

la mayor parte de las cuestiones que agitan los autores son de pura doctrina; no se presentan en la vida real. Somos partidarios de la teoría, pero con la condición de que tenga sus fundamentos en la realidad. El derecho no debe ser una escolástica, porque el derecho es una faz de la vida. Las relaciones de la vida civil presentan bastantes dificultades reales para que se pueda pasar á las que no se encuentran más que en el dominio de la imaginación.

115. Tenemos acerca de los ausentes una legislación general y leyes especiales. Las reglas de derecho común se encuentran en el título IV del Código Napoleón. Existen otras reglas sobre el particular que no se aplican más que á los militares ausentes. Siendo estas últimas excepcionales por su naturaleza no entran en el cuadro de nuestros *Principios*. Nos limitaremos á citar las leyes y los autores que las comentan.

Ley de 11 Ventoso, año II;

Ley de 16 Fructidor, año II;

Ley de 6 Brumario, año V.

En Francia hay, además, las leyes de 21 de Diciembre de 1814 y de 13 de Enero de 1817.

El texto de estas leyes, la jurisprudencia y el resumen de la doctrina se encuentran en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Ausentes*, capítulo VII (tomo I, p. 140). Consúltese á Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, ps. 461-487; Plasmán, *Código de los Ausentes*, t. II, ps. 111 y siguientes, 175 y siguientes. Talandier, *Nuevo Tratado de los Ausentes*, ps. 336 y siguientes. De Moly, *Tratado de los Ausentes*, ps. 465 y siguientes.

CAPITULO I.

PRINCIPIOS GENERALES.

116. La palabra *ausente* tiene un sentido técnico en derecho. En el lenguaje vulgar se dice que una persona está ausente cuando se ha alejado de su morada, de su residencia ordinaria. Esta es la definición que da el Diccionario de la Academia. En esta acepción la ausencia no implica la menor incertidumbre de la vida del que no se encuentra en el lugar en que habitualmente reside. Lo mismo pasa respecto de los que están *ausentes* en el sentido de que no están donde deberían estar. El Código de Napoleón los llama *no presentes*. Así, según los términos del art. 819, si cuando se abra una sucesión *no están presentes* todos los herederos pueden ponerse los sellos. En este caso se hace la partición según las reglas prescriptas por la ley en interés de los *no presentes* (art. 840). Aunque no estén presentes los herederos ninguna duda surge acerca de su existencia. No sucede lo mismo respecto de los ausentes de que trata el título IV. Estos han desaparecido de su domicilio ó residencia sin dar noticia de su persona, lo que hace que haya incertidumbre sobre su vida ó su muerte, y va creciendo la incertidumbre á medida que se prolonga este estado de cosas.

117. ¿Por qué la ley se ocupa de los ausentes? Importa oír sobre este punto á los autores del Código Civil. Portalis contesta que la humanidad es la que da aliento á la solici-

tud del legislador. Más que nunca, dice, en los tiempos modernos la ausencia debe llamar la atención y la vigilancia de las leyes, porque hoy la industria, el comercio, la afición á los descubrimientos, el cultivo de las artes y las ciencias, ponen en constante movimiento á las personas. Debe protegerse de una manera especial á los que se entregan á viajes dilatados y á empresas peligrosas para traer luego á su patria las riquezas y los conocimientos que han adquirido merced á grandes esfuerzos y con peligro de su vida. (1) Según Portalis estaría en el interés de los ausentes que el legislador estuviera obligado á intervenir en esto. En igual sentido se expresa Bigot-Préameneu al exponer los motivos del título *De la Ausencia*. «El título *De los Ausentes*, dice este autor, ofrece los ejemplos más palpables de esta admirable vigilancia de la ley que parece seguir paso á paso á cada individuo para protegerlo luego que se encuentre en la imposibilidad de defender su persona ó de administrar sus bienes. Esta imposibilidad puede resultar de la edad ó de la falta de razón, y la ley la previene para las tutelas. También puede provenir de que el individuo ausente no está ya en posibilidad de velar por sus intereses.» (2)

Los autores del Código asimilan, pues, al ausente con el menor y el que está privado de sus derechos; es decir, con las personas incapaces. Existe, en efecto, alguna analogía entre los ausentes y los incapaces. El que no se encuentra en el lugar en que está el centro de sus negocios, y á quien circunstancias imprevistas y excepcionales impiden aun dar noticia de su persona, está en la absoluta imposibilidad de administrar no sólo sus bienes sino los del niño que acaba

1 Portalis, Exposición general del sistema del Código Civil, hecha en la sesión del Cuerpo Legislativo de 3 Frimario, año X (Loché, t. I, p. 192, núm. 16).

