

para él un contrato sinalagmático, dice Bigot-Prémeneu, mientras los herederos solo tienen un derecho *precario* y provisional (1). El esposo que continúa la comunidad goza también de los frutos, y su derecho va igualmente en aumento como el de los herederos. Eso demuestra que el goce de los frutos no está fundado en el derecho de los que los perciben, porque el derecho del cónyuge, lejos de hacerse más probable á medida que aumenta la ausencia, va á ménos cada día.

121. A decir verdad, el derecho de los herederos sobre los bienes del ausente empieza hasta el tercer período de la ausencia; entónces es cuando son puestos en posesion, sin que pueda impedirlo el cónyuge presente, y esta posesion es *definitiva*. Lo es en el sentido de que el estado precario del segundo período da lugar á medidas que tienen por fundamento el derecho de los presuntos herederos. Su suerte está fijada, dice Bigot-Prémeneu, porque todas las probabilidades, despues de treinta y cinco años de ausencia cuando ménos, están por la defuncion del ausente. El interés público exige que sus bienes vuelvan á entrar en movimiento; se necesita, pues, que los poseedores estén considerados como propietarios respecto á terceros, y que puedan enajenar los bienes del ausente. Sin embargo, aún en este último período no seria exacto decir que está abierta la sucesion del ausente. En efecto, la sucesion no se abre sino por la muerte, y la ausencia, por dilatada que sea, no es más que una probabilidad de muerte. Para que la probabilidad se convirtiese en certidumbre, seria necesario que la ley hiciese de ella una presuncion de muerte. Ahora bien, la ley no presume nunca la muerte; no hay, pues, apertura de herencia, hay simplemente toma de posesion, como se expresa la ley, y si esta toma de posesion es defi-

1 Bigot-Prémeneu, Exposicion de los motivos (Loaré, t. II, p. 256, núm. 23).

nitiva en lo que respecta á terceros, no lo es en cuanto al ausente; si éste vuelve, caen por tierra todas las medidas tomadas en razon de su ausencia, aunque calificadas de definitivas.

122. Sentamos en principio que nunca hay presuncion de muerte, y que por tanto los que entran en posesion no tienen los derechos de los herederos. Este punto está, sin embargo, muy debatido, y debemos detenernos en él, porque toda la teoría de la ausencia está en litigio en este debate. Proudhon enseña, que á partir de la declaracion de ausencia, hay presuncion de muerte. Se presume que el ausente ha muerto, dice, porque la ley abre su sucesion á sus herederos, y no hay sucesion de una persona viva. Se presume que ha muerto, puesto que se ponen en ejecucion las disposiciones testamentarias que él mismo ha querido que no tengan efecto sino despues de su defuncion. Se presume que ha muerto, puesto que la ley exige que todos los que tienen sobre sus bienes derechos subordinados á la condicion de su fallecimiento, pueden ejercerlos. Se presume que ha muerto, toda vez que la ley ya no permite poner personalmente en litigio ante los tribunales todas las acciones que deben intentarse contra los poseedores (1). Esta doctrina es observada por Delvincourt y Durantón (2), y ha sido consagrada por una sentencia enérgicamente fundada de la corte de Nancy (3).

Empero, la opinion de Proudhon es generalmente rechazada, y en la forma absoluta en que la da, es inadmisibile. Basta recordar lo que es una presuncion legal; es, dice el

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. 1.º, p. 277 y siguientes.

2 Delvincourt, *Curso del código de Napoleon*, t. 1.º, p. 50 y nota 7 (edicion de 1834); Durantón, t. 1.º, núms. 408 y 434.

3 Sentencia de 31 de Enero de 1833 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 669).

art. 1349, una consecuencia que la ley deduce de un hecho conocido á otro desconocido. ¿Cuál es la ley que declara que se presume muerto al ausente? En el derecho antiguo se presumia muerto al ausente cuando habian trascurrido cien años despues de su nacimiento; fundábase en las probabilidades que rigen la duracion de la vida humana. Pero el código no reproduce esta presuncion, y con justicia. El mismo Proudhon confiesa que la presuncion de muerte no es más que provisional; ahora bien, ¿se concibe que se presuma muerta provisionalmente á una persona? ¿Cómo es que lo absurdo de una muerte provisional no ha repugnado á un talento tan lógico como el de Proudhon? Si hay un estado definitivo, lo es con seguridad la muerte, y si hay una idea inconciliable con la muerte, es lo provisional.

