presunzione*, pp. 44-47.

90. Nicolás DE TUDESCHI, *Commentaria in Quartum Decretalium librum*, Venecia, 1582, fol. 10. Este autor se suma al criterio del civilista Bartolo de exigir una prueba más o menos plena en proporción con el agravio que produjera su falta. Rechaza la fama como medio de prueba, aunque el ausente se halle en lejanas tierras, pues no se ajusta al «certum nuncium» de la decretal de Clemente III. «Nam fama procedit ex autore incerto et plerunque fallaci». Cfr. SPINELLI, pp. 48-51.

91. Concilio de Trento. Sesión XXIV (11 nov. 1563) Canones de sacramento matrimonii, c. 5: Si quis dixerit, propter haeresim, aut molestam cohabitationem aut affectatam absentiam a coniuge dissolvi posse matrimonii vinculum, anathema sit». Cfr. Decretum de reformatione matrimonii cap. 7». Multi sunt qui vagantur et incertas habent sedes, et, ut improbi sunt ingenii, prima uxore relicta, aliam, et plerumque plures, illa vivente,

cia tradicional de este principio en el Derecho de la Iglesia hizo que no suscitase excesivo interés el comentario, de modo que los autores siguieron dedicados a dilucidar el modo de obtener certeza moral el juez eclesiástico en el caso de la presunción de muerte del cónyuge ausente, como Tomás Sánchez⁹² o Reiffenstuel⁹³.

Toda esta labor doctrinal dio paso en un momento dado a las Instrucciones de la Sagrada Congregación del Santo Oficio sobre la forma de obtener certeza en caso de muerte presunta del cónyuge ausente. La primera Instrucción «Cum alias» de Clemente X, de 1670, contenía ya un riguroso cuestionario capaz de desterrar las dudas del juez eclesiástico encargado de su despacho⁹⁴ y asi-

diversis in locis ducunt; cui morbo cupiens sancta synodus occurrere, omnes, ad quas spectat, paterne monet, ne hoc genus hominum vagantium ad matrimonium facile recipiant. (*Conciliorum Oecumenicorum Decreta*. C. J. ALBERIGO, J. DOSSETTI, P. JOANNOV, C. LEONARDI, P. PRODI. Bologna, 1973, pp. 754-755; 758.

92. T. SÁNCHEZ, en su *De sancto matrimonii sacramento disputationes*, Venecia, 1707, libr. 2, disp. 42, n. 1 y ss, trata de resolver el problema del débito conyugal mediante dudas en uno o en ambos nuevos contrayentes sobre la efectiva muerte del cónyuge ausente. Si se ha procurado obtener una noticia segura sobre la muerte de éste y pese a ello permanece la duda «tunc enim potest coniux dubitans reddere et petere» (n. 46-47). Respecto al alcance de la expresión «certum nuntium» de la decretal de Clemente III la matiza en razón a la distancia que medie del lugar donde se supone pereció el ausente. La *plena probatio* que por principio se exige cuando ella es posible deja paso a una prueba simple como la que suministra un solo testigo en caso de gran lejanía e incomunicación del ausente Cf. SPINELLÌ, *La presunzione*, pp. 54-60.

93. A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, Venecia, 1726, lib. 4, tít. 21, p. 1, n. 7. «Ad secundas nuptias licite celebrandas non sufficit opinio de morte conjugis, aut diuturna ejus absentia, sed requiritur certitudo moralis». Esta «certitudo moralis» la obtiene el juez eclesiástico por testimonio del párroco basado en los datos consignados en los libros parroquiales (n. 10) por documento público (n. 11) o contanto con el testimonio de dos testigos «de visu» (n. 12). Asimismo admite la prueba conjetural siempre que concurran el testimonio de un testigo «del visu», la firma, o varios testigos «de auditu» (n. 14).

94. Con anterioridad, según indica la misma Instructio, la S. C. del Santo Oficio había cursado sendas instrucciones a los Ordinarios del lugar en 1658 y 1665. Esta de 1670 «*Instructio pro examine illorum testium, qui iudicantur pro contrahendis matrimoniis, tam in curia Emi et Rmi Cardinalis Urbis Vicari, quam in aliis curiis ceterorum Ordinariorum*», consta de 14

mismo la Instrucción «*Ingentes bellorum clades*», emanada de la S. C. del Santo Oficio el 22 de junio de 1822, a raíz de las grandes convulsiones producidas por las guerras napoleónicas⁹⁵. Pero fue sobre todo la Instrucción «*Matrimonii vinculo*» de 13 de mayo de 1868 que recoge el espíritu de la antigua doctrina y legislación, en especial las Decretales referidas y la primera Instrucción, la que fijó el procedimiento adecuado para obtener dicha certeza. Son once puntos que en conjunto forman la base del instituto de la presunción de muerte en el Derecho canónico⁹⁶ y que, en opinión de los canonistas reforzada por la praxis de la S. C. de la disciplina de los Sacramentos encargada luego de estas cuestiones, han mantenido su vigencia aún después de la promulgación del *Codex iuris canonici*⁹⁷.