2 Loché, *Legislación Civil*, t. II, p. 251, núm. 1.

de nacer y los del mayor atacado de enajenación mental. Es, pues, justo que la ley vele por los intereses de los ausentes como vela por los de los menores y de los incapacitados. Hay, no obstante, una diferencia considerable. La ha señalado el Orador del Tribunado. «No se debe, dice, comparar á los ausentes con los menores; lo débil de su edad y la Naturaleza son los que han colocado á éstos en la imposibilidad de obrar y defender sus derechos, y contra estos obstáculos no pueden tomar precauciones. Por el contrario, siendo la ausencia generalmente voluntaria los ausentes merecen menos favor que los primeros.» (1) Hé aquí por qué la prescripción no se opone contra los menores y sí contra los ausentes.

Existen otras diferencias entre los ausentes y los menores. Cuando la ley organiza las tutelas se preocupa exclusivamente de los menores y de sus intereses. Según el parecer de los oradores del Gobierno lo mismo pasaría con medidas que la ley prescribe en caso de ausencia. Esto no es exacto. Hay primero un interés social que es evidente, puesto que los ausentes tienen bienes y que la sociedad debe vigilar que las riquezas producto del trabajo no se pierdan por falta de cuidado y de vigilancia. Está después el interés de los terceros, que también es muy evidente: tales son los acreedores y los socios. Hay, por último, el interés de los presuntos herederos que la ley toma en consideración porque les da el derecho de pedir la toma de posesión de los bienes del ausente. Cosa notable, el interés de los herederos es el que representa el papel principal en la doctrina; este interés es el que ha hecho nacer las cuestiones más difíciles, mientras en la mente del legislador, tal como la explican los discursos de los oradores, no obró el interés de los herederos del ausente; no se

1 Discurso de Huguet en la sesión del Cuerpo Legislativo de 24 Ventoso, año XI (Loché, t. II, p. 274, núm. 24).

habla de ellos cuando se trata de justificar la intervención del legislador en materia de ausencia. Esto nos revela ya el espíritu de la ley, de la cual, en concepto nuestro, se han separado singularmente los autores: el interés del ausente es lo dominante en la teoría de la ausencia.

118. Tiene que sacarse una primera consecuencia de esta noción de la ausencia y es la de que el título del Código sobre los *ausentes* no se aplica á los *no presentes*. Así se ha dicho y repetido en el Consejo de Estado. (1) Eso es por lo demás de suma evidencia. Si la ley prescribe medidas en favor de los *ausentes* es porque están en cierto sentido incapaces; en hecho se necesitaría decir más: lo más frecuentemente están muertos. Hay, pues, imposibilidad absoluta en que los *ausentes* dirijan la administración de sus bienes. No sucede lo mismo con los *no presentes*; éstos viven, saben que tienen intereses que cuidar, y les corresponde velar por ellos. La sociedad no tiene razón alguna para intervenir, aun cuando los interesados abandonaran el cuidado de sus negocios. Efectivamente, la sociedad no tiene calidad para obrar sólo porque los individuos no lo hacen ó lo hacen mal. Su derecho es ser negligente en el sentido de que el propietario es libre, puede usar y abusar; puede, si así le conviene, no usar ó hacer mal uso de los dones de la fortuna ó de los productos de su trabajo. La sociedad atentaría á la libertad si se mezclara en los negocios de los particulares. Por lo mismo la ley no lo hace más que en raras excepciones. Ya hemos citado el caso en que se abre una sucesión estando interesado en ella un *no presente*; el interés de los coherederos exige en ese caso, lo mismo que el del heredero que no está en el lugar, que pueda hacerse la partición, y que, en consecuencia, la ley toma medidas en interés de los *no presentes*.

1 Véanse los testimonios coleccionados por Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 33. Este es un artículo muy bien escrito.

sentes. Hay otro ejemplo análogo en la ley de 28 de Septiembre de 1791, que dice (sección V, tit. 1.º, art. 1.º): «La municipalidad proveerá á hacer guardar la cosecha de un cultivador ausente, enfermo ó privado accidentalmente de poderlo hacer él mismo y que reclame ese socorro; teniendo cuidado de que este acto de fraternidad y protección de la ley se ejecute con los menores gastos.» La excepción confirma la regla. Si interviene la ley para hacer guardar la cosecha de un *no presente*, ó para llegar á la partición de una herencia, es porque esto puede hacerse sin que ninguno penetre en la vida íntima, en los secretos de familia, mientras que esto sería inevitable cuando la sociedad manejara todos los negocios de una persona que descuida sus intereses. Así vemos que la ley no interviene sólo cuando hay ausencia propiamente dicha sino también cuando hay absoluta necesidad.

