

ser declarado no admisible. (1) En concepto nuestro no há lugar ni á denegación ni á disputa de legitimidad. La denegación supone la existencia del padre en el momento de la concepción. La disputa de legitimidad supone la muerte, y en caso de ausencia no hay ni vida ni muerte.

§ V.—FIN DE LA PRESUNCIÓN DE AUSENCIA.

151. La presunción de ausencia acaba cuando reaparece el ausente ó da noticia de su persona. En el primer caso caen de pleno derecho las medidas tomadas por el tribunal. El curador y el notario, si há lugar á ello, rinden cuentas de su administración al propietario, quien toma la administración de sus bienes. Es inútil decir que acaba igualmente la vigilancia ó tutela provisional. Si el ausente da noticia de su persona sin reaparecer acaba igualmente la ausencia; pero, por analogía de lo que dice el artículo 131 en caso de declaración de ausencia, el tribunal podrá prescribir medidas, ya para los bienes, ya en interés de los hijos.

La presunción de ausencia acaba también si el ausente muere ó se tiene la prueba de su fallecimiento. En ese caso se abre su herencia en beneficio de los herederos llamados á sucederle en esta época. Es necesario que los herederos sean capaces de suceder. Es preciso, pues, que hayan sido concebidos en aquel momento. Si hubiese nacido un hijo de la mujer presente más de trescientos días después de la muerte del marido podrán rechazarlo las partes interesadas disputando su legitimidad (art. 315).

Finalmente, la presunción de ausencia termina por el fallo que declara la ausencia y abre el segundo período.

¹ Esta es la opinión de Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, p. 365, núm. 267. Consúltese á Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 116. Acerca de esta cuestión existe una disertación de M. Duprez, profesor de la Universidad de Lieja (*Revista de derecho francés y extranjero*, por Foelix, t. I (1844), ps. 740 y siguientes).

CAPITULO III.

SEGUNDO PERIODO DE LA AUSENCIA.

SECCION I.—De la declaración de ausencia.

152. ¿Por qué hay un segundo período de la ausencia? Por lo regular se contesta que la ley substituye la presunción de ausencia con la declaración de ésta en interés de los presuntos herederos. Estos son, en efecto, los que promueven la declaración de ausencia y á quienes se pone en seguida en posesión de los bienes del ausente. Es cierto que la ley toma en cuenta, en este segundo período, los derechos eventuales de los herederos. Pero no es exacto que para proteger esos derechos abre el legislador un nuevo período. Lo que prueba hasta la evidencia que no es así es que el esposo presente común en bienes puede optar por la continuación de la comunidad, y si lo hace impide la posesión provisional de los herederos. La ley, como expresa el art. 124, le da la preferencia para la administración de los bienes del ausente; así, pues, no se trata aún más que de administrar los bienes, lo que implica que la ley se preocupe del ausente más que de sus herederos. Estos pueden permanecer sin derecho durante treinta y cinco ó cuarenta años [y se quiere que de preferencia en interés de aquellos] la ley haya organizado un segundo período. Nó, durante la presunción de ausencia no autoriza más que las

medidas necesarias, porque espera de un día á otro el regreso del ausente. Cuando la ausencia ha durado cinco ú once años se hace menos probable la vuelta del ausente. Débese, pues, organizar una administración regular. La ley la llama provisional para hacer notar que sólo se trata de conservar el patrimonio del ausente, bien por él si regresa, bien por sus herederos en caso de que no vuelva á aparecer más. Al esperar trata de encontrar los mejores administradores. Hé ahí la razón de que llame á los herederos y de preferencia al cónyuge presente.

153. La ley no permite poner á los herederos en posesión de los bienes del ausente sólo porque haya transcurrido cierto número de años desde su desaparición ó sus últimas noticias. Se necesita, ante todo, un fallo que declare la ausencia. Lo dice el art. 120; es tan terminante éste que no se concibe que pueda suscitarse acerca de este punto la más ligera duda. Ha habido, sin embargo, litigios sobre el particular, pero la jurisprudencia no podía vacilar ni un instante. Se ha juzgado que el que se pretende heredero de un ausente debe, por necesidad, hacer declarar la ausencia antes de proceder con esa calidad. La Corte de Rennes, observando la misma decisión, da las razones por las cuales ha prescripto el legislador un fallo previo á la toma de posesión provisional: las precauciones tomadas por la ley, dice la sentencia, deben ser observadas escrupulosamente, puesto que tienen por objeto garantizar los bienes y los derechos de aquel á quien circunstancias desgraciadas pueden retener lejos de su patria. (1) En efecto, la separación y la falta de noticias no prueban todavía que haya ausencia en el sentido legal de la palabra, es decir, incertidumbre sobre la vida de la persona que ha dejado su domicilio sin dar noticia suya. Es preciso que

