



## CAPÍTULO II.

## DE LA PRESUNCION DE AUSENCIA.

## § 1º ¿Cuándo hay presuncion de ausencia?

134. Segun el art. 112, el tribunal provee á la administracion de los bienes dejados por las personas *cuya ausencia se presume*, si hay necesidad de ello y conforme á la demanda de las partes interesadas. Se necesita, pues, para que intervenga la justicia, que se trate de una persona *cuya ausencia se presume*. ¿Pero cuándo puede decirse que se *presume ausente* á un individuo? El código no contesta á esta pregunta. Podria creerse, á primera vista, que la contesta el art. 115. Esta disposicion permite pedir la declaracion de ausencia cuando una persona se hubiere ausentado del lugar de su domicilio ó residencia, no teniéndose noticia de ella durante cuatro años consecutivos. Se podria deducir de esto que se presume ausente á una persona cuando ha dejado de estar en el lugar que habitaba y no da noticia suya. Eso es verdad, en general, pero con una restriccion. Es necesario no creer que sólo porque un individuo ha dejado su domicilio sin dar noticia suya, se presume ausente. La ley no dice eso, é intencionalmente nada ha definido el legislador; mejor dicho, es imposible dar una definicion de la ausencia que se presume. Una persona deja su domicilio, se ignora en donde reside; ¿se

dirá que se presume ausente? Eso implicaria que habia incertidumbre sobre su vida, lo que ciertamente no es. Esta persona puede tener buenas razones para ocultar su residencia, y por consiguiente, no dar noticias suyas. Para que haya un principio de incertidumbre y de duda, se necesita que el individuo que ha dejado su residencia tenga razones para hacer saber su paradero y que no lo haga. Tiene una familia, esposa é hijos, y deja de comunicarse con ellos; tiene intereses apremiantes que exigirian su presencia, ó una persona competentemente autorizada, y deja todo abandonado. Eso no está en el orden natural de las cosas, y si no se conoce otra razon que explique una conducta tan extraña, se puede temer por la vida de esta persona, y habrá presuncion de ausencia (1).

135. Supongamos que se presume ausente á un individuo. ¿Basta esto para que el tribunal intervenga en la administracion de sus bienes? Esta cuestion agita intereses de una naturaleza diferente y opuesta. Por una parte, puede decirse que el ausente no desea que se inmiscúen en sus negocios. Esto, más que un interés, es un derecho. En vano se dirá que la ley debe velar por sus bienes, puesto que el interesado no puede hacerlo; se contesta que ese es negocio suyo, que puede, en rigor, dejar perder sus bienes, si así le place. Este es el punto objetivo del legislata. En el consejo de Estado, Tronchet citó la antigua expresion picante, *jura vigilantibus scripta*. Nada más cierto ni más justo, que cuidar los intereses de una persona que los abandona y están en peligro de sufrir menoscabo. Pero, dice el primer cónsul, se trata de una persona ausente, se ignora si vive; ¿cómo, pues, remitirse á su vigilancia? ¿No está la sociedad en el caso de vigilar por aquel que no pue-

1 Duranton, t. I, p. 298 y siguientes, núms. 389-390. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 31.

de hacerlo? La sociedad protege á los menores y aún á las mujeres casadas; con mayor justicia debe su proteccion á aquel que está en la imposibilidad de manejar sus negocios; es la tutora de los ausentes, como lo es de los huérfanos (1). Este es el punto objetivo del hombre de Estado, y tiene su legitimidad tan perfecta como la del jurista. ¿Cómo conciliar intereses hostiles en apariencia? El legislador se ha remitido á la prudencia de los magistrados, trazando, no obs- un límite á su intervencion: es preciso que haya de proveer á la administracion de los bienes de persona cuya ausencia se presume. Segun eso, § que la presuncion de ausencia comienza úni- ndo hay necesidad de proveer á la administra-

134. § bienes. Aun cuando hubiese incertidumbre so- nistracida del que se presume ausente, aun cuando hu- sene probabilidad de muerte, en razon de las circunstan- las, la ausencia no producirá efecto alguno hasta que la necesidad obligue al tribunal á intervenir.

El código agrega además otra restriccion: se necesita que la perscna cuya ausencia se presume no haya dejado pro- curador competentemente autorizado. Si ha dado man- dato de gobernar sus negocios, no hay ya necesidad de in- tervenir, y por ende, quedará sin efecto la presunta au- sencia. Esta consecuencia que resulta del texto, está tam- bien en armonía con el espíritu de la ley. En el primer período de la ausencia, la ley se preocupa exclusivamente de los intereses del ausente; cuando él lo tiene previsto, ya no hay razon de que intervenga en ello la sociedad. Ahora bien, desde que hay de por medio un interés social, debe prevalecer el derecho del ausente; y este derecho exi- ge que no se mezclen en sus negocios.