VI. REGULACION CIVIL DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LA AUSENCIA

Acotada por el Derecho canónico la regulación de la ausencia conyugal, la Glosa dedicó su atención al estudio de los efectos

puntos de interrogación muy precisos, destacando a nuestro objeto el 11 donde se trata de la prueba de la muerte de cónyuges «*Interrogetur de loco et tempore, quo sunt mortui et quomodo ipse testis sciat fuisse coniuges et nun esse mortuos. Et si respondeat mortuos fuisse in aliquo hospitali, vel vidisse repeliri in certa ecclesia, vel occasione militae sepultos fuisse a militibus, non detur licentia contrahendi nisi prius recepto testimonio authentico a rectore hospitalis, in quo praedicti praedecesserunt vel a rectore ecclesiae in qua humata fuerunt in qua descriptus erat miles. Si tamen huiusmodi testimonia haberi non possunt, Sacra Congregatio non intendit excludere alias probationes, quae de iure communi possunt admitti dummodo sint legitimae et sufficientes*». A[cta] S[antae] S[edis], vol. 6 Roma, 1870 (Reimp. 1968) pp. 442-446.

95 SPINELLI, *La presunzione di morte*, pág. 69.

96. S.S.C. *Instructio ad probandum obitum alicuius coniugis*, en ASS. ibídem, pp. 436-442. En síntesis se afirma la necesidad de contar con pruebas fehacientes de la muerte del cónyuge ausente antes de poder pasar el superstite a nuevas nupcias. A falta de prueba plena por documento auténtico o testigos fidedignos, pueden proceder los Ordinarios del lugar por indicios, conjeturas y presunciones capaces de hacer presumir su muerte. Ver el análisis detallado de Spinelli, pp. 70-74.

97 SPINELLI, *La presunzione di morte*, pág. 74.

patrimoniales. En esta labor pusieron las bases de una construcción sistemática de la misma, desarrollando, a partir de la admisión del principio clásico de presunción de vida del ausente, las medidas técnicas capaces de salvaguardar sus derechos en previsión de un eventual retorno⁹⁸.

De acuerdo con ello se revivificó la presunción centenaria de vida del ausente, formulada en el Derecho romano⁹⁹, y aunque luego hicieron intentos por rebajar a límites más reales el cómputo de la vida humana, incluso en base a citas bíblicas¹⁰⁰, ninguna otra presunción llegó a alcanzar similar autoridad.

En este caso, al igual que ocurrió en la doctrina canónica, la prueba de la muerte del ausente suscitó un cierto interés entre los autores que dio paso a diversas soluciones: desde la más sencilla de Hugo o Rogerio, simple fama de muerte o cualquier otra prueba ordinaria, hasta la más ajustada de Cino de Pistoia de procurar una prueba adecuada a cada tipo de ausencia. En este sentido la solución más difundida fue la de Bartolo, basada en la distinción de cuatro clases de ausencia según la importancia de sus efectos (*parvae, magnae, maiores et maximae*) a cada una de las cuales se aplicaría un grado mayor en el rigor de la prueba¹⁰¹.

En nuestro Derecho, las Partidas si bien acogen la presunción centenaria de vida al regular al modo clásico el usufructo de lugar o edificio dejado en favor de ciudades¹⁰², sin embargo al tratar de

98. BRUNS, *Die Verschollenheit*, pp. 122 y ss.; TAMASSIA, *L'assenza*, pp. 189 y ss. Este último autor considera que los juristas prácticos y dogmáticos del siglo XVI delinearon con tanta maestría la figura de la curaduría —siguiendo la tradición doctrinal bajo medieval— que resulta fácil reducir su exposición a una serie de proposiciones claras y determinantes. Vid. allí su exposición pormenorizada, pp. 190 y ss.

99. ACCURSIO, *Glossa in Codicem* (glosa *Centum annorum ad. C. I. 2,23*) Venecia 1488, facs. Turín, 1968, fol. 9 r.; *Glossa in Digestum Infortiatum* (glosa, *si dubitetur a D. 29.3.2*) ed. Venecia, 1488, facs. Turín, 1968, fol. 88 v.

100. *Salmo 89,10*: «Anni nostri sicut aranea meditabuntur: dies annorum nostrorum in ipsis, septuaginta anni. Si autem in potentatibus, octoginta anni: et amplius eorum labor et dolor». Cfr. *Eccl. 18,8*: «Numerus dierum hominum ut multum centum anni». En base a estos y otros datos que hacen contraria a la experiencia humana esta presunción centenaria de vida, autores como Alciato o Menocchio se opusieron frontalmente, aunque sin éxito, a la vigencia de la misma. Vid. TAMASSIA, *L'assenza*, pp. 198-199.

101. Lo expone detalladamente TAMASSIA, *L'assenza*, pp. 194-198.

probar la muerte del ausente rebajaron considerablemente este límite, diez años o más de ausencia y fama pública de su muerte, si se halla en tierras lejanas y cinco años o aún menos de ausencia si es en lugar próximo que permita obtener con cierta facilidad dicha prueba (que podría suministrar un único testigo ocular)¹⁰³. Pese a ello, autores como Pérez de Lara siguieron manteniendo la antigua presunción¹⁰⁴.

Al margen de esta cuestión, los Derechos nacionales se preocuparon de velar por los intereses de los ausentes, bien a través de una regulación directa, caso de los ordenamientos castellano y aragonés o de una remisión tácita a las normas del Derecho común, integrador del nacional, como en Cataluña¹⁰⁵ o Valencia¹⁰⁶. En todo caso la regulación, insuficiente, mantuvo su habitual carácter inorgánico y disperso no corregido por una labor doctrinal que sólo en ocasiones y de manera incidental se ocupó de ella.

102. *Partidas*, 3,31,26: «E asmaron los sabios que en el tiempo de los cien años pueden ser muertos quantos eran nascidos el dia que fue otorgado el usufructo».

103. *Partidas*, 3,14,14.