119. ¿Cuáles son las medidas que la ley prescribe en caso de ausencia? Varían según la duración de ésta. La ley distingue tres períodos: la presunción de ausencia, la declaración de ausencia seguida de la toma de posesión provisional de los bienes del ausente, y la toma de posesión definitiva.

La presunción de ausencia comienza con la desaparición del ausente ó con sus últimas noticias y dura hasta la declaración de ausencia. Como ésta no puede tener lugar sino después de cinco á once años, según que el ausente haya dejado ó no procuración, resulta que el primer período dura cuando menos de cinco á once años. Está bien caracterizada con la expresión de *presunción de ausencia*. En ella no hay ausencia todavía; la persona que ha desaparecido y que no da noticias suyas nada más que *se presume ausente*. Eso quiere decir, según lo explica Bigot-Prémeneu, que en tal caso no há lugar, en general, á tomar medidas para la administración de sus bienes. «No

está considerado, dice, que la persona alejada lo esté en detrimento de sus negocios." ¿Qué hay, pues, que hacer en este primer período? Abstenerse, á no ser que haya necesidad de obrar. ¿Quién juzgará si hay esta necesidad? Los tribunales. Se necesita que obren en el particular con la mayor prudencia, agrega el Orador del Gobierno. El domicilio de los ciudadanos es un asilo sagrado; apesar de su carácter respetable y de la confianza que merecen los magistrados no deben penetrar en él si no es con extrema reserva y con el solo objeto de proteger al ausente. Se trata de garantizarlo de los inconvenientes de su ausencia; débese, pues, cuidar de no interrumpirlo indiscretamente en el ejercicio de sus derechos. Lo cual quiere decir que durante el período de la presunción de la ausencia la ley se preocupa exclusivamente del interés del ausente. (1)

120. Cuando han transcurrido de cinco á once años desde la desaparición ó últimas noticias de una persona puede ser declarada su ausencia. Este segundo período dura treinta años á partir del juicio que declaró la ausencia; puede concluir antes de ese término si han pasado cien años desde el nacimiento del ausente. Después de la declaración de ausencia los presuntos herederos del ausente son puestos en posesión provisional de sus bienes. Importa determinar de una manera precisa el carácter y el objeto de esta toma de posesión. La ley se sirve de una expresión muy significativa para definirlo. "No es más que un depósito," dice. Ahora bien, el depósito se hace en interés del deponente. Es, pues, en interés del ausente como la ley organiza la toma provisional. Vamos á oír á los autores del Código; confirmarán lo que dice el texto. Bigot-Prémeneu, después de haber justificado que habiendo sido abandonados los bienes del ausente durante cinco años

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de los motivos (Loché, t. II, página 252, núm. 8 y p. 251, núm. 2).

antes de que los herederos pudiesen ser puestos en posesión, agrega que esta formalidad "no es más que un acto de conservación fundado en una necesidad constante, y para el ausente un acto de protección que pone su patrimonio á cubierto de una pérdida que se haría inevitable." (1)

Como á los presuntos herederos es á los que pone la ley en posesión provisional parece que en interés suyo sobre todo fija la atención el legislador en este segundo período. Podría decirse que haciéndose cada día más probable la defunción del ausente ha debido tener en cuenta la ley los derechos eventuales que corresponden á los derechos del ausente, y que bajo este título los pone en posesión de sus bienes. La probabilidad de la muerte y los derechos á que da cabida están tomados efectivamente en consideración por el legislador, pero las declaraciones bastante positivas de los autores del Código Civil dan testimonio de que si los herederos son puestos en posesión es en interés del ausente más bien que en el de los que reciben los bienes. En el Consejo de Estado dijo Tronchet: "que es útil para el ausente que se confiera el secuestro de sus bienes á los que tienen más interés en conservarlos; es así porque después de cierto tiempo se concede á sus herederos la toma de posesión." (2) También en ese sentido explica Bigot-Prémeneu la toma de posesión provisional. Se tenía que decir, dice, en manos de quién habían de ser puestos los bienes. Como hay incertidumbre de la vida se hace más probable el derecho de los herederos, sin dejar de ser eventual; y puesto que los bienes han de pasar á otras manos distintas de las del propietario los herederos se presentan con un título natural de preferencia. Nadie puede tener más interés en la *conservación y buena ad-*