Los textos que Proudhon alega se explican por la posibilidad de muerte que es evidente, y que va aumentando con la duracion de la ausencia. Si la ley pone en posesion á los herederos, no es porque presuma la muerte del ausente; es, por el contrario, en su interés, por lo que organiza la entrega provisional; declara que no es más que un depósito; en donde hay un depositario, tambien hay un depositante; y ¿quién seria éste si no el ausente? Los poseedores no son más que administradores; dirigen, pues, bienes que no les pertenecen; ¿quién es propietario si no el ausente? La ley ordena que los poseedores formen inventarios, y que den caucion; ¿prescribira todas esas garantías en provecho de una persona que se presume muerta? ¡Qué! ¿se presume muerto al ausente, y si es casado, el cónyuge presente puede continuar la comunidad! ¿se puede estar en sociedad con un individuo á quien se presume muerto? No hay ni aún presuncion de muerte despues de la entrega definitiva. Si se presumiera muerto al ausente, el cónyuge presente podria volverse á casar, y no puede hacerlo. Si hubie-

ra presuncion de muerte, habria apertura de herencia, y la ley no organiza más que una toma de posesion.

¿Cuál es, pues, el principio de la ley? Van á decirnoslo los autores del código. A la hora de la discusion, tuvo sus partidarios la presuncion de muerte. Tronchet declaró con profunda acritud, que era ridiculo declarar muerto al ausente, y que seria tambien bastante extraordinario hacerlo resucitar despues. ¿Cuál es la realidad de las cosas? El ausente, contesta Tronchet, no está ni muerto ni vivo á los ojos de la ley (1). Reina la duda, despues de la declaracion de ausencia, dice Emmery. Esto parece singular, agrega Boulay; pero ese principio es el producto de la sabiduría de los siglos, y no se ha llegado todavía á encontrar otro mejor (2). Debe agregarse: ese principio es la expresion exacta de la realidad de las cosas. ¿Quién sabe si el ausente vive ó si ha muerto? En vano se dirá que todas las probabilidades están por su defuncion. Los hechos pueden dar un mentis á todas esas probabilidades. ¿Qué queda, pues? La incertidumbre. Véase lo que el orador del gobierno asienta juiciosamente en su Exposicion de los motivos: «Cuando no ha trascurrido todavía un dilatado espacio de tiempo, desde que un individuo se alejó de su domicilio, no puede resultar de esta ausencia la presuncion de muerte; debe considerársele como vivo. Pero si durante cierto número de años, no se han tenido noticias de su persona, entónces se considera que las relaciones de familia, de amistad y de negocios, están de tal manera arraigadas en el corazon y en las costumbres de los hombres, que su interrupcion absoluta debe reconocer causas extraordinarias, entre las cuales se coloca el mismo tributo pagado á la naturaleza. Surgen entónces dos presunciones contrarias: una, de la muerte,

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

2 Sesion expresada (Loché, t. II, p. 226, núm. 27, y p. 229, núm. 33).

por la falta de noticias; otra, de la vida, por su curso ordinario. La consecuencia precisa de las dos presunciones contrarias, es el *estado de incertidumbre*.» Bigot-Prémeneu, asienta en seguida que esta incertidumbre subsiste durante toda la ausencia, que las medidas que la ley prescribe están siempre calculadas según los diferentes grados de incertidumbre, nunca exclusivamente sobre la presunción de vida ó de muerte (1).

123. Lo que acabamos de decir, tampoco responde á las dificultades de la cuestión. Es evidente que no hay presunción legal de muerte, y también es muy cierto que lo que caracteriza la ausencia, es la duda sobre la vida y la muerte del ausente. La incertidumbre aumenta cada día, no en el sentido de la vida, sino en el de la muerte. De aquí el que las medidas que prescribe la ley, cambien de naturaleza con la duración de la ausencia. La ley comienza por velar exclusivamente por los intereses del ausente; después piensa en los presuntos herederos, y los pone en posesión de los bienes; esta entrega, primero provisional, acaba por ser definitiva. Esto quiere decir que la ley toma medidas que se aproximan más y más á las que prescribe en caso de defunción. ¿Qué importa que así sea por una presunción de muerte ó por solo una probabilidad? Cuestión de palabras que no impide que los herederos sean puestos en posesión de los bienes del ausente; ¿y qué es esta entrega sino la apertura provisional de su sucesión? Esta opinión, calurosamente defendida por Marcadé (2), es poco más ó menos la de todos los autores, salvo grandes disonancias en los detalles. Creemos que es contraria tanto al espíritu como al texto del código civil. La cuestión es capital.

