

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

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

Ley del 11 ventoso año II;

Ley del 16 fructidor año II;

Ley del 6 brumario año V.

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

El texto de estas leyes, la jurisprudencia y el resumen de la doctrina se encuentran en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Ausentes*, capítulo VII (tomo 1º, p. 140). Consúltese á Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, ps. 461--487; Plasman, *Código de los Ausentes*, t. II, p. 111 y siguientes, 175 y siguientes. Talandier, *Nuevo tratado de los Ausentes*, p. 336 y siguientes. De Moly, *Tratado de los Ausentes*, p. 465 y siguientes.

## CAPITULO I.

### PRINCIPIOS GENERALES.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

119. ¿Cuáles son las medidas que la ley prescribe en caso de ausencia? Varian segun la duracion de ésta. La ley distingue tres periodos: la presuncion de ausencia, la declaracion de ausencia seguida de la toma de posesion provisional de los bienes del ausente, y la toma de posesion definitiva.

La presuncion de ausencia comienza con la desaparicion del ausente ó con sus últimas noticias, y dura hasta la declaracion de ausencia. Como esta no puede tener lugar sino despues de cinco á once años, segun que el ausente haya dejado ó no procuracion, resulta que el primer periodo dura cuando ménos de cinco á once años. Está bien caracterizada con la expresion de *presuncion de ausencia*. En ella no hay ausencia todavia; la persona que ha desaparecido y que no da noticias suyas, nada más *se presume ausente*. Eso quiere decir, segun lo explica Bigot-Prémameneu, que en tal caso no ha lugar, en general, á tomar medidas para la administracion de sus bienes. «No

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

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

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

ántes de que los herederos pudiesen ser puestos en posesion, agrega que esta formalidad «no es más que un acto de conservacion fundado en una necesidad constante, y para el ausente un acto de proteccion que pone su patrimonio á cubierto de una pérdida que se haria inevitable (1).»

Como á los presuntos herederos es á los que pone la ley en posesion provisional, parece que en interés suyo sobre todo fija la atencion el legislador en este segundo período. Podria decirse que haciéndose cada día más probable la defuncion del ausente, ha debido tener en cuenta la ley los derechos eventuales que corresponden á los derechos del ausente, y que bajo este título los pone en posesion de sus bienes. La probabilidad de la muerte y los derechos á que da cabida, están tomados efectivamente en consideracion por el legislador; pero las declaraciones bastante positivas de los autores del código civil dan testimonio de que si los herederos son puestos en posesion, es en interés del ausente, más bien que en el de los que reciben los bienes. En el consejo de Estado dijo Tronchet: «que es útil para el ausente que se confiara el secuestro de sus bienes á los que tienen más interés en conservarlos; es así porque despues de cierto tiempo se concede á sus herederos la toma de posesion (2).» Tambien en ese sentido explica Bigot-Prémeneu la toma de posesion provisional. Se tenia que decidir, dice, en manos de quién habian de ser puestos los bienes. Como hay incertidumbre de la vida, se hace más probable el derecho de los herederos, sin dejar de ser eventual; y puesto que los bienes han de pasar á otras manos distintas de las del propietario, los herederos se presentan con un título natural de preferencia. Nadie puede tener más interés en la *conservacion y bue-*

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

2 Sesion del consejo de Estado del 16 fructidor año IX (Loché, t. II, p. 215, núm. 18).

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

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

A primera vista parece contradecir esta teoría la disposicion del código que concede á los herederos puestos en posesion una parte notable de los frutos, cuatro quintos ó nueve décimos, segun la duracion de la ausencia. ¿Se concede semejante indemnizacion á simples administradores? ¿Y por qué va en aumento la indemnizacion á medida que se prolonga la ausencia? ¿No es porque los poseedores son considerados como herederos más bien que como administradores? ¿No es esto, pues, reconocer su derecho sobre la herencia del ausente, derecho que cada dia se hace más probable? Esta interpretacion parecia muy plausible; sin embargo, no reside en ella la teoría de los autores del código civil. Escuchemos á Portalis: «*Todo el favor debe ser para el ausente; sus herederos sólo pueden tenerlo en la consideracion de su interés.*» Tal es la razon por que la ley concede á los herederos una parte notable

1 Bigot-Préameneu, Exposicion de los motivos (Loché, t. II, p. 255, núm. 20).

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

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

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

1 Sesion del consejo de Estado del 24 fructidor año IX (Loché, t. II, p. 227, núm. 27).

2 Bigot-Préameneu, Exposicion de los motivos (Loché, t. II, p. 258, núm. 28).

3 Sesion del 24 fructidor año IX (Loché, t. II, p. 228, núm. 32).