104. *Compendium vitae hominis*, Madrid, 1768, cap. 31, § 86, fol. 263-364

105. Un autor como L. MOUTON OCAMPO (*Diccionario de Derecho civil foral, compilado y consuetudinario*, Madrid, 1904-1906, 3 vols. s.v. ausencia) consideraba que a falta de prescripción concreta en los Usatges y Constituciones del Principado y ante la insuficiencia de los derechos romano y canónico en la materia, debería acudir a la legislación común. Sin embargo, antes de la promulgación del Código civil el recurso al Derecho romano canónico en esta materia era la regla Cf. G. M.^a DE BROCA y D. J. AMELL, *Instituciones del Derecho civil catalán*, 2 vol. Barcelona, 1886, I, 123.

106. En el Derecho Valenciano de manera similar, sólo se encuentran normas incidentales que resuelven algunos casos concretos, como el Fur de Pedro II (IV de Aragón), dado en las Cortes de Monzón de 1376 (*Furs*, ed Valencia, 1482, facs. 1977, p. 337), sobre la ausencia fingida en causas criminales (cfr. *Furs*, 2,8,1. De procuradores, 1,8,10 (ibídem, pp. 44-45); 2,10,10, Dels negocis o dels afers, (ibídem, p. 37). Si no en la legislación, un eco de antiguas instituciones relacionadas con la ausencia se halla en la doctrina. Así Pere Hieroni de TARAZONA en sus *Institucions dels furs y privilegis del regne de Valencia* (Valencia, 1580), trata, siguiendo la huella de una norma de Jaime I (*Furs*, 6,1, 1-3) «Dels esclaus fugitius y tornats per postlimini» (pp. 172-175), aplicando este término a una situación y a unas personas no previstas por el Derecho romano.

Punto central de esta escasa aportación legal y doctrinal fue la protección de los bienes del ausente. En base a la misma se perfiló de manera más completa el papel de los curadores, su nombramiento, obligaciones, responsabilidad, etc. Así, al tratar de la protección de los bienes de los cautivos, las Partidas encomiendan su cuidado y administración a los parientes más próximos, con tal que sean personas buenas y desinteresadas; en su defecto el juez nombra curadores entre los hombres buenos del lugar. En todo caso se les obliga a hacer inventario ante testigos de los bienes recibidos y, una vez posesionado de su oficio, a procurar debidamente su conservación so pena de reponer del propio haber lo culpablemente perdido ¹⁰⁷.

107. *Partidas*, 2,29,4; cf. 3,2,12 «Que el Juez deve dar quien responda sobre los bienes que son desmanparados. vegadas y ha que cativan o non son en la tierra, aquellos contra quien el demandador quiere fazer su demanda o mueren sin herederos». En este caso se dispone que a petición del demandante el Juez del lugar nombre un curador (guardador) contra el cual ir.

Al margen de aquel régimen privilegiado de determinados ausentes, aludido en la primera parte del trabajo (peregrinos, estudiantes, ausentes causa reipublicae, etc.), a los cuales se concede plena restitución, privilegio de no prescripción, etc. (vid. notas 13,14,15), existe una regulación común que tiene en cuenta esta circunstancia o situación de ausencia a la hora de fijar el régimen jurídico general. Así, en relación con el derecho de propiedad, alargando los plazos de prescripción (*Partidas*, 3,29,18, con buena fe, diez años entre presentes y veinte entre ausentes tratándose de bienes inmuebles. En el derecho navarro, las Cortes de Pamplona de 1580 (ley 74=Nov. Recop. de las Leyes del Reino de Navarra, 2,37,8.10) fijaron la prescripción en veinte años entre presentes y treinta entre ausentes con título y buena fe; cuarenta años sin título y con buena fe. En el derecho catalán no existe disposición alguna que se refiera a la prescripción adquisitiva por lo que es preciso recurrir a la legislación canónica y a la romana. Respecto a la prescripción extintiva el *usatge Omnes causa* (*Constitutions y altres drets de Catalunya*, 7,2,1) motivaba la pérdida por el transcurso de treinta años del derecho de ejercitar cualquier acción civil y por tanto la reivindicativa propia del dominio (G. M.^a DE BROCA y J. AMELL, *Inst. del Der. civil cat.* Barcelona, 1886, II, 7-12).

En el campo de las obligaciones el Ordenamiento de Alcalá dio vía libre a la contratación de los ausentes, restringida en alguna medida por la admisión de la *stipulatio romana* (promisión) en las *Partidas* (5,11,1), bien que con notables excepciones, así en materia matrimonial, esponsales entre

En el Derecho aragonés, el fuero «Ut fratres vel propinqui absentis reyno Aragonum», permitía, a los hermanos o parientes consanguíneos del ausente, solicitar a los diez años de ausencia la administración de los bienes encomendada por éste a un curador, con tal que dicho poder no hubiese sido renovado o los consanguíneos se negasen a dar fianza de no enajenar las propiedades, entregar los frutos y rendir cuentas a su debido tiempo¹⁰⁸. Normalmente y a falta de designación expresa esta curaduría la desempeñaba su mujer, si el ausente estaba casado¹⁰⁹. Si era soltero o viudo y no

ausentes (Partidas, 4,1,13; 4,2,5; 4,1,8). Expresamente el citado Ordenamiento prohibía oponer la excepción de ausencia de uno de los contratantes («... et non pueda ser puesta exepcion... que fue fecha la obligación o el contrato entre absentes . Cap. 29). Por su parte, la doctrina prestó especial atención al matrimonio entre ausentes, en concreto al supuesto de revocación del poder o de arrepentimiento de uno de los contrayentes, con ejemplos tomados incluso de la vida real. Es el caso del pleito suscitado por el matrimonio del duque de Alba con la hija del duque del Infantado después de haber dado poder para casarse con la hija del duque de Alcalá, enlace que se llevó a cabo sólo unas horas antes del contraído personalmente por el duque de Alba y de la revocación expresa del poder otorgado. El pleito iniciado por el duque de Alcalá, concitó el interés de los juristas de la época, siendo resuelto finalmente por el consejo de siete jueces apostólicos elegidos por Felipe II en favor del matrimonio contraído personalmente por el duque de Alba, en base a la revocación tácita que con señales inequívocas se había hecho del poder. Juan GUTIÉRREZ, *Tractatus de absoluto matrimonio*, Salamanca, 1617, cap. 44; Francisco MOLINO, *De ritu nuptiarum*, Barcelona, 1617, lib. I, 25.

