

ha dejado de comparecer en el lugar de su último domicilio ó en el de su última residencia sin que haya noticias de su paradero.

425. La condición jurídica del que puede ser calificado de ausente en el sentido técnico de la palabra, ha merecido especiales consideraciones de parte de las leyes, las cuales, debiendo atender á la tutela de los intereses de las personas, de la familia y de los terceros, han debido tomar naturalmente en consideración el estado de cosas que se sigue del hecho de una persona que no se halla presente por sí ni por medio de representante legítimo en el lugar en donde se encuentra el centro de sus negocios y de sus intereses, para proveer á la conservación de su patrimonio y á la tutela de todos sus derechos. Además de la necesidad de proveer con solícito cuidado á la tutela de los intereses de la persona misma, que habiendo cesado de comparecer no se tienen noticias de ella, existe la no menos imperiosa de defender los intereses de los terceros que pueden tener derechos sobre los bienes del ausente, los cuales se deteriorarían si quedasen abandonados y como sin dueño; y existe además el interés social de que no se interrumpa por tiempo indeterminado la transmisión regular de los bienes.

Todas estas graves razones y otras que omitimos, prueban que la condición jurídica de aquel que puede ser legalmente calificado de ausente, constituye por sí misma una situación jurídica completamente especial, y que debe regirse por disposiciones particulares.

Los legisladores han tenido en cuenta la situación de una persona que no se halla presente en el lugar en que hay que proveer á la tutela de sus intereses. Así, por ejemplo, el legislador italiano se ocupa de ella en el Código de procedimiento civil, artículos 848, 849, 868, etc., y en los arts. 135 y 255 del Código civil, y en otros; y el legislador francés dispone también, respecto de este punto, lo que estima procedente, en los arts. 909, 910, 928 y otros del Código de procedimiento civil. Nosotros no vamos á ocuparnos de estas disposiciones especiales que, cuando deban ser aplicadas, habrán de serlo en aquella parte que provea á la representación de una persona no presente, ya se trate de los procedimientos en un litigio, ya de un acto conservatorio,

CAPITULO VI

De la ausencia.

424. Carácter jurídico de la ausencia.—**425.** Las leyes tienen en cuenta esta condición y la del que no está presente.—**426.** Las disposiciones relativas á la ausencia son distintas aun para aquella que se refiera al concepto mismo de la institución.—**427.** Es necesario determinar la ley que debe aplicarse.—**428.** Teorías de Brocher, de Laurent, de Borde y de Rocco.—**429.** Nuestra opinión.—**430.** Casos en que debe aplicarse la ley territorial.—**431.** Casos en que debe aplicarse la ley personal.—**432.** Del Tribunal competente para declarar la ausencia y de la ley á que debe ajustarse.—**433.** No puede justificarse la distinción entre las relaciones personales y las patrimoniales que se derivan de la ausencia bajo el punto de vista de la ley aplicable á las mismas.—**434.** Absurdos que se derivan del establecimiento de esta distinción.—**435.** Cómo puede obtenerse la posesión provisional de los bienes de un ausente con arreglo á la ley personal.—**436.** Condición jurídica del ausente: en el período que precede á la declaración de fallecimiento debe depender de la ley personal del difunto.—**437.** Cómo puede aplicarse la ley territorial respecto de los derechos sobre los bienes.—**438.** Eficacia internacional de la sentencia declaratoria de la ausencia.—**439.** Los principios del derecho científico no siempre están de acuerdo con los sancionados por las leyes positivas.

424. Entendida en el sentido vulgar, denota la palabra *ausente* aquel que no se halla presente en un lugar determinado, ó el que se encuentra lejos de su residencia habitual. Los mismos legisladores han adoptado esta palabra atribuyéndola este significado. Esto ha hecho, por ejemplo, el legislador italiano, que en el art. 166 del Código civil adoptó la palabra *ausente* para expresar la condición de aquel que no se halla en el lugar en que ha nacido el hijo que se niega á reconocer por suyo; y en este mismo sentido se emplea la palabra *ausencia* en el art. 255.