136. Si hay necesidad de esto, lo determinará el tribu-

1 Sesión del consejo de Estado del 24 fructidor año IX (Loché, t. II, p. 222, núms. 19 y 20).

nal, dice el art. 112; pero no dice la ley cuál es el tribu- nal competente. A la hora de la discusion, fué prevista y resuelta la dificultad por el consejo de Estado; pero por negligencia ú olvido, no se formuló la decision en el proyecto de código. De ahí han nacido las dificultades y controversias. ¿El tribunal del domicilio ó de la residencia es el que debe proveer á la administracion de los bienes del ausente, ó el del lugar en donde están situados los bie- nes? En el consejo de Estado se habia decidido que el tri- bunal del domicilio declararia si habia presuncion de au- sencia, y que despues de este fallo, cada tribunal regla- mentaria la administracion de los bienes situados en su respectiva jurisdiccion. Eso era lógico. En el lugar de su domicilio es en donde es conocido el ausente, allí es en donde tiene sus relaciones, allí es, pues, donde se sabrán los motivos de su ausencia y del silencio que guarda. Tra- tándose, por el contrario, de tomar medidas para la admi- nistracion de los bienes, ciertamente el tribunal del lugar en donde éstos están ubicados será el más competente para estimar la necesidad que haya de hacerlo. Este sistema fué adoptado (1); ¿pero podemos considerarlo como ley, cuan- do no se encuentra en el código? Es evidente que no, por- que no es el consejo de Estado el que redactaba la ley, sino el Cuerpo legislativo. Puesto que no hay ley, es pre- ciso decidir, así nos parece, que el tribunal del domicilio y los de la ubicacion de los bienes son igualmente compe- tentes. Podrán resultar de esto fallos contradictorios, como se ha dicho en el consejo de Estado; pero en el silencio de la ley, es imposible dar á un solo tribunal una competen- cia exclusiva. No se puede exigir más sino que haya un fallo prévio dado por el tribunal del domicilio y declarando que hay presuncion de ausencia, eso estaria en oposicion con el

1 Sesión del consejo de Estado del 4 frimario año X (Loché, t. II, p. 233, núm. 3).

texto de la ley; ésta supone un solo fallo que, fundándose en la presunción de ausencia y en la necesidad, prescriba las medidas que juzgue necesarias para la administración de los bienes del ausente (1).

137. El tribunal determina en vista de la demanda de las partes interesadas. Se necesita una demanda. Los tribunales nunca toman la iniciativa, debe ocurrirse á ellos. ¿Pero qué se entiende, en el art. 112, por *partes interesadas*? No hay que decir que pueden proceder los que tienen un interés nato y actual; ese es el derecho comun. Tales son los acreedores. Si su crédito está vencido, pueden perseguir la ejecución contra los bienes del ausente. Si no está vencido, pueden proceder judicialmente para pedir que el tribunal provea á los administradores de esos bienes; efectivamente, estos bienes son su garantía, lo que hace que los acreedores tengan un interés nato y actual en que se conserven. ¿Nada más los que tienen un interés nato y actual son partes interesadas, en sentido del art. 112? La cuestión es disputada. Hay un motivo de duda, que consiste en que es de principio que el que no tiene interés no puede proceder, y que ese interés debe ser nato y actual. Según eso, se deduce que los presuntos herederos no son partes interesadas (1). Nos parece que el principio general no recibe aplicación en materia de ausencia. ¿Por qué debe tener el demandante un interés nato y actual? Porque pide algo para sí. Ahora bien, en el caso del art. 112, el demandante no pide nada para sí, hace conocer al tribunal la necesidad de proveer á la administración de los bienes del ausente. Cualquier interés, aun el puramente eventual, debe ser suficiente para legitimar una acción semejante. Lo que lo demuestra es que el ministerio público

1 Véanse los autores citados en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 57.

2 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 305, núm. 396.

tiene el derecho de proceder de oficio; sin embargo, de esto no puede decirse que tenga un interés nato y actual, porque nunca procede con un interés personal. Se necesitaría, pues, modificar el principio general en el sentido de que son partes interesadas los que tienen un interés cualquiera en la conservación del patrimonio del ausente. Los herederos presuntos tienen, con certeza, un interés en que los bienes del ausente sean conservados, porque si se prolonga la ausencia, entrarán en posesión de ellos. Tal es también la opinión general (1). Sólo que se funda en una causa que no podríamos admitir. Se dice que los herederos tienen más que un derecho eventual, más que una esperanza, que tienen *una especie de derecho condicional*, puesto que si no reaparece el ausente entran en posesión, como si fueran sus más próximos herederos, el día de su desaparición ó el en que se tuvieron sus últimas noticias (2). ¿Quién no ve que este es un derecho puramente eventual? Basta que se tenga noticia del ausente para hacerlo desvanecer. También se dice que es *una especie de derecho condicional*. Es necesario desterrar de nuestra ciencia esas expresiones indecisas con las que se afirma una cosa, no atreviéndose á hacerlo con entera franqueza. Un derecho es condicional ó no. No hay *una especie de derechos condicionales*. Estas palabras vagas introducen ideas oscuras en una ciencia esencialmente positiva, lo que es la ruina de la verdadera ciencia.

