

fiere á las medidas provisionales y conservatorias sancionadas por la *lex rei sitæ* para la conservación de los bienes; pero no puede atribuirse del mismo modo al Tribunal territorial la competencia para hacer la declaración de ausencia. Esto debe atribuirse principalmente á los Tribunales nacionales de la persona que haya desaparecido del lugar de su último domicilio ó del de su última residencia, aun cuando la persona se halle domiciliada ó resida en el extranjero.

Puede, además, considerarse competente el Tribunal del último domicilio ó residencia de la persona, porque en realidad, por la naturaleza misma de las cosas no puede pronunciarse la declaración de ausencia sin más conocimiento de causa que el lugar del último domicilio ó de la última residencia, porque sólo allí pueden recogerse las pruebas y apreciarse las causas más ó menos probables de la marcha y de la falta de noticias de la persona (1). De cualquier modo, aparte la cuestión de competencia, nos ratificamos en la opinión anteriormente sostenida, esto es, en la de que cuando el Tribunal de un Estado pueda considerarse competente para dictar la declaración de ausencia, debe atenerse á la ley personal del ausente y á cuanto disponga respecto de todo lo concerniente al fondo del derecho, y debe solamente atenerse á la ley territorial en lo que se refiere al procedimiento y al orden de juicio.

(1) Sostiene la máxima contraria el Tribunal de apelación de Douai, que, considerando que con arreglo al art. 59 del Código de procedimiento francés, las acciones incoadas á instancias de un francés contra un extranjero pueden producirse ante los Tribunales franceses sobre todo cuando tengan por objeto los inmuebles poseídos en Francia, decidió que el Tribunal civil francés debía considerarse competente para resolver acerca de la ausencia de un extranjero. Debemos notar, sin embargo, que el mismo Tribunal sostiene en la misma sentencia que las disposiciones del Código Napoleón, relativas á los ausentes, no podían aplicarse á los extranjeros, y sobre todo, á los que no tenían en Francia domicilio ni residencia. Las disposiciones de la ausencia dice, que tocan tan de cerca el estado de las personas, y que modifican tan profundamente dicho estado, no pueden aplicarse á los extranjeros. Douai 2 de Agosto de 1854. (*Journal du Palais* t., II, p. 573).

433. A consecuencia de los principios por nosotros aceptados, no podemos asentir á la opinión de los que quisieran romper todo el sistema que regula la ausencia, admitiendo la autoridad de la ley personal en cuanto regula las consecuencias que se derivan de la ausencia respecto de las relaciones personales, como son las concernientes á las relaciones entre los cónyuges, el derecho á celebrar un segundo matrimonio, el ejercicio de la patria potestad, etc., y la autoridad de la *lex rei sitæ* para los efectos que de la ausencia se derivan respecto del patrimonio. Fundándose todas las consecuencias jurídicas que se derivan de la ausencia en un concepto único é indivisible, esto es, en el de la presunción de la vida ó de la muerte del ausente, ¿cómo admitir que este concepto pueda ser disgregado, considerando aisladas las relaciones que se derivan del mismo hecho jurídico comprobado por la aplicación de idéntico concepto como si fuesen hechos aislados y sin conexión alguna? Si todo depende de la vida ó de la muerte, ¿cómo admitir que la presunción de ésta pueda regularse bajo un aspecto por una ley y bajo otro por otra ley diversa? ¿Puede acaso admitirse que pueda reputarse la misma persona aquí viva y allá muerta? A juicio nuestro, así como el conjunto de las disposiciones que se refieren á la ausencia constituyen un sistema único é indivisible, cuya base es también un concepto único, esto es, el de la presunción de la vida ó de la muerte del mismo ausente, así no puede este sistema disgregarse sin romper la unidad misma del concepto que constituye en cada legislación el organismo de la ausencia.

434. Los absurdos á que se llega aceptando la teoría de Rocco, seguida por Brocher y por Barde, contribuyen á que nos afirmemos en nuestra opinión.

Con arreglo al Código civil italiano, por ejemplo, no puede obtenerse la posesión definitiva sino después que hayan transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente, y desde las últimas noticias de éste hayan transcurrido tres años por lo menos (artículo 36). Por el contrario, con arreglo al Código civil austriaco, la declaración de fallecimiento, de que depende la posesión definitiva, puede pedirse y decretarse cuando desde el día del nacimiento hayan transcurrido ochenta años y desde diez años