En el sentido técnico se denomina *ausente* á la persona que

ya del ejercicio de los derechos particulares correspondientes á la persona. Siempre que la existencia de ésta sea cierta, la falta de presencia puede provocar también ciertas providencias indispensables para regular la marcha de los actos jurídicos, pero aquéllas son de naturaleza esencialmente distinta de las concernientes á la persona cuya existencia es incierta por falta de noticias suyas desde una fecha más ó menos remota.

De esta última condición y estado de cosas es de la que vamos á ocuparnos, y á investigar cuál es la ley de que debe depender la declaración legal de ausencia y todos los efectos que de ella se derivan, tanto respecto de los bienes, como respecto de los derechos y de los intereses de terceros.

426. Conviene ante todo manifestar que las disposiciones de derecho positivo en materia de ausencia, son muy diversas. En efecto, en lo concerniente al tiempo exigido para provocar la declaración de ausencia, dispone la ley italiana que, después de tres años continuados de ausencia presunta, ó después de seis cuando el ausente haya dejado procurador para administrar sus bienes, pueden pedir al Tribunal que se declare la ausencia de los presuntos herederos legítimos, y en caso de oposición, los testamentarios y todos los que se crean tener derechos que dependan de la muerte del ausente (1). El Código francés concede este derecho á los interesados después de cuatro años (2). El holandés exige cinco años, si el ausente no dejó procurador ó representante, y diez años en caso contrario (3). El Código prusiano establece

(1) Art. 22 del Código civil. Respecto de la declaración y concepto de la ausencia con arreglo al Código civil italiano, véase Colamackino, *Elementi di diritto civile italiano*, t. I, págs. 69 y siguientes.

(2) Art. 215 del Código civil.

(3) Arts. 520, 523 y 526 del Código civil holandés.

La ley de 9 de Julio de 1855 ha modificado los arts. 523, 526 y 549 del Código holandés, respecto de aquellos que desaparecen á consecuencia de siniestros marítimos presuntos ó conocidos, limitando respecto de éstos el tiempo á tres años, cuando se compruebe que el ausente formaba parte de la tripulación ó de los pasajeros de un buque de que no se hayan tenido noticias, y á un año cuando el ausente haya desaparecido á consecuencia de un siniestro

que la declaración de muerte puede provocarse por el pariente más próximo ó por el tutor del ausente si han transcurrido diez años desde que se tuvieron las últimas noticias (1). El Código austriaco contiene las siguientes disposiciones: un ausente sólo puede reputarse muerto en los siguientes casos: si tiene ochenta años de edad y no ha habido noticias de él desde diez años antes, á contar de la época de su desaparición; si no se tienen noticias de él desde hace treinta años; si fué gravemente herido en una batalla, ó si se hallaba en un barco que haya naufragado y no se tienen noticias durante tres años (2).

Conviene, sin embargo, tener presente que el procedimiento exigido para pronunciar la declaración de ausencia, es también distinto según las diversas leyes.

El concepto mismo de la ausencia y su fundamento jurídico no es ciertamente uniforme en los diversos sistemas legales. Nuestro legislador, por ejemplo, considera al ausente como un hombre cuya existencia es incierta, y como sostiene en principio que nadie puede ser admitido á reclamar un derecho en nombre de una persona cuya existencia se ignore, si no prueba que ésta existía cuando nació el derecho, atiende á regular la condición jurídica de la persona, cuya existencia es incierta y las consecuencias que de ello se derivan. Por esto concede primeramente la posesión temporal de los bienes del ausente, y sólo cuando la ausencia ha continuado por espacio de treinta años después de dada la posesión temporal ó que hayan transcurrido cien años después del nacimiento del ausente, y exceda por lo menos tres años el período transcurrido desde que se tuvieron las últimas noticias, concede la posesión definitiva, que debe darse por el Tribunal á instancias de las partes interesadas. El Código austriaco, por el contrario, equipara la ausencia á una presunción de muerte, y no admite la posesión provisional, por más que conceda á los interesados, cuando llegue el caso, la facultad de pedir que se haga

marítimo que haya ocasionado la pérdida del referido buque, ó de una parte de la tripulación ó de los pasajeros.

(1) Art. 82 del Código civil.