108. Sancionado en las Cortes de Zaragoza de 1349, en *Fori Aragonum* Ed Zaragoza, 1476-1477, facs. Vadur, 1979, fol. 82 v.-83 r.; *Fueros, Observancias y Actos de Corte del reino de Aragón* (ed. P. SAVALL y S. PENEN, Zaragoza, 1865), 81. Cfr. M. DEL MOLINO, *Repertorium Fororum et Observatiarum Regni Aragonum*, Zaragoza, 1585, s.v. absens (f. 1r-v°).

109. J. PÉREZ DE SALANOVA, *Observaciae sive usancie Regni Aragonie* (1301-1307), pr. (92): Item (ex) usancia viro absente uxor administrat et tenet et regit bona viri, et percipit fructus et redditus, ubi (nisi) ipse vir procuratorem alium specialem fecerit ad predicta» (ed. G. MARTÍNEZ DÍEZ, *Dos colecciones de Observancias de Aragón*, en AHDE, 45, 1975, p. 558). Jaime DE HOSPITAL, *Observancias del reino de Aragón*, 5,3,37: «Item viro absente uxor administrat tenet et regit bona viri nisi ipse alium specialem fecerit procuratorem ad predicta» (ed. crítica G. MARTÍNEZ DÍEZ, Zaragoza, 1977, p. 192). En iguales términos, M. DÍEZ DE AUX, *Observantiae, Consuetudinisque Regni Aragonum* 5, De iure dotium, pr 27 (ed. *Fueros, Observancias y Actas de Cor-*

hubiese nombrado procurador ni hubiesen transcurrido los diez años exigidos para poder solicitar la administración familiar de los bienes, los autores, en aplicación de las normas de la curatela, consideraban que éste era nombrado entre los miembros del círculo familiar, o tal vez a su arbitrio, por el juez del domicilio del ausente¹¹⁰. En Castilla, por el contrario, para que la mujer desarrollase este papel necesitaba licencia marital que podía, en su ausencia, ser otorgada por el juez¹¹¹.

En los restantes territorios, a falta de normativa expresa, se acudiría a lo dispuesto en el Derecho común o a la costumbre del lugar, de profundas raíces medievales probablemente¹¹².

te del Reyno de Aragón, Zaragoza, 1669-1667 [Observantiae], fol. 18 r; SAVALL/PENEN, Fueros, II, 34).

110. J. SOPENA TOMÁS, *La ausencia en Aragón*, en «Revista de Derecho Privado», 39, 1955, pp. 985-1001; p. 988.

111. *Leyes de Toro*, 59: «Cuando el marido estuviere absente y no se espera de próximo venir, o corre peligro en la tardanza, que la justicia con conocimiento de causa, seyendo legítima o necesaria o provechosa a su muger, pueda dar licencia a la muger la que el marido le abía de dar, la cual ansí daba vala, como si el marido se la diese». N. Recop. 5,3,6; Nov. Recop. 10,1,15. Los comentaristas de las leyes de Toro, dilucidaron algunas cuestiones relacionadas con la capacidad de la mujer en estas circunstancias. Así, por ejemplo, A. GÓMEZ, *Ad leges Tauri Commentarium Absolutissimum*, Madrid, 1768, fol. 629-633; S. LLAMAS y MALINA, *Comentario crítico jurídico-literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, 1852, facs. Barcelona, 1974, pp. 457-458.

112. Caso tal vez de Navarra, donde al margen de algunas normas procesales sobre ausentes y de otras ya analizadas relativas a la protección de los derechos sucesorios del hermano ausente, o a los del fiador cuando el deudor se ausenta, apenas si existe regulación del tema. Del período posterior a la unión con Castilla merecen destacarse las normas que señalan «Cómo se ha de proceder con los ausentes» que configuran el título IV del libro IV «En el qual se trata de los delitos» de la *Novísima Recopilación de Leyes de las leyes del Reino de Navarra*, Pamplona, 1735 (red. 1964). Son un total de ocho normas que atienden otras dimensiones de la ausencia penal, procesal, distinta de la aquí tratada. Únicamente la ley octava, que recoge la ley 23 de las Cortes de Tudela de 1593, fija en su Decreto una normativa de cierto interés civil cuando dispone el nombramiento de un Procurador de las Audiencias Reales por defensor de los bienes del ausente declarado contumaz. En la petición del reino el nombramiento de estos Procuradores estaba subordinado a una previa notificación de los parientes del ausente «para si quisieren defender los derechos» del mismo

Esta vigilancia y protección de los bienes de ausentes hubo de cobrar especial significación con ocasión de la empresa indiana. Por Real Provisión fechada en Madrid el 31 de enero de 1530 se creó un registro de ausentes en la ciudad de Sevilla ¹¹³. Un llamado «padre de menores» velaría por los intereses de éstos y de los ausentes, tomando cuentas anualmente a los tutores y curadores nombrados por los justicias mediando su aprobación. Al mismo se le encomendaba la confección del inventario de los bienes de ausentes, pudiendo exigírsele responsabilidad por su tarea ¹¹⁴. Por otro lado, la legislación indiana concedió una especial protección a los llamados bienes de difuntos dejados por los españoles o extranjeros fallecidos en Indias y cuyos herederos se hallaban ausentes de aquellos territorios o ignorado paradero ¹¹⁵.