1 Loché, *Legislación civil*, t. II, p. 254, núm. 18.

2 Sesión del Consejo de Estado de 16 Fructidor, año IX [Loché, t. II, p. 215, núm. 18].

ministración de esos bienes que los que han de aprovecharse de ellos si no vuelve el ausente. (1)

Eso es clarísimo; no se trata todavía más que de conservar los bienes del ausente y de administrarlos. Buscando la ley los mejores administradores da la preferencia á los herederos sobre los extraños; no es que les confiera desde luego los bienes del ausente, pero están llamados á aprovecharse de ellos si el ausente no vuelve; tienen, pues, interés en administrarlos bien. La ley no se conforma, sin embargo, con esta garantía. El Orador del Gobierno dice que toma contra los herederos puestos en posesión las mismas precauciones que contra un extraño; que exige las mismas formalidades que para un secuestro ordinario: inventario, venta de los muebles, empleo del dinero y caución. (2)

A primera vista parece contradecir esta teoría la disposición del Código que concede á los herederos puestos en posesión una parte notable de los frutos, cuatro quintos ó nueve décimos, según la duración de la ausencia. ¿Se concede semejante indemnización á simples administradores? ¿Y por qué va en aumento la indemnización á medida que se prolonga la ausencia? ¿No es porque los poseedores son considerados como herederos más bien que como administradores? ¿No es esto, pues, reconocer su derecho sobre la herencia del ausente, derecho que cada día se hace más probable? Esta interpretación parecía muy plausible; sin embargo, no reside en ella la teoría de los autores del Código Civil. Escuchemos á Portalis: «*Todo el favor debe ser para el ausente; sus herederos sólo pueden tenerlo en la consideración de su interés.*» Tal es la razón por que la ley concede á los herederos una parte notable de los

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de los motivos (Loché, t. II, página 255, núm. 29).

2 Loché, *Legislación civil*, t. II, p. 256, núm. 21.

frutos. «Como los hombres se llevan del interés, continúa Portalis, conviene dar á los herederos del ausente algunas ventajas que los determinen á hacerse administradores de sus bienes.» (1) Se temía que los herederos rehusaran encargarse de la administración si no se añadiera á ella una ventaja considerable. Si esta ventaja va en aumento es debido en parte á que cada año se hace más incierta la existencia del ausente; Bigot-Prémeneu lo dice, pero agrega otras razones, lo que prueba que no es ese el motivo determinante: el orador habla del aumento del depósito, de la duración continua de los cuidados y hasta de las desgracias que pueden experimentar los herederos. (2)

Hay una consideración concluyente contra los herederos en el sentido de que prueba hasta la evidencia que la ley no les reconoce ningún derecho durante el segundo período de la ausencia: esa consideración es la de que los prefiera al esposo presente común en bienes. Si se opta por la continuación de la comunidad los herederos no son puestos en posesión. Es evidente que si el designio del legislador era que los herederos tenían un derecho como tales después de la declaración de ausencia el cónyuge no podría impedir el ejercicio de ese derecho. Si la ley le da esta facultad es porque realmente no reconoce en los herederos derecho alguno. Thibaudeau lo dijo en términos expresos en el Consejo de Estado: «*Los herederos no tienen, en ese caso, ningún derecho personal; no disfrutan todavía más que por el ausente, entran de una manera provisional en sus derechos y tienen á su cargo sus obligaciones.*» (3) Hé aquí por qué la ley da la preferencia al cónyuge; existe

1 Sesión del Consejo de Estado de 24 Fructidor, año IX (Loché, t. II, p. 227, núm. 27).

2 Bigot-Prémeneu Exposición de los motivos (Loché, t. II, página 258, núm. 28).

3 Sesión de 24 Fructidor, año IX (Loché, t. II, p. 228, núm. 32).

para él un contrato sinalagmático, dice Bigot-Préameneu, mientras los herederos sólo tienen un derecho *precario* y provisional. (1) El esposo que continúa la comunidad goza también de los frutos y su derecho va igualmente en aumento como el de los herederos. Eso demuestra que el goce de los frutos no está fundado en el derecho de los que los perciben porque el derecho del cónyuge, lejos de hacerse más probable á medida que aumenta la ausencia, va á menos cada día.