(2) Art. 24 del Código civil.

la declaración de muerte, y cuando ésta se haya hecho y haya pasado en autoridad de cosa juzgada, considera la sentencia eficaz para establecer en derecho como día de la muerte del ausente aquel en que ésta haya sido pasada en autoridad de cosa juzgada (1). Conviene añadir que, con arreglo al referido Código, la declaración de muerte no despoja al ausente de los derechos que le corresponden, sino respecto de las personas que hayan provocado dicha declaración, pues respecto de las demás, el ausente está equiparado á los presentes.

427. Sin detenernos demasiado exponiendo cuán diversas son las leyes que regulan la ausencia, consideramos suficiente lo dicho para dar á conocer cómo de aplicar una ú otra ley pueden derivarse graves consecuencias jurídicas, tanto en lo concerniente á la condición legal de la persona, cuanto en lo que se refiere á los derechos correspondientes á los terceros sobre los bienes del ausente.

¿Cuál debe ser la ley que ha de regular por sí misma la condición que se deriva de haber llegado á ser incierta la existencia de una persona á consecuencia de la falta de noticias suyas durante un tiempo más ó menos considerable? ¿Cuál la que debe regular las medidas prescritas en esta situación excepcional, los derechos correspondientes á terceros y á los interesados, y todas las consecuencias jurídicas de la ausencia respecto del patrimonio dejado por el ausente?

Los jurisconsultos han discutido mucho acerca de la naturaleza de la ley que regula la ausencia, esto es, acerca de si debe reputarse que forma parte del estatuto personal ó del real para poder deducir de la naturaleza misma de la ley el criterio para decidir si todo debe depender del país que debe regir la condición jurídica de la persona, ó de la del lugar en donde se hallen situados los bienes de que se trate, y han sido diversas las conclusiones á que unos y otros han llegado.

428. Según Brocher, las disposiciones concernientes á la ausencia forman parte del estatuto real, porque atienden principalmente á conservar las cosas y los derechos que á las mismas

(1) Arts. 267 y siguientes del Código civil.

se refieren. Admite que debe aplicarse la ley personal únicamente en lo que concierne á los efectos que de la ausencia deben derivarse respecto á considerar disuelto el matrimonio, al cuidado y vigilancia de los hijos, al ejercicio de la patria potestad, etcétera, etc. (1).

Laurent dice que convendrá admitir en principio que la ausencia es personal, por más que él se inclina á dar la preferencia á la teoría tradicional, que considerando que las disposiciones tienen principalmente por objeto conservar los bienes pertenecientes al ausente y á su familia, reconoce en ellos el carácter del estatuto real. El insigne jurisconsulto discute con mucha benevolencia la opinión manifestada por mí anteriormente, esto es, la de que en las disposiciones sobre la ausencia predomina el carácter del estatuto personal (2).

Barde sostiene con más decisión que la ausencia debe regirse por la *lex rei sitæ*, porque en resumen, todo se reduce, según él, á un cambio de la condición jurídica de los bienes, y en nada se modifican el estado y la capacidad del ausente con la declaración de ausencia (3).

Rocco, que había sido el primero en discurrir acerca de este argumento, creyó conveniente distinguir el hecho jurídico de la ausencia en lo que ésta atañe ó se relaciona íntimamente con el estado de la persona, por lo cual dice que entra en el dominio de la ley personal en lo concerniente á los efectos reales que se derivan de ésta sobre los bienes del ausente, para los cuales debe prevalecer, á juicio suyo, la *lex rei sitæ*. De estas premisas deduce el escritor que «para la posesión provisional de los bienes del ausente, para saber á quién debe concederse aquélla y cuánto tiempo ha de transcurrir, y cómo debe arreglarse la administración de los bienes, si exigiendo ó no fianza, cuánto tiempo debe durar ésta y como deben repartirse los frutos en caso de que reaparezca el ausente, y respecto de otras cosas análogas, todo depende de la ley del lugar donde la cosa se halle situada, y debe

(1) Brocher, *Cours de Droit intern. privé*, t. I, §§ 85 y 86.

(2) *Droit civil international*, t. VI, §§ 336 y sigts.

