

ausente. Sólo éste puede apreciar la conducta de su consorte. Si realmente es escandalosa procederá; si no lo es no promoverá el escándalo. ¿Dónde está entonces la inmoralidad de la ley? (1)

251. El art. 139 ha dado lugar además á otras controversias. Si no regresa el ausente puede, no obstante, pedir la nulidad del matrimonio por su *apoderado competente*. ¿Se necesita un poder especial ó bastará un mandato general? No comprendemos que la cuestión sea establecida, y menos aún que haya tanta incertidumbre en la solución que le dan los autores. ¿Cuál es el principio de que parte la ley? Sólo el ausente es admisible para combatir el matrimonio de su cónyuge; es necesario, en consecuencia, que la demanda proceda de él. Sentado esto si no intenta la acción él mismo debe dar poder para hacerlo en su nombre; lo que implica la necesidad de un poder especial. Se ha llegado hasta á sostener que bastaría un mandato general dejado por el ausente antes de su partida. Podría, pues, ser combatido y anulado el matrimonio, aun sin que el ausente supiera que había tal matrimonio, cuando la ley exige que sólo él lo combata si lo estima conveniente. (2)

El artículo 139 agrega que el *apoderado del ausente* debe estar provisto de la prueba de su existencia. Si se necesita un poder especial, se dice, ¿para qué el certificado de vida? Es indudable que un poder auténtico prueba que en el momento en que se ha dado vive el ausente. Pero la acción puede ser intentada después de un plazo más ó menos largo desde la fecha que lleve el mandato. Entonces el poder, aunque sea auténtico, no es bastante.

1 La opinión general es contraria (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 532).

2 Véase, acerca de las diversas opiniones, á Demolombe, t. II. página 344, núm. 263.

Siempre sería insuficiente si estuviere dado por acta bajo simple firma, porque semejante documento no hace fe de su fecha. Es necesaria, de consiguiente, la prueba de que el ausente vive en el momento en que se intenta la acción. (1)

SECCION II.—De los derechos eventuales que pueden competir al ausente.

252. El art. 135 establece como principio general: «Cualquiera que reclamare un derecho perteneciente á un individuo cuya existencia no estuviere reconocida deberá probar que dicho individuo existía cuando el derecho ha comenzado; hasta esta prueba será declarado no admisible en su demanda.» Eso supone que el derecho llega á comenzar después de la desaparición de aquel que podría reclamarlo si vivía en el momento en que el derecho comienza; si en ese momento está ausente en el sentido legal de la palabra es claro que no puede reclamarlo personalmente; tampoco podrían hacerlo su *apoderado* ó sus acreedores, porque el que intenta una demanda judicial debe probar el fundamento de su demanda; ¿y cuál es, en este asunto, el fundamento de la demanda? La existencia de aquel en cuyo beneficio se pretende que comienza un derecho, porque si ya no vive su derecho ha caducado y ya no existe. Ahora bien, cuando está ausente el interesado hay incertidumbre sobre su vida y sobre su muerte; es, pues, imposible probar su existencia; de consiguiente, no se puede reclamar un derecho en su nombre; los que lo intentaran deberían ser declarados no admisibles. Esto es lo que el Código llama *derechos eventuales que pueden competir al ausente*.

1 Todavía hay diversas interpretaciones (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 533).

El art. 136 contiene una aplicación del principio. Se abre una sucesión á la cual sería llamado el ausente si viviese. ¿Pueden sus acreedores ó su apoderado pedir que el ausente sea representado en la partición y que se le aplique la parte que le pertenece en virtud de la ley? Nó, puesto que no pueden probar que el ausente vivía aún en el momento en que fué abierta la sucesión: por lo mismo, serían declaradas no admisibles. Lo mismo es respecto de todo derecho eventual que comenzara durante la ausencia en beneficio del ausente. Se hace un legado al ausente; para que pueda reclamarse en su nombre es necesario probar que el ausente existía á la muerte del testador si el legado es puro y simple, y el día del cumplimiento de la condición si el legado es condicional; hasta aquí no serán admisibles los demandantes (arts. 1039-1040). El ausente es instituido heredero derivado de un contrato; fallece el donador; ¿se pueden reclamar los bienes á nombre del ausente? Nó, á no ser que se pruebe que existía cuando la apertura de la herencia. Un donador ha estipulado el derecho de reintegro, desaparece, y muere el donatario; para ejercitar el derecho de reintegro en nombre del ausente se necesita probar que vivía cuando acaeció la muerte del donatario. Un cónyuge estipula una donación en caso de supervivencia, ó cualquier otro derecho que no comience sino con la condición de que sobreviva, y desaparece; no pueden reclamarse estos derechos si no es probando que ha sobrevivido. El ausente es acreedor de una renta vitalicia; no se puede reclamar el pago de los atrasos en su nombre sino probando su vida en la época del vencimiento (artículo 1983). (1)