antes se ignore el lugar donde habita la persona que ha desaparecido; la declaración del fallecimiento puede también decretarse respecto de uno que haya sido gravemente herido en la guerra, y que á contar de aquella época hayan transcurrido tres años consecutivos sin tener de él noticia alguna. Ahora bien, aceptando el principio de que para los derechos reales sobre los inmuebles de la persona desaparecida deba aplicarse la *lex rei sitæ*, seguiríase de aquí que los interesados podían obtener en Austria la posesión definitiva de los bienes de un italiano ausente con arreglo á lo dispuesto en el art. 24 del Código civil austriaco, mientras que en las mismas circunstancias no habría expirado el último término de presunción de existencia en dicha persona con arreglo á nuestras leyes; de modo que ocurriría que en un día determinado se consideraría en derecho como muerto un italiano para todas las consecuencias que de la muerte se derivan, respecto de los bienes inmuebles pertenecientes á aquél y existentes en el imperio austriaco, y sin embargo, como no habría expirado el término de presunción de existencia con respecto á la ley italiana, el desaparecido no podría, según ésta, considerarse muerto con arreglo á derecho, ocurriendo por tanto que la misma persona podría hallarse en el mismo día muerta respecto de Austria y vivo respecto de Italia. Estos inconvenientes no pueden sobrevenir en el sistema por nosotros defendido, y por evitarlos es por lo que no podemos seguir la opinión de Laurent, que en esta materia se muestra vacilante en reconocer la autoridad de la ley personal, y repetimos, como ya hemos dicho muchas veces, que todo debe depender precisamente de esta ley.

435. En nuestro orden de ideas no hay obstáculo para obtener la posesión provisional de los bienes del ausente por los herederos testamentarios ó por los legítimos, por los legatarios, por los donatarios y por todos aquellos que tengan sobre los bienes del ausente derechos dependientes de la condición de su muerte, aunque con arreglo á la ley territorial relativa á la ausencia se provea de un modo distinto. ¿Qué interés puede tener la soberanía territorial en negar la posesión de los bienes por los llamados á obtenerla con arreglo á la ley personal del ausente? ¿Puede acaso sostenerse que ésta se relaciona con el derecho social,

y que se ofendería éste si el ejercicio de los derechos dependientes de la muerte de un extranjero se arreglase á la ley extranjera á que estuviese sujeta la persona?

Y no se diga que los inmuebles deben regirse por la ley del lugar en que se hallan situados, y que ésta debe también regir la posesión de los mismos, porque aquí no se trata de relaciones sobre los inmuebles, cuyas relaciones puedan interesar al derecho social, ni de la posesión pura y simple de los mismos, sino de los derechos pertenecientes á las personas y dependientes de la condición del fallecimiento del causante, y no encontramos en esto nada que justifique el desconocer la autoridad de la ley personal.

Como, por el contrario, si con arreglo á la ley personal no se admitiese la posesión temporal y se dispusiera que para administrar los bienes del ausente debía nombrarse un curador, no podría concederse la posesión temporal de los bienes del ausente con arreglo á la ley territorial, el magistrado competente debería proveer á la administración de los mismos mediante el nombramiento de un curador.

436. Por estas mismas razones debería decidirse con arreglo á la ley personal acerca de la condición jurídica del ausente durante el período que precede á la declaración de fallecimiento y acerca de los derechos eventuales que al mismo puedan corresponder. Si, por ejemplo, con arreglo á la ley personal un individuo desaparecido se asimilase á uno presente hasta que se haya pronunciado la declaración de fallecimiento, y se haya establecido después de verificar ésta, debe producir la sentencia sus efectos desde el día en que haya quedado firme, convendrá atenerse á esta disposición aun en el caso de que se trate de aplicarla en otro país en donde rijan leyes distintas y estén situados allí los inmuebles. Por consiguiente, cuando un austriaco pueda ser calificado de ausente con arreglo á la ley de su país, como ésta atribuye al ausente hasta la declaración de muerte los mismos derechos eventuales que corresponderían á los presentes, si antes que ésta sea pasada en autoridad de cosa juzgada fuese aquél llamado, pongo por caso, á recoger la herencia de su padre muerto *abintestato*, y una parte de los inmuebles hereditarios se

hallase en Italia, no podría negársele el derecho de recogerlos. Debiendo el magistrado austriaco considerar dicha persona como asimilada á los presentes hasta la declaración de muerte, nombraría un curador que aceptaría la parte de herencia paterna correspondiente, incluso los inmuebles existentes en Italia, y administraría los bienes en nombre y en interés del ausente. Cuando después se pronunciase la declaración de fallecimiento con arreglo á los arts. 277 y 278 del Código civil austriaco, así como ésta produciría sus efectos desde el día en que fuese firme, así la parte adquirida por el hijo en la herencia paterna no debería atribuirse á aquellos con los cuales tenía derecho á concurrir el día en que se abriese la sucesión paterna, esto es, á sus hermanos, con arreglo á lo dispuesto en el art. 43 de nuestro Código civil (1), sino que debería corresponder por el contrario á los herederos de la persona cuya muerte se hubiese declarado.