(3) *Theorie traditionnelle des statuts*, p. 109.

hacerse, por consiguiente, la distinción de los bienes muebles é inmuebles. En suma, cuando la autoridad del domicilio haya proclamado la ausencia, cada Estado aplicará, respecto de los bienes situados dentro de los límites de su país, los efectos jurídicos de la ausencia con arreglo á las exigencias de las leyes territoriales (1)

429. En cuanto á nosotros, no creemos necesario variar esencialmente la opinión que antes hemos manifestado (2), esto es, que así como las disposiciones, concernientes á la ausencia, tomadas en sí mismas, tienen por objeto proteger los intereses de la persona ausente y los de su familia, la competencia legislativa para proveer á esta tutela debe atribuirse en principio á la soberanía del Estado de que es ciudadano el ausente, y reconocemos, por tanto, en la ley relativa el carácter predominante del estatuto personal. Concedemos lo observado por Barde y por Laurent, esto es, que la ausencia no produce un verdadero cambio de estado y de capacidad, puesto que el ausente no ha sido considerado por el legislador como una persona cuya condición social sufra una modificación de la que se derive un cambio de capacidad; pero siempre parecerá que la ausencia constituye por sí misma una condición jurídica especial y completamente excepcional que coloca á la persona en la incapacidad de hecho de administrar sus bienes y ejercitar sus propios derechos, y que exige, por consiguiente, la obra del legislador y el ministerio de la ley.

De cualquier modo, es lo cierto que todos los legisladores han provisto, más ó menos ampliamente, á la protección de los intereses de las personas que desaparecen y dejan abandonados familia y patrimonio, porque á ellos incumbe proteger á todos aquellos que forman parte de la sociedad civil, y que tienen derecho á ser protegidos por la ley que la gobierna; de aquí que la ley sobre la ausencia no tenga otro objeto directo que el de re-

(1) *Diritto civile internazionale*. parte 3.^a, cap. XXVIII.

(2) Véanse los §§ 74 á 77 de la primera edición de esta obra, publicada en 1869 (Florenca, Le Monnier).

gular la condición jurídica de aquel *que no se sabe si existe ni en dónde existe*. Ahora bien: así como la ley que tiene este objeto no puede ser otra que aquella bajo cuyo imperio vive civilmente el individuo, y por la que debe ser protegido, conviene admitir que la competencia legislativa debe atribuirse al soberano del Estado de que la persona desaparecida era ciudadano.

¿Qué interés puede tener el soberano territorial de regir con sus propias leyes la condición jurídica de un extranjero que no se sabe si existe ni dónde se halla? ¿Es acaso él el llamado á regular, con sus leyes propias, los derechos y los intereses de aquél y los de su familia? Ora se considere que la ausencia produce, bajo cierto aspecto, las mismas consecuencias que de la sucesión se derivan, puesto que aquélla representa una especie de apertura anticipada de la misma; ora la sucesión y los efectos que de ella se derivan deban ser regidos por la ley personal de aquel de cuya herencia se trata, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se hallen, siempre se llegará á fundamentar más la regla que tiende á establecer en principio la preferencia de la ley personal de aquel que ha desaparecido y del cual no se tiene noticias.

430. Por lo demás, debemos notar que esta ley no puede aplicarse, bajo todos sus aspectos, para regular, con arreglo á la misma, la ausencia y todas las consecuencias jurídicas que de ellas se derivan, puesto que entre las providencias que tienden á proteger los intereses de los ausentes y los de las personas presentes que puedan tener relación con ellos, y á conservar el patrimonio abandonado por el que ha desaparecido, existen algunas que deben mirarse como medidas de policía motivadas por la obligación social que incumbe á toda soberanía de proteger los intereses de las personas y la conservación de las cosas en el territorio del Estado, y de proveer á la custodia de todo ello. Tales son todas las medidas provisionales conservativas, según la ley territorial, en el tiempo que precede á la declaración de ausencia, como son, por ejemplo, las consignadas por la ley italiana en el art. 21 del Código civil, que proveen á que se nombre uno que represente al ausente en juicio y en la formación de los inventarios y arreglo de cuentas, y en las liquidaciones y divi-

siones en que aquél se halla interesado, y la que atribuye al Tribunal la facultad de decretar todas aquellas medidas que considere necesarias para la conservación del patrimonio, cuando haya simple presunción de ausencia.