124. ¿Cuáles son los efectos de la posesión provisional? M. Demolombe contesta: «Vamos á asistir á

1 Loaré, *Legislación civil*, t. II, p. 251, núm. 5.

2 Marcadé, *Curso elemental de derecho civil*, t. I, ps. 298-301, núm. 20.

*una especie* de apertura provisional de la sucesión del ausente. Tal es en efecto la *imagen* que presenta la toma de posesión que sigue á la declaración de ausencia. De los arts. 120 y 123 resulta esta regla fundamental, á saber: Todos los derechos que la defunción probada abriría de una manera definitiva sobre los bienes que pertenecían al ausente hasta sus últimas noticias, los abre provisionalmente la ausencia declarada.» No puede haber herencia de una persona viva. Si se abre la herencia del ausente, aunque sea de una manera provisional, es necesario que haya presunción de muerte, en virtud de la declaración de ausencia. Aquí reaparece la doctrina de Proudhon, que los autores rechazan en principio, y que sin embargo, aplican en casi todas sus consecuencias. M. Demolombe dice terminantemente que la presunción de muerte es la base de todas las medidas que la ley prescribe después que ha sido declarada la ausencia. Esta presunción se remonta á la última señal de vida dada por el ausente, en el día de su partida ó de sus últimas noticias. Este momento es en el que se reputa estar abierta la sucesión provisional del ausente (1). Dalloz, que combate calurosamente la pretendida presunción de muerte imaginada por Proudhon, abunda en esta teoría de una sucesión provisional que se abre después de la declaración de ausencia. «Se ignora, dice, si volverá el ausente, ó si se sabrá la fecha precisa de su muerte; pero provisionalmente los presuntos herederos obran entre sí ó pueden obrar como si estuviera abierta la sucesión; de suerte que, en sus respectivas relaciones, obran como verdaderos herederos (2).»

La jurisprudencia ha sancionado esta opinión. Leese en una sentencia de la corte de Turin que la entrega provi-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, p. 75, núm. 71 y p. 88, núm. 82.

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 322.

sional, que califica de *guarda de los bienes*, es un verdadero *derecho real* (1). Las cortes, lo mismo que los autores, se fundan en la presuncion de muerte que resulta de la declaracion de ausencia. Por efecto de esta presuncion, dijo la corte de Angers, se concede la posesion de los bienes á los presuntos herederos. Es cierto que la ley dice que la entrega provisional no es más que un depósito; pero, continúa la corte, el entrado en posesion no puede estar asimilado á un simple administrador, puesto que goza del derecho de apropiarse una parte de los frutos y del de transmitir á su heredero la posesion de que se le ha investido; si no es más que un depositario con referencia al ausente, presenta las calidades de propietario respecto de terceros (2).»

125. Hé aquí el punto de partida de la doctrina y de la jurisprudencia. Nótese desde luego la vacilacion y la duda con que se expresa cuando se trata de trasformar la entrega provisional en apertura de una herencia. Es una *especie de apertura*, es una *imágen* de lo que pasa despues de la muerte de una persona. ¿Es ese el lenguaje del derecho? ¿Es posible que una ciencia que consiste esencialmente en la precision y la claridad de las ideas, proceda por *especies* y por *imágenes*? No se osa afirmar que hay sucesion abierta. ¿Qué digo? despues de haber dicho que la declaracion de ausencia es una presuncion de muerte, y que los poseedores obran entre sí como verdaderos herederos, que el patrimonio del ausente debe ser considerado como un derecho de sucesion abierto en beneficio de los presuntos herederos, se agrega que eso no es exacto de una manera absoluta y que la sucesion del au-

1 Sentencia de 5 de Mayo de 1810 (Dalloz, *Repertorio* en la palabra *Ausentes*, núm. 234).

2 Sentencia de la corte de Angers de 28 de Agosto de 1828 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 236).

sente no está en realidad abierta; se nota, como ya lo hemos hecho, que la misma expresion de *posesion provisional*, de que se sirve la ley, excluye toda idea de legitimidad (1).