Estos parientes, que el Decreto reduce a dos y dentro del cuarto grado, serían los que con toda probabilidad se harían cargo de la administración de sus bienes a falta de designación expresa de otra persona. Vid. V. COVIAN Y JUNCO, *El Derecho civil privado de Navarra y su codificación*, Madrid, 1914 p. 267.

113. *Diversos de Castilla, leg 1º 86. Sobre las provisiones de tutelas de menores y ausentes de la ciudad de Sevilla*, Madrid, 31 enero 1530 (Ver Apéndice documental). Conviene a la luz de esta noticia matizar las afirmaciones categóricas de nuestros civilistas sobre la falta *total* de precedentes del Registro Central de Ausentes establecido por la Ley de 8 de septiembre de 1939. Cfr. J. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral* ¹² I, Madrid, 1978, p. 309; D. ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, Madrid 1979, p. 336.

114. A. G. S. *Patronato, Leyes y Pragmáticas. Real Previsión que da forma y orden que a de tenerse en las provisiones de tutelas de menores y ausentes de la ciudad de Sevilla y su tierra* (1530).

Una institución tuitiva cara a los menores, aunque con matices penales la hallamos en otros Derechos nacionales. Tal vez la más próxima a la aquí meramente apuntada sea la del Padre de Huérfanos de Navarra, que a diferencia de las de Valencia y Aragón, tiene un más acusado carácter civil. Cf. F. SALINAS QUIJADA, *El Padre de Huérfanos de Navarra*, Pamplona, 1954, pp. 98-105; 207-211; GUALLART, *El Padre de Huérfanos de Valencia* (Valencia, 1927), y BENEYTO PÉREZ, *Regulación del trabajo en la Valencia del 500*, en AHDE, 7, 1930, pp. 200 y ss. En general, para una época anterior vid. A MERCHÁN ALVAREZ, *La tutela de los menores en Castilla hasta fines del siglo XV*. Sevilla, 1976, pp. 192-199.

115. F. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, *Los bienes de difuntos en el Derecho indiano (El Juzgado de bienes de difuntos)* (1942), reed. en sus *Estudios Jurídicos*, «Anales de la Universidad Hispalense», núm. 34, 1978, pp. 271-371

Al margen de estas disposiciones tendentes a vigilar la conservación del patrimonio del ausente, otras normas velaban asimismo por sus intereses en los más variados campos del Derecho. Así en materia de obligaciones, el Ordenamiento de Alcalá abrió totalmente la posibilidad de contratar a los ausentes, superando las limitaciones que la aceptación de la *stipulatio* romana por las Partidas hubiera podido introducir¹¹⁶. En relación con la propiedad tanto el Derecho castellano como el navarro amplían en favor de los ausentes el plazo de prescripción extintiva de la misma¹¹⁷, otorgando incluso al cautivo el privilegio de no prescripción¹¹⁸, etc.

VII. LA AUSENCIA EN EL PERIODO CODIFICADOR

La regulación de la ausencia por vez primera en su conjunto y de manera autónoma abrió un nuevo período en su historia. Mérito de los juristas racionalistas franceses fue haber encuadrado en límites precisos su naturaleza, hecha más de incertidumbres que de realidades, superando las dificultades inherentes a su condición. En este sentido la inclusión de la ausencia en el Code civil dio paso a una aceptación generalizada de su nueva estructura orgánica en diferentes legislaciones nacionales, entre ellas la española.

Los diversos proyectos codificadores, debidos a Cambacérès, pretendieron en ésta como en otras materias, prescindir de la experiencia jurídica invocando leyes de la naturaleza y reglas de razón, pero a medida que la regulación se fue haciendo más técnica, dejando atrás formulaciones de principios y declaraciones generales, se impuso el recurso al pasado, claramente perceptible en

116. *Ord. de Alcalá de Henares*, tít. 16 (= *Or. M.* 3,8,3; *N. Rec.*, 5,15,2 *Nov. Rec.*, 10,1,1: «Como vale la obligación entre absentes aunque non aya y estipulación» (ed. *Cod. Esp.* I, 450).

117. *Partidas*, 3,29,18,19,20; *Nov. Recop. Navarra*, 2,37,8. Haya prescripción de veinte años con títulos, entre presentes, de treinta entre ausentes, y por quarenta años sin títulos. Pamplona, 1580, ley 74 (ed. 1735, II, 521); cf. 2,37,10. Para el Derecho catalán ver BROCA Y AMELL, *Instituciones*, ob. cit., vol. II pp. 7-12 (Cfr. n. 107).

118. *Partidas*, 3,29,28. Los ausentes a su regreso tienen un plazo de cuatro años para reclamar judicialmente contra la prescripción de alguna de sus cosas. Cf. *Partidas*, 5,13,47.

el último de los proyectos citados (1797) y en la misma regulación del Code civil de 1804¹¹⁹ En el campo de la ausencia, esta regulación de más de treinta artículos, debe mucho a la jurisprudencia y doctrina del antiguo Régimen, en especial a Domat, Pothier, Bourjon, D'Aguessau, etc.¹²⁰ De aquí que la mayor aportación del Code resulte de haber logrado conseguir una teoría de conjunto sobre la ausencia más que del contenido de su regulación, en muchos puntos tradicional.