1 Véase la jurisprudencia en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 143, 144 y 150.

sean tomadas en consideración tanto las circunstancias en que la separación se ha verificado como los motivos que expliquen la falta de noticias; es preciso, finalmente, que la demanda de los que promueven la declaración de ausencia se haga pública á fin de advertir al ausente, si vive todavía, que se le va á desposeer de la administración y, hasta cierto punto, del goce de sus bienes. Tales son las razones poderosas que exigen la intervención de la justicia y que justifican las medidas que prescribe la ley para comprobar la ausencia antes de permitir la posesión provisional.

154. Para que pueda ser declarada la ausencia de una persona se necesita de antemano, según el art. 115, «que haya desaparecido del lugar *de su domicilio ó residencia*.» Los autores están de acuerdo en decir que hay un defecto de redacción en el art. 115; que en lugar de la disyuntiva *ó* es necesario poner la conjuntiva *y*. Es evidente que si una persona tiene á la vez un domicilio y una residencia distinta de éste no basta que haya dejado de aparecer, sea en su domicilio, sea en su residencia, se necesita su desaparición completa, como dice el art. 120. (1) Pero puede suceder que una persona no tenga domicilio, si es extranjera, ó que su domicilio sea desconocido; en estos casos sólo se tendrá en cuenta su residencia.

El art. 115 agrega: «y que después de cuatro años no se hayan tenido noticias de su persona.» No se necesita que el ausente haya dado esas noticias; el proyecto parecía exigirlo; fué modificado por la observación del Primer Cónsul sobre que se podían tener noticias de una persona sin recibirlas directamente de ella. (2) Es preciso que haya habido falta de noticias desde hace cuatro años. Eso supone que el ausente no ha dejado poder; en efecto, según

1 Loaré, *Espritu del Código Civil*, t. II, p. 337.

2 Sesión del Consejo de Estado de 16 Fructidor, año IX (Loaré, t. II, p. 213, núm. 5).

art. 121, si ha dejado poder sus herederos no pueden perseguir la declaración de ausencia sino después de diez años contados desde su desaparición ó desde sus últimas noticias. Es bastante singular que se exprese así la ley tratándose de los efectos de la ausencia; evidentemente el art. 125 es la base de la materia. Ese vicio de clasificación se explica por el cambio que sufrió el proyecto primitivo. (1) Creemos inútil entrar en este detalle toda vez que el sentido de la ley no es dudoso. Pero la interpretación de los textos da lugar á algunas dificultades.

155. Es sensible la razón de la diferencia que establece la ley entre el caso en que el ausente ha dejado un poder y el en que no lo ha dejado. Bigot-Prémeneau lo ha explicado en la Exposición de los Motivos. Citamos sus palabras, de preferencia á las explicaciones de los autores, porque los oradores del Gobierno disfrutaban de una autoridad de que carecen los simples intérpretes. No se puede tratar con igualdad, dice Bigot-Prémeneau, al que ha proveído formalmente á la administración de sus negocios y al que los ha dejado abandonados. Se considera que el primero ha previsto una larga ausencia, puesto que ha proveído á la principal necesidad que esa ausencia entraña. Está dispensado de la necesidad de una correspondencia aun cuando esté alejado por mucho tiempo. Surgen presunciones opuestas contra el que no ha dejado poder. Se creerá más bien que confiaba en regresar pronto, no suponiéndose que omitiera precaución tan necesaria, y cuando haya faltado á ella se coloca cuando menos en la necesidad de suplirla por medio de su correspondencia. (2)

Los motivos dados por el Orador del Gobierno nos ayudarán á decidir las dificultades á que ha dado lugar el texto de la ley. Se pregunta si el poder debe ser general. Los

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, p. 52, núm. 50.
2 Loaré, *Legislación civil*, t. II, p. 255, núm. 19.