253. ¿Se aplica el principio si empieza el derecho du-

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. I, pp. 444 y siguientes, núms. 537 y 545.

rante la presunción de ausencia? Sin vacilar contestamos que sí. El texto del art. 135 está concebido en los términos más generales: «Cualquiera que reclame un derecho perteneciente á un individuo *cuya existencia no estuviere reconocida*.» Ahora bien, desde que hay presunción de ausencia la existencia de aquel que ha desaparecido no está reconocida, puesto que es dudosa; eso basta para decidir la cuestión. Hay más. El proyecto del Código se servía de la palabra *ausente*; esta expresión habría podido dar lugar á duda, toda vez que no se emplea de ordinario más que para designar á aquel cuya ausencia es declarada; para quitar toda duda se substituyó con estas palabras: *cuya existencia no estuviere reconocida*. Haciendo abstracción de los textos bastarían para decidirlo así los principios generales del derecho. Sin embargo, Maleville sostiene la opinión contraria; esta doctrina no ha encontrado eco, y si hacemos mención de ella es sólo para demostrar que es necesario precaverse de seguir á tan grande autoridad en las discusiones preparatorias; Maleville es uno de los autores del Código; tomó parte en las deliberaciones del Consejo de Estado hablando acerca del art. 135; ¿quién no creería que ninguno mejor que él debía conocer el espíritu de la ley? No obstante, en el sentir de todos está engañado. Hay una consideración que lo ha ofuscado y que realmente fué presentada como objeción en el Consejo de Estado. ¡Cómo, se dice, bastará que una persona deje su domicilio para que desde el siguiente día se le rechace de una sucesión á la cual este llamado! Nó, no bastará que los coherederos del ausente declaren que no reconocen su existencia. El tribunal es el que decidirá, en caso de disputa, y el tribunal no admitirá la presunción de ausencia si no hay realmente incertidumbre y duda sobre la vida de aquel que ha desaparecido sin dar noticia de su persona. La juris-

prudencia, lo mismo que la doctrina, está en este sentido. (1)

254. La jurisprudencia aplica el principio del art. 135 en todos los casos en que se dispute la vida del ausente y en que el término del litigio dependa de su existencia. Se trata de calcular el total de la reserva y de la cuota disponible; está ausente uno de los herederos reservativos; ¿pueden los otros pedir que se le considere para determinar la cifra de su reserva? Nó, en verdad, porque eso sería prevalerse de la vida del ausente cuando es dudosa su existencia; sería admitir al ausente á que tomara parte en la reserva; ahora bien, la reserva es una parte de la herencia; para tener derecho á ella se necesita ser heredero; es necesario, pues, existir cuando comienza el derecho á la reserva; de consiguiente, aquel cuya existencia no está reconocida no puede ser reservativo. La reserva será, por lo mismo, calculada como si el ausente no existiera, á no ser que los coherederos del ausente prueben que vivía á la hora de la apertura de la herencia. La Corte de Burdeos lo ha decidido así, lo mismo que la Corte de Casación. (2)

255. ¿Qué sucede con los derechos que habría podido reclamar el ausente si su existencia estuviere probada en el momento en que comenzaron? No estando admitido el ausente para ejercitarlos, puesto que su vida es dudosa, debe decidirse que los derechos serán recogidos por los que hubiesen sido llamados á ejercitarlos si el ausente hubiera muerto. Así es como el art. 136 aplica el principio cuando se trata de una sucesión: «La sucesión será devuelta exclusivamente á aquellos con los cuales habría tenido que concurrir el ausente, ó los que la hubieren recogido en su defecto.» De lo que resulta que los que llegan á una suce-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 477-480 y 482.

2 Véase la jurisprudencia en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 493.

sión, en defecto del ausente, no tienen ninguna prueba que substentar. La razón de esto es muy obvia; no son demandantes; el ausente es el que demanda su parte en una herencia; los que promueven en su nombre son rechazados, porque no pueden probar que vivía el ausente el día de la apertura de la herencia; los herederos presentes suceden porque están llamados por la ley; en cuanto al ausente está considerado como si no existiera. (1)