Así como estas disposiciones y otras análogas sancionadas por la ley de los demás Estados se refieren directamente á la conservación de las cosas y de los derechos que con ellas se relacionan, así también deben considerarse como disposiciones de policía y de seguridad, y tienen, por consiguiente, la misma autoridad que compete á la ley territorial ó al estatuto real.

431. Consideramos, por el contrario, que debe aplicarse la ley personal cuando llegue el caso de hacer una declaración de ausencia ó de fallecimiento, porque así como corresponde á cada soberanía el derecho de proteger los intereses de las personas ligadas con ella por relaciones de ciudadanía, y los de sus familias, aun sobre los bienes que les pertenezcan y que se hallen situados en territorios extranjeros, siempre que del ejercicio de este derecho no se derive ofensa alguna para los de la soberanía territorial, y así como el soberano del país no puede tener interés alguno en reglamentar con sus propias leyes las relaciones de una familia extranjera respecto del patrimonio familiar ó las de los herederos testamentarios que puedan tener sobre los bienes del ausente derechos que dependan de la muerte de éste, parece también que respecto de tales providencias debe admitirse preferentemente la competencia de la ley personal, que debe regir las relaciones de las personas sobre su patrimonio y la transmisión del mismo á los que puedan tener derechos dependientes de la muerte de aquéllas.

Como consecuencia de estos principios, opinamos, por ejemplo, que si un holandés domiciliado en Italia ha dejado de comparecer en el lugar de su último domicilio ó en el de su última residencia sin que se tenga de él noticia alguna, todos los que puedan tener derechos sobre los bienes de la persona desaparecida dependientes de su fallecimiento, no podrá pedir á nuestros Tribunales que se declare la ausencia transcurridos tres años á contar del día en que se tuvieron las últimas noticias, con arreglo á lo dispuesto en el art. 22 del Código civil italiano.

¿Cómo admitir que nuestra ley, que no es la llamada á arreglar la sucesión legítima ó testamentaria de un holandés, pueda ser la llamada á regularla cuando se trate de atribuir derechos dependientes de su muerte?

En el sistema que admite que la sucesión inmueble debe regirse por la *lex rei citæ*, puede justificarse la teoría que hace depender de la ley territorial los derechos eventuales sobre el patrimonio del ausente; pero en el sistema que hemos demostrado que debe ser preferido, y que hace depender la transmisión del patrimonio de una persona por causa de muerte, de la ley personal de aquélla, hay que sostener, para ser consecuentes, que todo el sistema de la ausencia está sometido por las mismas razones á la ley personal del ausente. En el caso propuesto, y tratándose de un holandés, habría que referirse á lo dispuesto por el Código civil de los Países Bajos, que considera la declaración de presunción de muerte como el fundamento de los derechos y de las obligaciones de los presuntos herederos y de los demás interesados que dependen de la presunción de muerte del ausente. Nosotros no vemos en todo el sistema que regula la ausencia el carácter de las leyes de policía y de seguridad, como ha sostenido Brocher, el cual ha opinado que debe aplicarse la ley territorial, porque ha considerado que todas las disposiciones están comprendidas en aquellas á que se refiere el primer aparte del art. 3.º del Código civil francés. Parece, por el contrario que, considerado en su conjunto, presenta el sistema de la ausencia el mismo carácter que el estatuto sucesorio y que debe estar sometido á las mismas reglas que la ley de sucesión.

432. La cuestión que á nuestro modo de ver puede surgir naturalmente no es la que concierne á la ley con arreglo á la cual debe declararse la ausencia, sino por el contrario, la que concierne á la competencia del Tribunal llamado á hacer la declaración de ausencia ó de presunción de muerte. No es este el lugar oportuno para tratar ampliamente esta cuestión, y sólo haremos notar que el simple hecho de hallarse en un Estado los inmuebles sobre los cuales creen los interesados tener derechos dependientes de la muerte de la persona que haya desaparecido, puede legitimar la competencia del Tribunal territorial en cuanto se re-