términos de la ley parecen exigirlo. Dice el art. 120: un poder para la administración *de sus bienes y no de todo ó parte de sus bienes*, como expresa el artículo 112. Concíbese, por otra parte, que el que quiere alejarse por mucho tiempo del lugar en que está el centro de sus intereses debe proveer á la administración de todos sus bienes; un poder dado para un negocio especial no indicaría la intención de tener una ausencia dilatada, dado el caso de que el patrimonio permaneciera sin administrador. Sin embargo, no puede sentarse como principio absoluto que el poder deba ser general. Si los bienes de la persona que se ausenta están arrendados por un término largo no hay necesidad de proveer á su administración. En ese caso, y para indicar el proyecto de un viaje dilatado, bastaría un poder, aunque fuese especial, para manejar los bienes ó los intereses que necesitasen de un gerente. De ahí resulta que la cuestión que ventilamos es una dificultad de hecho más bien que de derecho. La intención del ausente es la que necesitamos escudriñar, según la Exposición de los Motivos. Es evidente la intención cuando el poder es general, y dudosa cuando es especial. El tribunal decidirá según las circunstancias. (1)

Nada dice la ley acerca de la duración del poder. Por eso mismo se ha dejado entregada esta cuestión á la apreciación de los tribunales. Hay en este punto una hipótesis que promueve una cuestión de derecho. En el Consejo de Estado Cambacérés supuso el caso siguiente: "Un hombre á quien especulaciones mercantiles debían llevar lejos de su residencia creyó que no podría dar noticia de su persona durante un largo espacio de tiempo, y á fin de impedir que sus herederos se mezclasen en sus negocios orga-

1 La cuestión ha sido resuelta en diferentes sentidos por los autores (Demolombe, t. II, p. 55, núm. 54; Durantón, t. I, p. 138, número 412; Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 165.

nizó para treinta años la administración de su patrimonio. ¿Surtirá sus efectos este acto?» Tronchet contestó que no tendría validez. «Si es un acto con motivo de muerte vulnera las disposiciones que confieren la sucesión á sus herederos; y si es un acto entre vivos sólo puede durar el tiempo que se produzca la prueba de la vida del ausente.» (1) La respuesta es concluyente. El que vive puede dar un mandato que dure todo el tiempo que viva. Aquel cuya existencia es incierta no puede impedir que la ley llame á la administración de sus bienes á los herederos que tienen un derecho eventual á ellos, sujeto á la condición de su muerte. Agregamos que la hipótesis de Cambacérès no puede ser más improbable. Es una de esas cuestiones ociosas que gustan de ventilar los autores y que lo más frecuentemente no sirven más que para transformar el derecho en escolástica.

Es más probable la hipótesis inversa. Quien se aleja por un viaje lejano dará poder para algunos años; le bastará ese tiempo para dar la vuelta al mundo. Ya no se hace testamento antes de ponerse en camino; ¡son tan rápidas y seguras las comunicaciones! Pero pueden retardar la vuelta mil circunstancias. Expira el poder dado por dos años y el ausente no ha regresado á su hogar. ¿Deberá esperarse diez años para pronunciar la declaración de ausencia ó bastarán cinco años? Salvo algunos disentimientos los autores están de acuerdo en aplicar en este caso la disposición del artículo 122 que previene que los presuntos herederos no podrán proseguir la declaración de ausencia sino después de diez años, aun cuando llegue á cesar el poder; menos cuando tenga que proveerse á la administración de los bienes del ausente, como se hace durante la presunción de

1 Sesión del Consejo de Estado de 24 Fructidor, año IX (Loché, t. II, p. 227, núm. 29). Consúltese á Durantón, t. I, p. 319, número 413; Dalloz, en la palabra *Ausentes*, núms. 162 y 163.

ausencia. Mucho dudamos de que tenga que aplicarse esta disposición cuando llegue á cesar el poder por voluntad del ausente. Véase cómo explica Bigot-Préamenu el artículo 122: «También se ha previsto el caso en que cesará el poder por la muerte ó cualquier otro impedimento. Estas circunstancias no cambian las inducciones que nacen del mismo hecho de que se ha dejado un poder.» (1) La palabra impedimento que emplea el Orador del Gobierno supone un hecho independiente de la voluntad del ausente y que éste no ha podido prever; tal sería la renuncia del mandatario ó la imposibilidad en que se encontrara de ejecutar el mandato. Es muy lógico que en estos casos se tome en consideración por el legislador el hecho del poder, aun cuando cese; pero no sucede lo mismo en el caso en que el ausente haya limitado el poder que diera. Este hecho disminuye la probabilidad de un viaje dilatado y ya no excusa la falta absoluta de noticias. El ausente, sabedor de que ha concluido el poder que ha dejado, debería renovarlo. Si no lo hace surgen graves presunciones contra su vida y, por ende, há lugar á declarar su ausencia más pronto de lo que sería si el poder llegase á terminar por una causa que debiese ignorar el mismo ausente. (2)