Este principio nos servirá para decidir una cuestión que antes era calurosamente debatida. ¿Son admitidos los hijos del ausente para representar á su padre ausente en las sucesiones de que es excluido porque no está reconocida su existencia? Nó, dice Proudhón, porque no se representa más que á los que ya murieron. Los hijos deberían probar, pues, que su padre había fallecido el día de la apertura de la herencia; ahora bien, no pueden rendir esta prueba, puesto que son igualmente dudosas la vida y la muerte de su padre. No entraremos en el detalle de la controversia; puede verse en Merlín y en Dalloz. La opinión de Proudhón no encuentra ya partidarios. Si se considera desde el punto de vista exclusivo de los principios que rigen la representación el razonamiento de Proudhón es irrefutable. Pero estamos en materia de ausencia; en razón de la ausencia del padre es como se rechaza de la sucesión á la que tendría derecho si hubiera vivido cuando fué abierta; se le considera, pues, como si ya no existiera, como si hubiese muerto. Desde ese punto debe admitirse á sus hijos para que le representen. En ese sentido es en el que deben entenderse estas palabras del art. 136: *ó aquellas que la hubieren recogido en defecto suyo*. La razón está de acuerdo con los principios de derecho. En la doctrina de Proudhón se

1 Este principio se halla establecido en muchas sentencias (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 504 y siguientes.

comienza por rechazar de la sucesión al padre; ¿por qué? Porque á falta de la prueba de su vida se le considera como muerto. Luego se rechaza á sus hijos; ¿por qué? Porque á falta de la prueba de su muerte se le considera como vivo. Hé ahí al ausente á la vez muerto y vivo. (1) La jurisprudencia se ha declarado por los hijos. (2)

256. Cuando el ausente es excluido del ejercicio de un derecho es porque no se puede probar su vida. Empero es posible que viva, y si reaparece no hay para qué decir que tendrá una acción contra los que han recogido el derecho en defecto suyo; el art. 137 lo dice expresamente. ¿De que los que han recogido los bienes en defecto del ausente debiendo restituirlos si éste reaparece se deducirá que están obligados á medidas conservadoras en vista de esta eventualidad? El silencio de la ley decide la cuestión. No prescribe ninguna garantía, ni inventario, ni fianza, ni venta de los muebles, ni empleo del numerario. Ahora bien, el intérprete no puede crear obligaciones, sólo el legislador tiene este poder. Hay tribunales que han sometido á los coherederos del ausente á formar inventario; ciertamente la medida sería útil y necesaria, aun para proteger los derechos eventuales del ausente. Sin embargo, los autores tienen razón de rechazar esta jurisprudencia. Merlin hace de esto una crítica muy sutil. «Los jueces, dice, han sido más sabios que la ley.» (3) Pero no es permitido al intérprete ser más sabio que el legislador; sería darle el derecho de corregir la ley; es decir, hacerla; debe aceptarla tal como es.

Pregúntase por qué el legislador, que muestra tanta so-

1 Proudhón, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, ps. 347 y siguientes; Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausente*, art. 136, número 6 (t. I, p. 91).

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 509 y 510.

3 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausente*, art. 136, núm. 4 (tomo I, p. 83).

licitud por el ausente, ha descuidado sus intereses cuando se trata de los derechos eventuales que puedan competarle después de su desaparición. Se contesta que la ley cuida de que los bienes del ausente sean conservados y administrados; pero cuando se abre una sucesión los bienes que formarían la parte del ausente, si viviese, no le pertenecían ya, son propiedad de sus coherederos; siendo éstos propietarios pueden administrar y disponer á su antojo; la ley no podía someterlos á restricciones incompatibles con el derecho de dominio que les reconoce. A eso se contesta, y la respuesta es concluyente, que es muy cierto que los coherederos del ausente son propietarios; pero también es cierto que su propiedad será revocada si regresa el ausente. Este tiene, pues, un derecho eventual á los bienes recogidos por sus coherederos; este derecho debería estar garantizado y no lo está. Los sucesores irregulares también son propietarios llamados por la ley á suceder; con todo eso la ley los obliga á formar inventario, á dar fianza, á vender el mobiliario y á hacer empleo del efectivo (arts. 769 y 771). ¿Para qué? Para proteger los derechos de los herederos legítimos que puedan presentarse, aunque sea poco probable que se presenten, no teniendo lugar la posesión de los sucesores irregulares sino después de las publicaciones é informaciones (art. 770); mientras que el ausente es rechazado sin que haya habido publicación y sin garantía ninguna. En vano se buscaría la razón de esta diferencia. (1)

257. Hay, pues, una notable diferencia entre los que adquieren la posesión provisional y los que recogen derechos en defecto del ausente: los primeros no son más que depositarios y administradores; los otros son propietarios. Síguese de ahí que los coherederos del ausente pueden

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, ps. 238 y siguientes, núm. 213.