437. Sin entrar en otros particulares, consideramos lo dicho hasta ahora suficiente para resolver todas las cuestiones que puedan surgir de la ausencia respecto de los derechos sobre los bienes del ausente correspondientes á los herederos y á los interesados, y respecto de los que corresponden al ausente mismo si volviese ó se probase su existencia, y sostenemos que todo debe depender de la ley personal. Admitimos la aplicación de la ley territorial sólo para aquellas relaciones que pueden interesar al derecho social. Esto, por ejemplo, puede decirse de las disposiciones concernientes á los derechos adquiridos por terceros poseedores de los bienes del ausente transmitidos á éstos por los que hubieran sido puestos en posesión definitiva; de los efectos de la buena fe de los terceros respecto de los frutos percibidos; de los derechos adquiridos por la prescripción, etcétera,

(1) Con arreglo al art. 42 del Código civil italiano, no puede admitirse á nadie á reclamar un derecho á nombre de una persona cuya existencia se ignora, cuando este derecho ha nacido, y por lo tanto cuando se ha abierto una sucesión á la que sea llamada una persona declarada ausente, se devuelve la sucesión á aquellos con quienes la persona ausente había debido concurrir, á no ser que los herederos de otra persona ausente puedan probar que existía cuando se abrió la sucesión mencionada.

etc., á cuyas relaciones admiten todos que puede aplicarse la *lex rei sitæ*, porque deben ser considerados como hechos jurídicos consumados bajo el imperio de la misma é independientes de la ley personal.

438. Debemos notar, por último, que en el sistema por nosotros defendido, pudiendo justificarse en materia de ausencia la competencia del Tribunal del lugar del último domicilio y la de los Tribunales de la patria, y debiendo ser eficaz esta sentencia respecto de los bienes de cualquier naturaleza y cualquiera que sea el lugar donde se hallen, puede suceder también que los interesados insten para ejercitar y gozar todos los derechos que de la declaración de ausencia se derivan respecto de los inmuebles existentes en un tercer Estado. En esta hipótesis será necesario que la declaración del Tribunal extranjero, relativa á la ausencia, se declare antes ejecutoria por el Tribunal competente del Estado en donde se hallen situados los inmuebles del ausente. En tal caso habrá que referirse á los principios generales que deben regular la ejecución de las sentencias extranjeras, para decidir con arreglo á ellas cuándo haya lugar á conceder ó negar la ejecución de dicha sentencia.

439. Los principios por nosotros expuestos pueden servir para resolver toda cuestión, con arreglo al derecho internacional; pero todo lo que hemos dicho y demostrado no se opone á que, cuando en un país prevalezca la teoría tradicional, sostenida por los escritores y consagrada por el Código Napoleón, esto es, la de que para todas las relaciones concernientes á los inmuebles debe aplicarse con preferencia la *lex rei sitæ*, no podrán prevalecer reglas completamente diversas á las propuestas por nosotros; en Francia, por ejemplo, podría sostenerse que, debiendo regirse por la ley francesa los inmuebles, con arreglo al artículo 3.º del Código Napoleón, aun cuando pertenezcan á un extranjero, esta ley deberá aplicarse también para determinar los derechos sobre los bienes inmuebles de un extranjero ausente existentes en Francia, para legalizar según la misma la conservación y la administración de los referidos bienes. Podría también sostenerse que para permanecer fieles á la tradición, deberían regirse por su ley personal los bienes inmuebles del ausente, y

también podrían admitirse otras anomalías que se derivan de la teoría tradicional de los estatutos y que se hallan en oposición con la lógica jurídica.

No nos incumbe examinar de qué modo según la ley interior de cada Estado y según los principios del derecho internacional que en él prevalezcan, puede resolverse la cuestión propuesta, sino por el contrario exponer como debería serlo con arreglo á los principios de la justicia. Acaso venga un tiempo en que los verdaderos principios del derecho internacional sean consagrados y sancionados por la ley interior de cada Estado, y entonces se verificará entre los pueblos civilizados aquella convención de derecho vislumbrada por Savigny, que no podrá seguramente formarse, si los escritores continúan discutiendo respecto de los estatutos reales y personales con arreglo á la doctrina tradicional, y queriendo dar á ésta una importancia considerable, como han procurado hacer en esta materia ciertos escritores.

CAPITULO VII

De las personas incapacitadas y de las medidas de protección dictadas por las leyes en interés de las mismas.

440. Consideraciones generales acerca de las incapacidades jurídicas.—441. Orden de este capítulo.

440. La ley á que cada persona está sujeta por sí misma es la que debe determinar si uno puede tener ó no la plena facultad y libertad para obligarse y disponer de sus cosas, ó si, por el contrario, debe estar sujeto al poder y á la autoridad de otras personas con limitaciones más ó menos importantes. En el sistema seguido por nosotros debe atribuirse esta autoridad á la ley del Estado de que cada individuo es ciudadano, y deberá aplicar ésta para decidir quién tiene y quién no tiene personalidad jurídica completa, y cuáles son las condiciones constitutivas de la misma. Estas pueden consistir algunas veces en la realización de un acto puro y simple, como por ejemplo, el cumplimiento del término fijado para la mayor edad; otras veces pueden consistir en un hecho jurídico previsto por la ley y realizado con todas las formalidades exigidas por la misma, como por ejemplo, la emancipación, la celebración del matrimonio, etc.

Corresponde además á la ley misma determinar qué influencia puede ejercer el sexo y las enfermedades físicas ó morales sobre la capacidad jurídica de las personas. Así, por ejemplo, respecto del sexo, deberá decidirse, con arreglo á la ley personal, si la mujer puede ó no participar del goce de todos los derechos civiles, ó si debe ser excluída del ejercicio de ciertas funciones, como las de la tutela, curatela, arbitraje, etc.