Empero al no aplicar el art. 122 á la hipótesis de un poder dado por un plazo menor de cinco años no pretendemos decidir que semejante poder sea insuficiente para aplazar á diez años la declaración de ausencia. La ley no permite adoptar una decisión absoluta en esta materia, toda vez que nada dice acerca de la duración del poder. (3) Únicamente el buen sentido aconseja que mientras más largo sea el poder habrá mayor probabilidad de que el ausente

1 Exposición de los motivos (Loché, t. II, p. 255, núm. 19).

2 Esta es la opinión de Delvincourt, t. I, p. 44, nota 3, y de Zachariæ, t. I, p. 295, nota 5.

3 Consúltese á Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, p. 58, núm. 55.

te ha querido hacer un viaje dilatado; de ahí nace una probabilidad de vida que impedirá declarar la ausencia. Las probabilidades serán contrarias si el poder es de corta duración.

156. El plazo de cuatro y de diez años promueve además una cuestión sobre la cual hay controversia. Supónese que el ausente ha dado noticia de su persona: ¿corre el plazo desde la fecha que tiene la carta ó desde el día en que se ha recibido? Zachariæ dice que esta última fecha es la que debe tomarse en consideración. Así resulta evidentemente, dice, de la redacción del art. 115. (1) El artículo expresa: «Cuando una persona se haya ausentado de su domicilio y no se tengan noticias suyas después de cuatro años.» Estas últimas palabras suponen, en efecto, noticias recibidas; en consecuencia, la ley se refiere á la fecha de la recepción. Sin embargo, esta interpretación es generalmente rechazada. Se dice que conduce á esta consecuencia absurda: si la carta escrita por el ausente llegase á su destino después de dos años se le reputaría vivo en una época en que quizás ya no existiese desde tiempo atrás. (2) El absurdo es patente; ¿pero basta eso para separarnos del texto de la ley suponiendo que haya la evidencia que en él encuentra Zachariæ? Más de una vez hemos rechazado esta manera de argumentar. El texto nos obliga, nos encadena; no podemos descarriarnos demostrando que la ley es absurda; eso corresponde al legislador y no al intérprete. Por lo mismo en la ley es donde debe buscarse la solución de la dificultad. ¿Es cierto que es tan evidente como dice Zachariæ?

Es preciso no separar estas palabras: «y que después de cuatro años no se hayan recibido noticias suyas.» Se

1 Zachariæ, *Curso de derecho civil francés*, t. I, pfo. 151, p. 295, nota 4.
2 Valette sobre Proudhón, t. I, p. 271, nota. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 167.

aplica también el plazo al caso en que el ausente nunca haya dado noticia de su persona. ¿Cómo se cuenta en este caso? El art. 115 dice: «Cuando una persona se haya ausentado del lugar de su domicilio ó residencia.» Así, pues, el plazo corre desde el día de la desaparición. Sin embargo, es más que probable que el ausente no haya dejado de vivir en el mismo instante en que se alejó de su domicilio. ¿Por qué, pues, corre desde ese momento el plazo de cuatro años? Porque es el último en que realmente es cierta la vida del ausente. En consecuencia, ese instante es el que debe servir de punto de partida. Pues bien, lo que es verdad cuando el ausente desaparece sin dar noticia de su persona debe serlo también cuando el ausente escribe. El instante en que escribe es el último en que es cierta su existencia. Desde este instante, pues, debe correr el plazo. El art. 120 confirma esta interpretación. Cuando está declarada la ausencia pueden pedir la toma de posesión los presuntos herederos. ¿Cuáles son éstos? La ley contesta: Los herederos del ausente *el día de su desaparición ó de sus últimas noticias*. En el art. 120 se hace referencia á la fecha de las noticias; ahora bien, esta disposición es el complemento del art. 120; hablando ingenuamente los dos artículos no forman más que uno sólo, debiéndose á un defecto de redacción, el que estén separados. Nos parece que esto decide la cuestión. Es imposible que tenga otro sentido en el art. 120 la expresión *últimas noticias* que el que tiene en el art. 115 la frase *que no se hayan recibido noticias suyas*; así, pues, en todos casos la fecha es la que se debe considerar.