Esta teoría descansa en una división fundamental del tiempo de ausencia que permite crear dos períodos, uno de ausencia presunta y otro de ausencia declarada, con efectos jurídicos diferentes. En el primer tiempo la presunción de vida prevalece sobre la de muerte, por lo que todas las medidas tienden a proteger los derechos del ausente. En el segundo, por el contrario, la presunción de muerte se fortalece y se toman medidas que velan por los intereses familiares y sociales en juego. Toda la regulación del Code es un ejemplo de la adaptabilidad de estos principios a situaciones concretas de índole patrimonial, familiar, etc.¹²¹

No cabe duda sobre la influencia de esta regulación del Code civil en nuestra propia codificación. Sin embargo, este hecho no empaña el interés por conocer el detalle de su implantación y desarrollo en nuestro propio proceso codificador.

El primer ensayo de una regulación sistemática de la ausencia en nuestro Derecho fue obra del proyecto de Código civil de 1821. Aunque en el mismo es perceptible la influencia del Code civil y aún de otras legislaciones extranjeras¹²², en materia de ausencia, la simple confrontación de textos permite comprobar que ésta es más bien teórica y formal que de contenido, en cuanto acogen, postergando en algún caso la regulación francesa, unas normas más acordes con la tradición¹²³.

119. Ver una excelente exposición pormenorizada de estas cuestiones en ROUGHOL-VALDEYRON, *L'absence*, pp. 61-73.

120. *Ibidem*, pp. 74-75.

121. *Ibidem*, pp. 81-83. En las páginas siguientes, 84-107, analiza esta concreción práctica de los principios aludidos.

122. M. PESET REIG, *Análisis y concordancia del proyecto de Código Civil de 1821*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1975, I, 29-100.

123. Así los que mantienen la potestad administrativa de la mujer casada en ausencia de su marido, artículo 85 a 89 (Sólo en defecto de parientes

Ahora bien, este carácter transaccional del proyecto de 1821 desaparece en los posteriores de 1834 y 1836¹²⁴ que acogen con claridad los principios y normas del Code civil. Dentro de esta inspiración fundamental, el proyecto de 1851 introduce unas modificaciones técnicas que marcaron la pauta de la ulterior regulación: tendencia a la reducción del articulado, eliminación de las disposiciones generales de carácter teórico institucional y, sobre todo, acortamiento de los plazos para hacer la declaración de ausencia¹²⁵. En este sentido, los proyectos ulteriores de Romero Ortiz

o por su silencio o incapacidad, la autoridad pública nombra administrador de las cosas del ausente pasados dos años desde la ausencia, art. 90) Aun en el caso de que el ausente hubiese dejado procurador encargado de sus cosas los parientes cercanos podían pedir su sustitución en el cargo pasados diez años de ausencia, lo mismo que disponía el antiguo Derecho aragonés. Ver una exposición más detallada de la regulación, arts. 84-104, que siguiendo el orden de la constitución trata en su parte primera, *De los derechos y de las obligaciones individuales*, concretamente en el libro I título III, capítulo II, *De la preservación o pérdida de los derechos por ausencia*, en «Crónica de la codificación española», 4. *Codificación Civil*, por J. F. DE LASSO GUAITE, Madrid, 1970, I, pp. 75-76; II, pp. 35-37 (texto).

124. El proyecto de Manuel M.^a Cambronero (h. 1833-1834) trata en el libro I, título X, *De la ausencia*, distribuyendo en cinco capítulos 49 artículos más del doble respecto a la regulación precedente. El orden de estos capítulos indica ya un cambio de sistemática, formalmente próxima a la del *Code*: disposiciones generales; de la presunción de la ausencia; su declaración; efectos de la declaración provisional del ausente; y declaración definitiva. Ver una exposición de su contenido en *Crónica de la codificación*, vol. I, pp. 103-105; vol. II, pp. 84-88 (texto). El proyecto de Código civil de 1836 se basa claramente en el de Cambronero, por más que en la exposición de motivos se hiciera notar la necesidad de especificar el punto fundamental de la declaración ya provisional, ya definitiva de la ausencia, así como el modo de administrar los bienes del ausente. *Crónica de la Codificación*, II, p. 93; pp. 135-138 (texto).

125. El título XI, del libro I, referido a los ausentes (arts. 310-333), comprende seis capítulos, que nos dan el orden adecuado de su regulación: el primero trata de las medidas provisionales en caso de ausencia, el segundo de la declaración de ausencia; el tercero de los efectos de esta declaración; el cuarto de la presunción de la muerte del ausente, el quinto de los efectos de la ausencia en relación a los derechos eventuales del ausente y el sexto, que alude a unas «disposiciones generales», es tan sólo un conjunto de tres artículos que tratan del inventario de los bienes del ausente y de la protección de sus intereses por el Ministerio fiscal, de manera muy diferente

de 1869 y Alonso Martínez de 1882 no aportaron nada nuevo a no ser el intento de hacer obligatoria la inscripción de las presunciones de muerte en el Registro de la Propiedad¹²⁶ La posterior regulación del Código, casi literal respecto al proyecto de 1882, reprodujo las notas fundamentales del proyecto de 1851 al que en definitiva puede ser reconducido¹²⁷

Pero al tiempo que las normas cristalizaban en un Código se había ido produciendo un cambio en la mentalidad social favorable al reconocimiento y tutela de los intereses colectivos puestos en juego por la ausencia, en detrimento de los individuales tan bien protegidos en los códigos de inspiración francesa. Además los avances técnicos en el campo de las comunicaciones dejaron pronto sin sentido los largos plazos concedidos al ausente. Con ello se hizo evidente la necesidad de contar con una nueva regulación de la ausencia que incorporase estas ideas y tuviese en cuenta dichos adelantos¹²⁸.