121. A decir verdad el derecho de los herederos sobre los bienes del ausente empieza hasta el tercer período de la ausencia; entonces es cuando son puestos en posesión sin que pueda impedirlo el cónyuge presente, y esta posesión es *definitiva*. Lo es en el sentido de que el estado precario del segundo período da lugar á medidas que tienen por fundamento el derecho de los presuntos herederos. Su suerte está fijada, dice Bigot-Préameneu, porque todas las probabilidades, después de treinta y cinco años de ausencia cuando menos, están por la defunción del ausente. El interés público exige que sus bienes vuelvan á entrar en movimiento; se necesita, pues, que los poseedores estén considerados como propietarios respecto á terceros y que puedan enajenar los bienes del ausente. Sin embargo, aun en este último período no sería exacto decir que está abierta la sucesión del ausente. En efecto, la sucesión no se abre sino por la muerte, y la ausencia, por dilatada que sea, no es más que una probabilidad de muerte. Para que la probabilidad se convirtiese en certidumbre sería necesario que la ley hiciese de ella una presunción de muerte. Ahora bien, la ley no presume nunca la muerte; no hay, pues, apertura de herencia, hay simplemente toma de posesión, como se expresa la ley, y si esta toma de posesión es defi-

1 Bigot-Préameneu, Exposición de los motivos (Loché, t. II, página 256, núm. 23).

nitiva en lo que respecta á terceros no lo es en cuanto al ausente; si éste vuelve caen por tierra todas las medidas tomadas en razón de su ausencia, aunque calificadas de definitivas.

122. Sentamos en principio que nunca hay presunción de muerte y que, por tanto, los que entran en posesión no tienen los derechos de los herederos. Este punto está, sin embargo, muy debatido y debemos detenernos en él porque todá la teoría de la ausencia está en litigio en este debate. Proudhón enseña que á partir de la declaración de ausencia hay presunción de muerte. Se presume que el ausente ha muerto, dice, porque la ley abre su sucesión á sus herederos y no hay sucesión de una persona viva. Se presume que ha muerto, puesto que se ponen en ejecución las disposiciones testamentarias que él mismo ha querido que no tengan efecto sino después de su defunción. Se presume que ha muerto, puesto que la ley exige que todos los que tienen sobre sus bienes derechos subordinados á la condición de su fallecimiento pueden ejercerlos. Se presume que ha muerto toda vez que la ley ya no permite poner personalmente en litigio ante los tribunales todas las acciones que deben intentarse contra los poseedores. (1) Esta doctrina es observada por Delvincourt y Durantón (2) y ha sido consagrada por una sentencia enérgicamente fundada de la Corte de Nancy. (3)

Empero la opinión de Proudhón es generalmente rechazada y en la forma absoluta en que la da es inadmisibile. Basta recordar lo que es una presunción legal; es, dice el art. 1349, una consecuencia que la ley deduce de un hecho

1 Proudhón, *Tratado Sobre el Estado de las Personas*, t. I, ps. 277 y siguientes.

2 Delvincourt, *Curso del Código de Napoleón*, t. I, p. 50 y nota 7 (edición de 1834); Durantón, t. I, núms. 408 y 434.

3 Sentencia de 31 de Enero de 1833 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 669).

conocido á otro desconocido. ¿Cuál es la ley que declara que se presume muerto al ausente? En el derecho antiguo se presumía muerto al ausente cuando habían transcurrido cien años después de su nacimiento; fundábase en las probabilidades que rigen la duración de la vida humana. Pero el Código no reproduce esta presunción, y con justicia. El mismo Proudhón confiesa que la presunción de muerte no es más que provisional; ahora bien, ¿se concibe que se presuma muerta provisionalmente á una persona? ¿Cómo es que lo absurdo de una muerte provisional no ha repugnado á un talento tan lógico como el de Proudhón? Si hay un estado definitivo lo es con seguridad la muerte, y si hay una idea inconciliable con la muerte es lo provisional.