157. ¿Quién puede pedir la declaración de ausencia? El art. 115 contesta: Las *partes interesadas*. Ya hemos encontrado la misma expresión en el art. 112 que arregla las medidas que deben tomarse en el primer período de la

ausencia. ¿Es igual el sentido en el segundo período? Nó; aunque la expresión sea idéntica la significación es esencialmente distinta. Mientras la ausencia es sólo *presumida* todas las probabilidades están en favor de la vida del ausente, y el legislador se preocupa exclusivamente de sus intereses. En el segundo período, por el contrario, la prolongada duración de la ausencia sin noticias hace nacer dudas sobre la existencia del ausente; en consecuencia, hay probabilidades de muerte. Desde ese momento el legislador ha creído deber dar principio á todos los derechos subordinados á la condición del fallecimiento del ausente. De ahí la toma de posesión provisional. La declaración de ausencia es preliminar de esta posesión. Por lo mismo es lógico que todos los que tienen el derecho de pedir la posesión lo tienen también para promover la declaración de ausencia. Hé ahí las *partes interesadas* en la segunda parte de la ausencia.⁽¹⁾ Se ve que nada hay de común entre las partes interesadas del segundo período y las partes interesadas del primero.

158. Tal es el principio; vamos á hacer su aplicación. Los presuntos herederos son los principales interesados, porque ellos son los que pueden pedir la posesión provisional de los bienes del ausente. Bajo el nombre de herederos se debe comprender á los sucesores irregulares. Los motivos en que están fundadas la declaración de ausencia y la posesión provisional no dejan duda alguna acerca de este punto. Además, tenemos un texto. Si el cónyuge ausente, dice el art. 140, no ha dejado parientes hábiles que le sucedan el otro cónyuge podrá pedir la posesión provisional de los bienes. Lo que la ley dice del cónyuge se aplica por identidad de razones á los hijos naturales y al Estado. El cónyuge tiene además un derecho que le es es-

¹ Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 115, núm. 2, tomo I, ps. 48 y siguientes.

pecial; si es común en bienes puede optar por la continuación de la comunidad. También bajo este título está interesado en promover la declaración de ausencia.

La ley no convoca sólo á los presuntos herederos á la posesión provisional, dice que "todos los que tuvieren sobre los bienes del ausente derechos subordinados á la condición de su fallecimiento podrán ejercerlos provisionalmente." Tales son, dice el artículo 123, los donatarios y legatarios. Por donatarios entiende el Código á los herederos que se derivan de un contrato, á los cuales ha dado el ausente todo ó parte de los bienes que dejará á su muerte. Tales son también las que están llamados á una substitución autorizada con que esté gravado el ausente, el ascendiente donatario, el donatario con estipulación del derecho de reintegro, el propietario de unos bienes de los que el ausente tenía el usufructo. (1) Hay, no obstante, alguna duda para todas esas personas; son partes interesadas en el sentido de que la ley les permite pedir la posesión provisional, para la cual es una condición previa la declaración de ausencia. Pero el art. 113 no les permite pedir la posesión provisional bajo el mismo título que los presuntos herederos; parece exigir que ante todo hayan obtenido los herederos la posesión provisional; entonces, dice, se abrirá el testamento, entonces todos los que tienen derechos subordinados á la condición del fallecimiento del ausente podrán ejercerlos. ¿No es esto decir que únicamente los presuntos herederos tienen la iniciativa y que los demás que tengan derecho deben esperar á que los herederos hayan promovido la declaración de ausencia y pedido la posesión provisional? Esta interpretación restrictiva de la ley es rechazada generalmente, y con razón. En lo relativo á la declaración de ausencia tenemos un texto: las *partes interesadas*, dice el art. 115, pueden promover. Hé ahí una expresión general

¹ Durantón, *Curso de derecho francés*, t. 1, p. 323, núm. 419.

que comprende á todos aquellos de quienes la ley toma en consideración los intereses en el segundo período de la ausencia. Basta, pues, que una persona tenga un derecho subordinado á la condición del fallecimiento del ausente para que sea parte interesada. Poco importa cuándo y bajo qué condiciones ejerza este derecho; está en todo caso interesada en que sea declarada la ausencia, puesto que sin este requisito no puede obtener la posesión. Tratándose de la posesión provisional veremos que se necesita ir más lejos y decidir que los que tienen derechos subordinados á la defunción del ausente pueden ejercerlos, aun cuando los presuntos herederos no pidieran la posesión. Esta es una razón decisiva para darles el derecho de promover la declaración de ausencia. (1) La jurisprudencia está en este sentido. (2)