¡Así, pues, todo se reduce á una apariencial! ¿Pero cómo puede una apariencia de sucesion engendrar un derecho real, es decir, lo que hay de más positivo en el mundo? ¿Cómo pueden ser propietarios los poseedores, que no tienen para sí más que una *imágen* de derecho de sucesion? Para admitir semejantes anomalías, se necesitarian textos expresos. ¿Y si abrimos nuestro código, qué leemos en él? Que *la posesion provisional no es más que un depósito* que dará á los que lo obtengan la *administracion de los bienes del ausente* (art. 125). ¿Puede nunca un *depositario* tener un *derecho real*, cuando no es ni aun poseedor? ¿Puede quizá ser *propietario* un *administrador*? *Depósito* y *derecho real*, *administracion* y *propiedad* son ideas que no pueden ligarse. Preténdese que es necesario distinguir, las relaciones de los poseedores con el ausente, sus relaciones entre sí y respecto de terceros. Tocante al ausente, no son más que *depositarios*, *administradores*; pero entre si son herederos, en consecuencia, propietarios, y como tales tambien poseen respecto de los terceros. Nosotros contestamos: No cabe duda en que el legislador habria podido crear una posicion tan incierta y dudosa; lo ha hecho en realidad en el tercer período de la ausencia: los poseedores definitivos son á la vez administradores respecto del ausente y propietarios respecto de los terceros. ¿Pero sucede lo mismo durante la posesion provisional? Que se nos presente un texto que reconozca en los poseedores esta doble posicion. La ley sienta un principio absoluto al cali-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 266.

ficar de depósito la posesion provisional y de administradores á los poseedores. Estos tienen necesariamente relaciones con los terceros: ¿cuál es la ley de estas relaciones? Siempre encontramos una sola respuesta en nuestros textos: los poseedores no tienen más que una calidad, la de administradores. Reconocerles un *derecho real* y la calidad de propietarios, es aplicar á la posesion provisional lo que la ley dice de la posesion definitiva; es, pues, modificar la ley, es formarla. ¿Es esta la mision del intérprete?

126. Los poseedores, dice el art. 125, son depositarios, administradores. Quien dice depósito, dice detencion precaria, simple guarda. Esta expresion excluye toda idea de un derecho; el depositario no tiene derechos; solo tiene obligaciones. ¡Y la jurisprudencia decide que tiene un *derecho real*! El administrador tiene una obligacion y no un derecho propio; cuando ejerce derechos, lo hace en nombre de aquel cuyo patrimonio maneja; personalmente no tiene ninguno. ¡Y la jurisprudencia lo declara *propietario*! Pero, se dice, tiene derecho á los frutos, que no tiene el administrador ordinario, y trasmite este derecho á sus herederos; lo que prueba que la entrega provisional no es más que un simple depósito. De antemano hemos contestado á la objeccion. Si, hay en la entrega provisional otro principio que el de depósito ó de administracion. A los herederos es á los que llama la ley á manejar un patrimonio que probablemente les pertenecerá, que acaso les pertenece ya. ¿Pero resulta de esto que, en la teoría del código, estén considerados como propietarios mientras dura la posesion provisional? La ley se ha servido ciertamente adrede del término de *depósito*, expresion que no es ni siquiera exacta, pero que señala con singular energía que los poseedores, aunque sean presuntos herederos, no tienen todavía ningun derecho.

Se insiste sobre el derecho á los frutos que la ley reco-

noce á los herederos entrados en posesion, y en eso se ve una prueba cierta de que la ley tiene en cuenta su calidad de herederos, es decir, de propietarios. No es esa la mente de los autores del código. Ya hemos citado sus palabras: no tienen más que una preocupacion, el interés del ausente; aun cuando parecen despojarle, concediendo los frutos á los herederos, lo hacen tambien en favor del ausente, el patrimonio del cual tratan de conservar interesando á los administradores en que lo manejen bien. Tan cierto es que el legislador no pretende reconocer ningun derecho á los herederos, aun cuando les da cuatro quintos ó nueve décimos de los frutos, que permite al esposo presente paralizar ese pretendido derecho optando por la continuacion de la comunidad. Esta es una consideracion decisiva y que destruye completamente el sistema adoptado por la doctrina y la jurisprudencia. ¡Qué! ¡la ausencia declarada es una presuncion de muerte, y por consecuencia trae consigo apertura provisional de la sucesion del ausente! ¡Ved al cónyuge que, aun sin ser heredero, lleva á la nada esta presuncion de muerte, continuando la sociedad de bienes contratada con el ausente! ¡Impide á los herederos de éste llegar á la pretendida sucesion abierta en su beneficio! ¡El es quien va á disfrutar de esos bienes, y por espacio de treinta años! ¡Y se quiere que los herederos tengan un *derecho real*, un *derecho de propiedad*! ¿Se concibe un derecho real de legitimidad, puesto en jaque durante la vida del hombre por un cónyuge que no es heredero? ¿Se concibe que un propietario sea impedido de ejercer su derecho durante treinta años, y que quien lo impida sea un cónyuge que no está llamado á heredar? Eso es inexplicable en la doctrina que está generalmente admitida, mientras que se explica perfectamente ateniéndose al texto y al espíritu del código. No hay presuncion de muerte; en consecuencia, no hay apertura de sucesion. ¿De qué se trata? De administrar el