Los textos que Proudhón alega se explican por la posibilidad de muerte, que es evidente y que va aumentando con la duración de la ausencia. Si la ley pone en posesión á los herederos no es porque presuma la muerte del ausente; es, por el contrario, en su interés por lo que organiza la entrega provisional; declara que no es más que un depósito; en donde hay un depositario también hay un depositante, y ¿quién sería éste si no el ausente? Los poseedores no son más que administradores; dirigen, pues, bienes que no les pertenecen; ¿quién es propietario si no el ausente? La ley ordena que los poseedores formen inventarios y que den caución; ¿prescribiría todas esas garantías en provecho de una persona que se presume muerta? ¿Qué! ¿se presume muerto al ausente y, si es casado, el cónyuge presente puede continuar la comunidad! ¿se puede estar en sociedad con un individuo á quien se presume muerto? No hay ni aun presunción de muerte después de la entrega definitiva. Si se presumiera muerto al ausente el cónyuge presente podría volverse á casar, y no puede hacerlo. Si hubiera presunción de muerte habría también apertura de heren-

cia, y la ley no organiza más que una toma de posesión.

¿Cuál es, pues, el principio de la ley? Van á decirnoslo los autores del Código. A la hora de la discusión tuvo sus partidarios la presunción de muerte. Tronchet declaró con profunda acritud que era ridículo declarar muerto al ausente y que sería también bastante extraordinario hacerlo resucitar después. ¿Cuál es la realidad de las cosas? El ausente, contesta Tronchet, no está ni muerto ni vivo á los ojos de la ley. (1) Reina la duda después de la declaración de ausencia, dice Emmerly. Esto parece singular, agrega Boulay; pero ese principio es el producto de la sabiduría de los siglos y no se ha llegado todavía á encontrar otro mejor. (2) Debe agregarse: ese principio es la expresión exacta de la realidad de las cosas. ¿Quién sabe si el ausente vive ó si ha muerto? En vano se dirá que todas las probabilidades están por su defunción. Los hechos pueden dar un mentís á todas esas probabilidades. ¿Qué queda, pues? La incertidumbre. Véase lo que el Orador del Gobierno asienta juiciosamente en su Exposición de Motivos: «Cuando no ha transcurrido todavía un dilatado espacio de tiempo desde que un individuo se alejó de su domicilio no puede resultar de esta ausencia la presunción de muerte; debe considerársele como vivo. Pero si durante cierto número de años no se han tenido noticias de su persona entonces se considera que las relaciones de familia, de amistad y de negocios están de tal manera arraigadas en el corazón y en las costumbres de los hombres que su interrupción absoluta debe reconocer causas extraordinarias, entre las cuales se coloca el mismo tributo pagado á la Naturaleza. Surgen entonces dos presunciones contrarias: una, de la muerte, por falta de noticias; otra, de la vida, por su curso ordi-

1 Sesión del Consejo de Estado de 16 Fructidor, año IX (Loché, t. II, p. 215, núm. 18).

2 Sesión expresada (Loché, t. II, p. 226, núm. 27, y p. 229, núm. 33).

nario. La consecuencia precisa de las dos presunciones contrarias es el *estado de incertidumbre*. Bigot-Prémeneu asienta en seguida que esta incertidumbre subsiste durante toda la ausencia, que las medidas que la ley prescribe están siempre calculadas según los diferentes grados de incertidumbre, nunca exclusivamente sobre la presunción de vida ó de muerte. (1)

123. Lo que acabamos de decir tampoco responde á las dificultades de la cuestión. Es evidente que no hay presunción legal de muerte, y también es muy cierto que lo que caracteriza la ausencia es la duda sobre la vida y la muerte del ausente. La incertidumbre aumenta cada día, no en el sentido de la vida sino en el de la muerte. De aquí el que las medidas que prescribe la ley cambien de naturaleza con la duración de la ausencia. La ley comienza por velar exclusivamente por los intereses del ausente; después piensa en los presuntos herederos y los pone en posesión de los bienes; esta entrega, primero provisional, acaba por ser definitiva. Esto quiere decir que la ley toma medidas que se aproximan más y más á las que prescribe en caso de defunción. ¿Qué importa que así sea por una presunción de muerte ó por sólo una probabilidad? Cuestión de palabras que no impide que los herederos sean puestos en posesión de los bienes del ausente; ¿y qué es esta entrega si no la apertura provisional de su sucesión? Esta opinión, calurosamente defendida por Marcadé, (2) es poco más ó menos la de todos los autores, salvo grandes disintimientos en los detalles. Creemos que es contraria tanto al espíritu como al texto del Código Civil. La cuestión es capital.