disponer de los bienes que recogen en su defecto; pueden hipotecarlos; pueden administrar y disfrutar no con el poder limitado de un administrador sino con el poder ilimitado del propietario. Se ha juzgado por aplicación de este principio que los acreedores de los herederos presentes pueden perseguir la venta de los bienes que han recogido en defecto del ausente. A decir verdad ya no hay porción del ausente, puesto que está considerado como si no existiera; los bienes que hubiere recogido, si vivía aún, entran en el dominio de los herederos presentes, no como parte del ausente sino como parte suya; se confunden, pues, epteramente con su patrimonio. Se ha pretendido que los acreedores, tomando los bienes que pertenecerían al ausente si viviera, deben probar su muerte. La Corte de Rouen ha decidido, con razón, que los acreedores no están obligados á rendir esta prueba, porque no toman los bienes del ausente, toman los bienes del heredero su deudor. (1)

258. El art. 137 reserva al ausente ó á sus representantes las acciones en solicitud de herencia y de otros derechos. Esta última expresión concuerda con el art. 135 que establece el principio general aplicable á todo derecho eventual. Cuando el ausente ha sido rechazado de una sucesión legítima, testamentaria ó derivada de un contrato, tiene la acción en solicitud de herencia contra los que han recogido y poseen su parte hereditaria. Si son otros derechos que no han podido ejercitar porque no estaba reconocida su existencia podrá, si regresa, ejercitar las acciones que son inherentes á los derechos que reclama. Si es una renta vitalicia cuyo pago ha sido suspendido durante su ausencia tendrá una acción personal contra el deudor ó sus representantes. (2)

1 Sentencia de 30 de Mayo de 1818 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 508).

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, p. 243, núm. 214.

El art. 137 agrega que los derechos del ausente no se extinguirán sino por el lapso de tiempo establecido para la prescripción. ¿Por qué no ha señalado la ley el plazo de la prescripción? Porque puede diferir según los diversos derechos y según las diversas acciones que pertenecen al ausente. ¿Es una petición de herencia? La prescripción es de treinta años. ¿Son atrasos de una renta vitalicia? La prescripción es de cinco años (art. 2277). El ausente puede también promover en reclamación; mejor dicho, debe intentar esta acción contra los que poseen los bienes que reclama, no como heredero sino bajo otro título, tal como de venta, donación ó cambio. Existe una notable diferencia entre la acción de reclamación y la de solicitud de herencia en lo que concierne á la prescripción. La primera dura también treinta años, pero el poseedor puede oponer la usucapación al propietario que reclama; en este caso el derecho del ausente extinguirá á los diez ó veinte años si el poseedor reune todas las condiciones requeridas para usucupar.

259. El Código de Napoleón no habla de la acción en solicitud de herencia. De ahí nacen numerosas dificultades que examinaremos en el título *De las Sucesiones*. Por el momento nos limitaremos á mencionar el artículo 138 que dice: "Mientras el ausente no se presente ó no fueren ejercitadas las acciones por su parte los que hubieren recogido la sucesión harán suyos los frutos percibidos de buena fe." Esta es la aplicación del principio de que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos (artículo 549). En derecho romano no se aplicaba este principio al heredero aparente sino con modificaciones que no fueron admitidas por la jurisprudencia francesa. El Código acepta, pues, un principio tradicional. De aquí resulta una notable diferencia entre los que adquieren la posesión provisional y los coherederos presentes que poseen la parte del ausente. Es-

tos ganan todos los frutos como poseedores de buena fe, mientras que los que adquieren la posesión no ganan más que una parte de los frutos proporcionalmente á la duración de la ausencia. Ya hemos indicado la razón de la diferencia. Los que adquieren la posesión no son más que administradores; lo que excluye la idea de una posesión de buena fe, porque el poseedor de buena fe posee como propietario. Los coherederos del ausente poseen á título de propietarios, puesto que la ley los llama á la sucesión en defecto del ausente, y la sucesión es un título translativo de propiedad. Son de buena fe en tanto que ignoran la existencia del ausente; desde el momento en que sepan que el ausente vive todavía no pueden ya considerarse como propietario; son, pues, de mala fe en el sentido legal de la palabra y, por ende, deben restituir los frutos que perciban á contar de este momento. (1)

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 618, 622 y 624.

TITULO V.

DEL MATRIMONIO (1)

CAPITULO I.

DE LA NATURALEZA DEL MATRIMONIO.

260. El Código no define el matrimonio. Portalis da la siguiente definición en la Exposición de los Motivos: «El matrimonio es la sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse con socorros mutuos á llevar el peso de la vida y para participar de su común destino.» El Orador del Gobierno no dice que el matrimonio es un contrato, pero si la palabra no está en su definición si está la esencia; al calificar el matrimonio de sociedad lo considera por ese mismo hecho como un contrato. Esta es la doctrina tradicional; Pothier se hace el órgano de ella y se expresa enérgicamente denominando á la unión del hombre y de la mujer *contrato de matrimo-*

1 Vazeille, *Tratado del matrimonio*, 2 vols. (París, 1825).