Se presenta otra cuestión que nos parece mucho más dudosa. Se pregunta si los cesionarios de los presuntos herederos pueden promover la declaración de ausencia. La solución depende de saber si los herederos pueden ceder sus derechos. Más adelante examinaremos la cuestión. Nos falta ver si las personas que son partes interesadas en el primer período pueden pedir la declaración de ausencia. La negativa nos parece evidente. Se trata de acreedores y del Ministerio Público. En cuanto á los acreedores del ausente no tienen ningún interés en pedir la declaración de ausencia, porque esta declaración es un preliminar requerido para que pueda tener lugar la posesión; ahora bien, ¿si ellos no pueden obtenerla con qué objeto harían declarar la ausencia? Por lo demás no tienen necesidad de la declaración de ausencia ni de la toma de posesión provi-

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes* (t. I, ps. 49 y siguientes). Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 172.

2 Sentencia de la Corte de Colmar de 26 de Junio de 1823 (Dalloz, en la palabra *Ausentes*, núm. 177.)

sional, toda vez que pueden proseguir el ejercicio de sus derechos sin que haya posesión, y bastarán para proteger sus intereses las medidas que á pedimento suyo prescriba el tribunal para la administración de los bienes del ausente. (1) Es más evidente todavía que el Ministerio Público no puede proseguir la declaración de ausencia; su acción no tendría ningún objeto, puesto que no daría ningún resultado, no pudiendo el Ministerio Público pedir la posesión ni obligar á los herederos á pedirla. También el Código dice (art. 114) que el Ministerio Público está especialmente encargado de velar por los intereses de las personas que se reputan ausentes.

Según el art. 116 la información que se levanta para llegar á la declaración de ausente debe tener lugar con audiencia del Procurador del Rey. Eso prueba que el Ministerio Público, lejos de tener la misión de promover la declaración de ausencia, está más bien llamado á combatirla. Debe cuidar de que la información se haga con imparcialidad á fin de que se descubra la verdad; si cree que el ausente vive todavía debe oponerse á que sea declarada la ausencia. Está colocado en el lugar que le señala el art. 114, puesto que vigila en interés de uno á quien se reputa ausente.

159. ¿Cuál es el tribunal competente para pronunciar la declaración de ausencia? No lo dice el art. 115. En el Consejo de Estado el Ministro de Justicia dijo que el tribunal del domicilio debe ser el juez de la ausencia. (2) Debe agregarse: ó el tribunal de la residencia si el ausente no tiene domicilio ó no se le conociese. Todos están de acuerdo; ¿pero por qué el tribunal del domicilio es el único competente? Hay autores que contestan: Porque se trata de

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 322, núm. 415.

2 Sesión de 24 Fructidor, año IX (Loché, t. II, p. 222, núm. 13).

una cuestión de estado. (1) ¿En qué se interesa el estado de un ausente en el fallo que declara la ausencia? Cuidémonos de esas palabras huecas que nada dicen á la mente. La razón de que intervenga el tribunal del domicilio del ausente en todos los períodos de la ausencia es muy sencilla. Es la aplicación de un principio general; todos los actos judiciales ó extrajudiciales que interesan á una persona se verifican en su domicilio. Para el ausente sobre todo debe ser así; en su domicilio es en donde es conocido el ausente, allí es donde tiene sus relaciones y allí es donde se tendrá noticia de su persona; en consecuencia el juez del domicilio, por la naturaleza de las cosas, es el único competente para declarar la ausencia.

160. El Código prescribe las formalidades que deben llenarse para llegar á la declaración de ausencia. Debemos detenernos en este punto porque esas medidas tienen por objeto garantizar los intereses del ausente. El art. 116 dice que para hacer constar la ausencia el tribunal, después de examinar todos los documentos presentados, dispondrá que se haga una información con audiencia del Procurador Imperial. Se pregunta si el tribunal debe ordenar la información de que el ausente vive todavía y que, en consecuencia, puede volver de un momento á otro. Es evidente que no, y todos están de acuerdo en ello. En principio el tribunal no debe levantar información cuando esté suficientemente instruido. ¿Pero se debe deducir de esto que el tribunal podría declarar la ausencia sin proceder á una información? Toda la economía de la ley prueba lo contrario. Desde luego el art. 116 está concebido en términos imperativos: «el tribunal *dispondrá.*» Luego el tribunal no puede declarar inmediatamente la ausencia; se necesita

1 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, t. II, p. 26, núm. 20.

el intervalo de un año entre el fallo que haya ordenado la información y la declaración. Así, pues, es de todo punto necesario que intervenga un fallo que determine la información y, en consecuencia, que la información se levante. Por último, ese fallo preparatorio deberá hacerse público (arts. 119 y 118). La información es, pues, un elemento esencial del procedimiento. (1) Eso se concibe. La información hace conocer las causas de la ausencia, las razones que la pueden prolongar, los motivos que tiene el ausente para no dar noticia de su persona, las circunstancias que hacen probable su muerte; después de la reunión de estos hechos es cuando decidirá el juez si hay ó no incertidumbre sobre la vida del ausente.