124. ¿Cuáles son los efectos de la posesión provisional? M. Demolombe contesta: «Vamos á asistir á

1 Loaré, *Legislación Civil*, t. II, p. 251, núm. 5.

2 Marcadé, *Curso elemental de derecho civil*, t. I, ps. 298-301, número 20.

una especie de apertura provisional de la sucesión del ausente. Tal es, en efecto, la *imagen* que presenta la toma de posesión que sigue á la declaración de ausencia. De los arts. 120 y 123 resulta esta regla fundamental; á saber: todos los derechos que la defunción probada abriría de una manera definitiva sobre los bienes que pertenecían al ausente hasta sus últimas noticias los abre provisionalmente la ausencia declarada. No puede haber herencia de una persona viva. Si se abre la herencia del ausente aunque sea de una manera provisional es necesario que haya presunción de muerte en virtud de la declaración de ausencia. Aquí reaparece la doctrina de Proudhón que los autores rechazan en principio y que, sin embargo, aplican en casi todas sus consecuencias. M. Demolombe dice terminantemente que la presunción de muerte es la base de todas las medidas que la ley prescribe después que ha sido declarada la ausencia. Esta presunción se remonta á la última señal de vida dada por el ausente en el día de su partida ó de sus últimas noticias. Este momento es en el que se reputa estar abierta la sucesión provisional del ausente. (1) Dalloz, que combate calurosamente la pretendida presunción de muerte imaginada por Proudhón, abunda en esta teoría de una sucesión provisional que se abre después de la declaración de ausencia. «Se ignora, dice, si volverá el ausente ó si se sabrá la fecha precisa de su muerte, pero provisionalmente los presuntos herederos obran entre sí ó pueden obrar como si estuviera abierta la sucesión; de suerte que, en sus respectivas relaciones, obran como verdaderos herederos.» (2)

La jurisprudencia ha sancionado esta opinión. Léese en una sentencia de la Corte de Turín que la entrega provi-

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, p. 75, núm. 71 y p. 88, núm. 82.

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 322.

sional que califica de *guarda de los bienes* es un verdadero *derecho real*. (1) Las cortes, lo mismo que los autores, se fundan en la presunción de muerte que resulta de la declaración de ausencia. Por efecto de esta presunción, dijo la Corte de Angérs, se concede la posesión de los bienes á los presuntos herederos. Es cierto que la ley dice que la entrega provisional no es más que un depósito, pero, continúa la Corte, el entrado en posesión no puede estar asimilado á un simple administrador, puesto que goza del derecho de apropiarse una parte de los frutos y del de transmitir á su heredero la posesión de que se le ha investido; si no es más que un depositario con referencia al ausente presenta las calidades de propietario respecto de terceros." (2)

125. Hé aquí el punto de partida de la doctrina y de la jurisprudencia. Nótese desde luego la vacilación y la duda con que se expresa cuando se trata de transformar la entrega provisional en apertura de una herencia. Es una *especie de apertura*, es una *imagen* de lo que pasa después de la muerte de una persona. ¿Es ese el lenguaje del derecho? ¿Es posible que una ciencia que consiste esencialmente en la precisión y la claridad de las ideas proceda por *especies* y por *imágenes*? No se osa afirmar que hay sucesión abierta. ¿Qué digo? después de haber dicho que la declaración de ausencia es una presunción de muerte y que los poseedores obran entre sí como verdaderos herederos, que el patrimonio del ausente debe ser considerado como un derecho de sucesión abierto en beneficio de los presuntos herederos, se agrega que eso no es exacto de una manera absoluta y que la sucesión del au-

1 Sentencia de 5 de Mayo de 1810 (Daloz, *Repertorio* en la palabra *Ausentes*, núm. 234).

2 Sentencia de la Corte de Angérs de 28 de Agosto de 1828 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 236).

sente no está en realidad abierta; se nota, como ya lo hemos hecho, que la misma expresión de *posesión provisional* de que se sirve la ley excluye toda idea de legitimidad. (1)

¿Así, pues, todo se reduce á una apariencial? ¿Pero cómo puede una apariencia de sucesión engendrar un derecho real; es decir, lo que hay de más positivo en el mundo? ¿Cómo pueden ser propietarios los poseedores que no tienen para sí más que una *imagen* de derecho de sucesión? Para admitir semejantes anomalías se necesitarían textos expresos. ¿Y si abrimos nuestro Código qué leemos en él? Que *la posesión provisional no es más que un depósito* que dará á los que lo obtengan la *administración de los bienes del ausente* (artículo 125). ¿Puede nunca un *depositario* tener un *derecho real* cuando no es ni aun poseedor? ¿Puede quizá ser *propietario* un *administrador*? *Depósito* y *derecho real*, *administración* y *propiedad*, son ideas que no pueden ligarse. Preténdese que es necesario distinguir las relaciones de los poseedores con el ausente, sus relaciones entre sí y respecto de terceros. Tocante al ausente no son más que *depositarios*, *administradores*; pero entre sí son herederos; en consecuencia, propietarios y, como tales, también poseen respecto de los terceros. Nosotros contestamos: No cabe duda en que el legislador habría podido crear una posición tan incierta y dudosa; lo ha hecho en realidad en el tercer período de la ausencia: los poseedores definitivos son á la vez administradores respecto del ausente y propietarios respecto de los terceros. ¿Pero sucede lo mismo durante la posesión provisional? Que se nos presente un texto que reconozca en los poseedores esta doble posición. La ley sienta un principio absoluto al calificar de depósito la posesión