En el caso del Derecho español, la ley de 8 de septiembre de 1939 que sustituyó los artículos 181 a 198 del Código por otros de nueva redacción, transformó en el sentido indicado el régimen de la ausencia¹²⁹.

SANTOS M. CORONAS GONZÁLEZ

a lo dispuesto en las «disposiciones generales» del proyecto de 1836, artículos 69-71. Vid. *Crónica de la codificación* II, pp. 345-347, I, pp. 184-186. SERRANO, *La ausencia*, pp. 35-37.

126. *Crónica de la codificación* II, pp. 535-537 (texto). Libro I, tít. XV, *De los ausentes*, seis capítulos que abarcan 27 artículos; *Proyecto de 1882*, libro I tít. VI, *De la ausencia*, cinco capítulos (desaparece el sexto tradicionalmente referido a «disposiciones generales», en total 18 artículos. 147-164 (*Crónica de la codificación*, II, pp. 562-563).

127. SERRANO, *La ausencia*, pp. 64-67.

128. ROUGHON-VALDEYRON, *L'absence*, pp. 109-112.

129. SERRANO, *La ausencia*, pp. 53-65.

APENDICE DOCUMENTAL

*Real provisión sobre las tutelas de menores y ausentes de Sevilla
y su tierra*

Madrid, 31 de abril de 1530

(Archivo General de Simancas. Sec. Diversos de Castilla, leg. 1.º-86)

(Al margen: Provisión sobre las tutelas de Sevilla y su tierra.)

Don Carlos por la divina clemencia, etc. A vos el nuestro asistente della çiudad de Sevilla y vuestro lugar teniente en el dicho ofiçio e a los nuestros juezes de los grados della dicha çiudad y otros cualesquier juezes e justiçias della a quien esta nuestra carta fuere mostrada o el traslado della signado en manera que haga fe, salud y graçia. Bien sabedes en como nos por una çedula firmada della emperatriz mi unica y amada mujer de mi el rey os enbie a mandar que oviesedes ynformación sobre que en esa dicha çiudad los alcaldes ordinarios della disen que proveyan a los menores de tutores e curadores personas que no tenían hazienda ni daban fianças a causa de lo qual diz que quando los dichos tutores avian de dar cuentas no se hallava el tal tutor ni bienes de quien los dichos menores pudiesen cobrar de lo que recibían mucho daño y con vuestro parecer lo ynbiaseis antenos al nuestro consejo para que nos lo mandascmos ver e proveer sobre ello lo qual fue justiçia. La qual dicha ynformación por vosotros fue avida y ante nos ynviada e por los del nuestro consejo vista y el parecer que çerca dello nos ynbiastes su tenor de lo qual es como se sigue.

(Al margen: Pareçer del Abdiencia y asistente de Sevilla.)

S. C. C. Magd. la ynformación que vuestra magestad por una çedula nos mandó hiziesemos çerca de las provisiones delas tutelas y curas de menores y bienes de ausentes que los alcaldes ordinarios desta çiudad an hecho e acostumbrado hazer delos daños que dellas se sigen a las partes en esta que con este parecer ynbiarnos a V. Magd por la qual V. Magd se ynformará mas largamente de todo ello. Y es cosa notoria que si V. Magd. no manda poner remedio en ello cada dia se segirian mayores daños e ynconvenientes porque para dezir lo que en esto nos parece nos juntamos con el conde de Billalba asistente desta çiudad a quien V.M. lo mismo mandó y comunicado con el lo que a el y a nosotros parece que se debe hazer para remediar estos daños e ynconvenientes para adelante es lo siguiente:

(Al margen: Ya no ay estos alcaldes ordinarios y en su lugar estan los del abdiencia que conoçen deso bien dentro en Sevilla promulativamente con el asistente y teniente.)

1. Lo primero que V.M. mande al cabildo y regimiento desta çiudad cuya es la eleçión delos alcaldes ordinarios que sienpre elijan personas onradas de buena vida e fama e quando menos tengan en bienes cada uno çien mil maravedis porque por aber sido y ser pobre e personas de poca manera los que elijen por alcaldes an hecho e hazen muchos daños en estas provi siones y en otras cosas que ante ellos pasan y es ocasion que se atienden a tomar dineros demasiados e hazer cosas no bien hechas de que a la repù blica e a los particulares vienen muchos daños.

2. Yten porque algunas vezes a acaeçido que algun alcalde que es elijido haze renunçiaçion del ofiçio por algun ynteres que le dan para que lo oyga otra alguna persona, mande V.M. que la tal renunçiaçion o dexamiento no se reçiba e que los elijidos e nonbrados sean compelidos a que sirvan los dichos ofiços.

3. Yten que pues los alcaldes ordinarios desta çiudad conoçen de todas y qualesquiera causas çibiles de qualquiera calidad y cantidad que sear obligados a dar fianças de lo que tuvieren en sus años como lo hazen los otros justiçias ordinarios e que no agan ningun abto judicial sino en el corral e poyos que para ello tienen señalados y con consejo y parecer de los açosores e que en este caso guarden estrechamente las ordenanzas que tienen y en esto hablan.

(Al margen: Con ninguno de estos dos casos cumplen los escribanos publicos porque no tienen estos libros y las tutelas pasan ante todos ordinariamente y no tienen registro particular y ansi no ay razón de las tutelas ni el asistente ni tenientes no tienen libro.)