La ley cuida de que la información ministre al tribunal todos los hechos que sea posible recoger. Se hace en todos los lugares en que el ausente tenga un establecimiento; si tiene una residencia distinta de su domicilio habrá dos informaciones y se harán tres si tuviere dos residencias. La ley previene que la información se levante con audiencia del Procurador del Rey; prevee que los herederos que promueven la declaración de ausencia teniendo interés en hacerla declarar para disfrutar de los bienes del ausente presenten testigos complacientes ó ignorantes, lo que daría margen á ocultar la verdad en vez de revelarla. El Ministerio Público velará por los intereses de aquel que todavía no está reputado ausente.

Estas dobles ó triples informaciones no implican que varios tribunales estén llamados á declarar la ausencia. De ello podrían resultar fallos contradictorios. El tribunal del domicilio es el único que determina la información; si debe levantarse alguna en la jurisdicción de otro tribunal el del domicilio le dirige un recado suplicatorio al efecto. Así es

1 Marcadé, t. I, p. 202, art. 116, núm. 1. Durantón, t. I, p. 329, núm. 422. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 188.

como ha explicado el Ministro de Justicia la economía de la ley en el Consejo de Estado. (1)

La información no liga al juez. Aun cuando estableciera que desde hace cuatro ó diez años desapareció una persona sin dar noticias suyas no obligaría al tribunal á declarar la ausencia. Según el art. 117 el tribunal, al determinar en vista de la demanda, tendrá en cuenta los motivos de la ausencia y las causas que han podido impedir tener noticia del individuo reputado ausente. «Tal sería, dice Bigot-Prémeneu, el proyecto que el ausente habría anunciado de permanecer varios años en alguna región lejana; tal sería la empresa de un viaje por tierra ó mar, que por su objeto ó grandes distancias exigiera un tiempo dilatado. Los jueces podrán también inquirir en las informaciones si ha habido causas particulares que impidan el que reciban noticias del ausente. Tales serían la cautividad, la pérdida de un buque ú otros acontecimientos que pudieran determinar al tribunal prolongar los plazos.» (2)

El poder discrecional confiado al juez promovió reclamaciones en el seno del Consejo de Estado. Bérenger hizo notar que las leyes que dejan demasiada extensión á los tribunales engendran la arbitrariedad y despojan á los ciudadanos de la garantía que debe ofrecerles una justicia imparcial é inmutable. Por el contrario, contestó el Primer Cónsul, las leyes que encadenan al juez y que le quitan toda libertad de acción producen un inconveniente mucho más grave; obligan al juez á dictar sentencias que reprueba su conciencia; es decir, á dar fallos injustos; débese, pues, dejar cierta facultad á los tribunales á fin de que puedan tomar en cuenta las circunstancias de la causa. Thibaudeau apo-

1 Sesión de 24 Fructidor, año IX (Loché, t. II, p. 222, núm. 13). Consúltese la Exposición de los Motivos de Bigot-Prémeneu (Loché, t. II, p. 254, núms. 14 y 15).

2 Loché, *Legislación civil*, t. II, p. 254, núm. 16.

yó las consideraciones presentadas por el Primer Cónsul: la ausencia, dijo, no tolera reglas tan precisas como las demás materias del derecho civil; el legislador está obligado á guiarse por sus presunciones fundadas en probabilidades. Esto significa que los hechos representan un papel importante en la ausencia; ahora bien, los hechos no pueden reducirse á los principios inmutables. Se debe, por lo mismo, dejar al juez el poder de apreciarlos. (1) Esta observación, en concepto nuestro, es concluyente. Cuando la ley puede sentar una regla absoluta debe hacerlo, porque se necesita una ley que ate al juez si se quiere una justicia imparcial. Pero cuando la regla absoluta diera por resultado la iniquidad entonces debe darse cierta facultad al juez.