1 Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 266.

provisional y de administradores á los poseedores. Estos tienen necesariamente relaciones con los terceros: ¿cuál es la ley de estas relaciones? Siempre encontramos una sola respuesta en nuestros textos: los poseedores no tienen más que una calidad: la de administradores. Reconocerles un derecho real y la calidad de propietarios es aplicar á la posesión provisional lo que la ley dice de la posesión definitiva; es, pues, modificar la ley, es formarla. ¿Es esta la misión del intérprete?

126. Los poseedores, dice el artículo. 125, son depositarios, administradores. Quien dice depósito dice detención precaria, simple guarda. Esta expresión excluye toda idea de un derecho; el depositario no tiene derechos, sólo tiene obligaciones. ¡Y la jurisprudencia decide que tiene un *derecho real!* El administrador tiene una obligación y no un derecho propio; cuando ejerce derechos lo hace en nombre de aquel cuyo patrimonio maneja, personalmente no tiene ninguno. ¡Y la jurisprudencia lo declara *propietario!* Pero, se dice, tiene derecho á los frutos, que no tiene el administrador ordinario, y transmite este derecho á sus herederos, lo que prueba que la entrega provisional no es más que un simple depósito. De antemano hemos contestado á la objeción. Sí, hay en la entrega provisional otro principio que el de depósito ó de administración. A los herederos es á los que llama la ley á manejar un patrimonio que probablemente les pertenecerá, que acaso les pertenece ya. ¿Pero resulta de esto que en la teoría del Código estén considerados como propietarios mientras dura la posesión provisional? La ley se ha servido ciertamente adrede del término de *depósito*, expresión que no es ni siquiera exacta, pero que señala con singular energía que los poseedores, aunque sean presuntos herederos, no tienen todavía ningún derecho.

Se insiste sobre el derecho á los frutos que la ley reco-

noce á los herederos entrados en posesión, y en eso se ve una prueba cierta de que la ley tiene en cuenta su calidad de herederos; es decir, de propietarios. No es esa la mente de los autores del Código. Ya hemos citado sus palabras: no tienen más que una preocupación: el interés del ausente; aun cuando parecen despojarle concediendo los frutos á los herederos lo hancen también en favor del ausente, el patrimonio del cual tratan de conservar interesando á los administradores en que lo manejen bien. Tan cierto es que el legislador no pretende reconocer ningún derecho á los herederos, aun cuando les da cuatro quintos ó nueve décimos de los frutos, que permite al esposo presente paralizar ese pretendido derecho optando por la continuación de la comunidad. Esta es una consideración decisiva y que destruye completamente el sistema adoptado por la doctrina y la jurisprudencia. ¡Qué! ¡la ausencia declarada es una presunción de muerte y, por consecuencia, trae consigo apertura provisional de la sucesión del ausente! ¡Ved al cónyuge que, aun sin ser heredero, lleva á la nada esta presunción de muerte, continuando la sociedad de bienes contratada con el ausente! ¡Impide á los herederos de éste llegar á la pretendida sucesión abierta en su beneficio! ¡El es quien va á disfrutar de esos bienes y por espacio de treinta años! ¡Y se quiere que los herederos tengan un *derecho real*, un *derecho de propiedad!* ¿Se concibe un derecho real de legitimidad puesto en jaque durante la vida del hombre por un cónyuge que no es heredero? ¿Se concibe que un propietario sea impedido de ejercer su derecho durante treinta años y que quien lo impida sea un cónyuge que no está llamado á heredar? Eso es inexplicable en la doctrina que está generalmente admitida, mientras que se explica perfectamente ateniéndose al texto y al espíritu del Código. No hay presunción de muerte; en consecuencia, no hay apertura de sucesión. ¿De qué se trata? De administrar el