4. Yten que ninguno destos alcaldes puedan proveer de tutor e curador a ningun menor ni bienes de absente sino ante uno de los escribanos publicos desta çiudad los quales tengan espeçial quidado desto y sirvan por años o a lo menos de en quatro en quatro meses segun y como sirven en las entregas y exclusiones que ante ellos pasan en que cada escribano destos de mas e allende de los registros ordinarios que es obligado a tener tenga a parte en libro encuadernado en pergamino donde ponga e asiente todas las provi siones de tutelas e curas de menores ausentes que ante él en el tiempo que tubiere este cuidado pasaren con dia mes y año y los nombres del alcalde que la proveyó e del tutor e curador e de los fiadores que se recibieren y de los menores y absentes y otras personas a quien se probeyesen y donde son bezinos y en que collaçion y calle y lo señale el escribano y el alcalde e uno de los açosores sin cuyo consejo e parecer no puedan hazer ninguna de las dichas provisiones e que otro tal libro tenga cada uno de los alcaldes

(Al margen: Nada de esto se cumple eçeto lo del ynventario y esto es con grande omisión y grandes fraudes.)

5. Yten que no puedan hazer ni agan ninguna provisión de tutor y curador sin que conoscan las personas de los menores y absentes y de las otras personas a quien se proveyeren e de los tutores e curadores e de sus fiadores e de la calidad y cantidad de los bienes de los menores e personas a quien se proveyeren los tales tutores e curadores e de sus fiadores y del abono dellos y que en esto tengan espeçial cuidado asi el alcalde y escribano como el asesor con cuió consejo e pareçer se uviere de azer e que cuando encargaren las tutelas e curas manden a los tutores que brebemente agan ynventario de los bienes y hazienda de sus menores señalandoles algun brebe termino segun la calidad y cantidad de los bienes y la distancia de los lugares donde estubieren.

6. Yten que en fin de cada un año el asistente de vuestra Majestad c qualquiera de sus tenientes que nonbrare o señalare hagan pareçer antes a los dichos alcaldes y escribano ante quien aquel año pasaren las provisiones de las dichas tutelas e curas e con toda diligencia y cuidado vea los dichos libros en que estan asentadas y les tome cuenta de todo ello e se ynforme de los menores e otras personas a quien se proveyeren e de sus bienes e de que calidad e cantidad eran al tiempo que fueron proveydos y lo mismo de las personas de los tutores e curadores y de sus fiadores y del abono de ellos. Y si fueron tales a quien se debieron proveer de las tutelas e curas e si eran y son abonados ellos y sus fiadores y si algunos o alguno de ellos son falleçidos o a mudado de estado o a venido aynã pia para que segun el caso lo requiere lo provea luego e faga rebocar las fianças que ubiere que no son bastantes e proveer de nuebo tutores e curadores y si el alcalde y el escribano y acesor que las proveyeron fueron negligentes o en dolo o en culpa en las dichas provisiones e dello a las partes uviere benido algun daño lo hagan satisfazer a las partes y los castiguen conforme a derecho y execute en ellos las penas que vuestra Magstad les pusiere y por esta cuenta no llebe el escribano y el juez ningunos derechos lo qual se sufre pues que los tales escribanos gozan todo aquel año de los derechos de las provisiones.

7. Yten que los dichos alcaldes cada uno de ellos juren al tiempo que fueren elijidos o nonbrados e reçevidos en los dichos ofiçios espeçialmente juren ante el escribano del cabildo e regimiento desta çiudad que bien y fielmente guardarar y cunpliran todo lo susodicho o lo que vuestra Magstad sobre esto ordenare y mandare.

8. Yten porque estos alcaldes muchas vezes van a proveer estas tutelas e curas a casas de caballeros e dueños e de otras personas ynpedidas y por su trabaxo lleban exçesivos derechos y en la verdad, en los tales casos pareçe que mereçen alguna cosa mas que si en sus juzgados las proveyesen. V. M. mande tasarles lo que justo sea e que no vayan a hazer estas provisiones a casa de ninguna persona particular sino fuere de caballero e dueñas prinçipales e de personas justamente ynpedidas como en este caso lo manda la ordenança que ellos tienen.

9. Yten que lo mesmo se haga y guarde en la tierra de Sevilla donde al fin del año tome la cuenta susodicha el teniente de asistente de V. M. que es de la tierra o quien el asistente señalare y nonbrare e que el escribano ante quien pasaren las dichas tutelas sea el del conçejo si fuere escribano publico.

10. Yten que V. M. mande poner pena competente al alcalde escribano e acesor que en lo susodicho negligente o remiso fuere y en ello exediere

11. Yten que asi mismo el asistente de V. M. o su lugarteniente agan ynformacion de las curas que hasta agora estan proveydas y las haga reduzir a un libro o provea en ello lo que fuere neçesario segun que de la manera que arriba se a dicho. El conde don Francisco de Andrada, el liçençiado Medina, liçençiado de Leon, el liçençiado Comeno, el liçençiado Otalora, fue acordado que debiamos mandar dar esta nuestra carta para vos en la dicha razon e nos tubimos lo por bien porque vos mandamos que veais el dicho parecer que de suso va yncorporado y lo guardeis y cunplais e hagais guardar y cunplir en todo e por todo segun como en el se contiene e contra el tenor y forma de cosa alguna de lo en ella contenido no vais ni paseis ni consintais yr ni pasar por alguna manera so pena de la nuestra merçed y de dies mil maravedis para la nuestra cámara. Dada en la villa de Madrid a treynta y un dias del mes de abril del año del naçimiento de nuestro Señor Jesucristo de mil quinientos y treynta años - Secretario - Rodrigo de Medina.