161. El art. 119 dice que la sentencia de la declaración de ausencia no se pronunciará sino un año después del fallo en que se ordenara la información. Para comprender el objeto de esta disposición se necesita acercarla al art. 118, según el cual los fallos, tanto preparatorios como definitivos, se remitirán al Ministerio de Justicia para que los haga públicos. La publicidad es una garantía de gran valor para el ausente: le hará saber, si vive todavía, que sus presuntos herederos piden la declaración de ausencia á fin de obtener la toma de posesión provisional de sus bienes. Podrá prevenir una y otra dando noticia de su persona. El Primer Cónsul fué quien insistió en el Consejo de Estado sobre la necesidad de dar la mayor publicidad á las medidas, tanto preparatorias como definitivas, prescriptas por los tribunales. Su proposición tuvo alguna resistencia entre los legistas; según éstos, siendo tan activas las relaciones internacionales sería una precaución inútil la publicación de los fallos. El Primer Cónsul contestó que la au-

1 Sesión del Consejo de Estado de 4 Frimario, año X (Loché, t. II, p. 234, núm. 11).

sencia suponía precisamente circunstancias excepcionales y que, en consecuencia, era necesario multiplicar los medios de obtener noticias del ausente. (1)

El Código no reglamenta la publicidad. Bigot-Préame-neu dice en la Exposición de los Motivos que el Ministerio de Justicia empleará no sólo el medio de los papeles públicos sino que también pondrá en juego, en las plazas de comercio, las correspondencias con todas las partes del globo. De esta manera todos los que estén en relación con el ausente podrán dar noticias de su persona y el mismo ausente podrá conocer, por fama, todas las consecuencias perjudiciales de su prolongada ausencia. (2)

SECCION II.—De la toma de posesión provisional.

§ I.—¿QUIEN PUEDE PEDIRLA?

Núm. 1. De los presuntos herederos.

162. El art. 120 dice que los presuntos herederos del ausente, el día de la desaparición de éste ó de sus últimas noticias, podrán, en virtud del fallo que haya declarado la ausencia, obtener la posesión provisional de sus bienes. ¿Por qué convoca la ley á los presuntos herederos de esta época más bien que á los parientes, que son herederos á la hora de la declaración de ausencia? De pronto se tiene la intención de decir que la ley implica un absurdo. Efectivamente: ¿poner en posesión á los presuntos herederos el día de la desaparición ó de las últimas noticias no es suponer que el ausente ha muerto el mismo día en que dejara su domicilio ó el en que escribió su última carta? Hé aquí una presunción que por cierto no estaría fundada en una

1 Sesión del Consejo de Estado de 16 Fructidor, año IX (Loché, t. II, p. 214, núm. 12).

2 Loché, *Legislación civil*, t. II, p. 254, núms. 13 y 17.

probabilidad. Tampoco es una verdadera presunción. Debiase necesariamente fijar una época; la ley, en la incertidumbre absoluta en que se encuentra sobre la suerte del ausente, se ha decidido por aquella en que ha dado la última señal de vida.

Por aplicación del principio sentado en el art. 120 debe decidirse que los hijos concebidos en una época posterior á la desaparición ó á las últimas noticias no pueden obtener la toma de posesión provisional. La consecuencia, por evidente que sea, ha sido debatida; pero la jurisprudencia se ha pronunciado en ese sentido; ¿y cómo es posible vacilar un momento? Es necesario ser heredero á la hora de la desaparición ó de las últimas noticias; ahora bien, ¿se puede ser heredero cuando no se ha sido concebido, cuando no se existe aún? (1)

¿Quiénes son los presuntos herederos que pueden pedir la toma de posesión? Entiéndese por presuntos herederos á aquellos á quienes la ley convoca á la sucesión; en consecuencia, los parientes en el orden en que suceden, y en cada orden los más cercanos en grado, salvo el beneficio de representación. ¿Si no se presentan los herederos más cercanos podrán obtener los demás la toma de posesión? La afirmativa es indudable. Si por lo regular los más inmediatos deben ser puestos en posesión se supone que ellos la piden; pero esta es una facultad de que pueden no hacer uso; su inacción no debe impedir á los demás parientes presentarse. Porque, no lo olvidemos, la ley concede la posesión provisional á los herederos más que en su interés en el del ausente; así, pues, cuando los más cercanos descuidan los intereses del ausente hasta el extremo de no

1 Dos sentencias de la Corte de Tolosa han decidido la cuestión en diferente sentido; no tienen autoridad alguna en presencia del texto expreso del art. 120. Véanse las sentencias de la Corte de Casación de 3 de Diciembre de 1834 (Daloz, *Compilación periódica*, 1835, 1, 135) y sentencia de Douai de 12 de Julio de 1856 (Daloz, 1856, 2, 292)