Si los presuntos herederos son partes interesadas, también lo son los legatarios. Se opone el art. 123, según el cual se abre el testamento después de la declaración de ausencia. Es indudable que los legatarios no podrán pedir la apertura de un testamento que no esté en poder de ellos. ¿Pero si lo poseen por qué no habían de poder presentarlo?

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 63.

2 Valette sobre Proudhon, t. I, p. 257, nota a.

M. Demolombe, que profesa la opinion contraria, agrega una singular reserva. Dice así: «Si el legatario se hubiese apoderado del testamento, si la institucion fuese universal, si ninguno procediese, si estuviese ya muy avanzado el primer periodo, no me sorprenderia de que esas diferentes circunstancias hiciesen admitir la demanda del legatario.» Luego, acaba diciendo: «Pero siempre me atendria, en principio, á la solucion que he propuesto (1).» Si la opinion enseñada por el autor contiene en sí los verdaderos principios, ¿por qué supone que los tribunales se separaron de ellos? ¿no equivale esto á decir que las circunstancias hacen desviarse de la ley á los jueces? Si en ocasiones sucede así, debemos combatir con todas nuestras fuerzas esas decisiones arbitrarias, léjos de darles aliento enumerando las circunstancias que podrian empeñar á los magistrados en pasar sobre la ley. El derecho no se somete á discrecion de los hechos; por el contrario, los hechos son los que deben someterse al derecho; si no, ya no hay derecho.

138. Dice el art. 114: «El ministerio público está especialmente encargado de velar sobre los intereses de las personas cuya ausencia se presume, y será oído en todos los incidentes que á las mismas personas se refieran.» Acerca de este último punto no hay ninguna dificultad. El código de procedimientos ha interpretado la disposicion del art. 114, ordenando que se comuniquen al procurador del rey las causas concernientes ó que interesan á las personas cuya ausencia se presume (art. 83, núm. 7). Hay alguna duda sobre el sentido de la primera disposicion del art. 114. Generalmente se le interpreta en el sentido de que da al ministerio público la facultad de proceder de oficio. En principio no existe este derecho; las partes interesadas son las que llevan la accion ante el juez; el oficial del ministe-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, p. 36, núm. 27.

rio público es solamente parte unida. Nada más por excepcion, y en los casos que especifica la ley, es cuando el ministerio público se constituye parte principal (1). La cuestion consiste en saber si el art. 114 admite una de esas excepciones. Casi no es posible darle otro sentido. En efecto, contiene dos disposiciones: la segunda previene que les sean comunicadas todas las demandas que se refieran á los que se presuman ausentes: la primera debe, pues, darle otra mision, si no la ley diria dos veces una misma cosa. Tal es, por otra parte, el espíritu del código de Napoleon. En el consejo de Estado, el primer cónsul insistió sobre el deber que tenia la sociedad de cuidar de los intereses de los ausentes: debia conservar su carácter de tutora, decia. ¿Quién estará encargado de llenar ese deber? Nunca tienen iniciativa los tribunales; nada pueden hacer por los ausentes, á no ser que se promueva ante ellos. ¿Quién lo hará? El legislador señala á las partes interesadas. ¿Pero si no las hay ó no promueven? ¿Se dejará que perezcan los bienes abandonados? Si la sociedad es tutora, se necesita que haya un agente de la sociedad que ejerza la tutela. Como no se nombra tutor á los ausentes, es preciso que el ministerio público se encargue de cuidar sus intereses; si pues nadie promueve las medidas que la necesidad ordena, lo hará el procurador del rey (2).

La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo. Se ha estimado que el ministerio público tiene calidad para solicitar de oficio el nombramiento de un administrador de los bienes (3). Ha decidido la corte de Bruselas que ese fun-

1 Ley de 24 de Agosto de 1790, tit. VIII, art. 20; ley de 20 de Abril de 1810, art. 46.

2 Demolombe, t. II, p. 37, núm. 29. Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 338 y siguientes.

3 Sentencia de la corte de casacion de 8 de Abril de 1812, y sentencia de la corte de Metz de 15 de Marzo de 1823 (Daloz, *Reportorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 95 y 122).

cionario puede pedir que se consignen en un depósito público las cantidades debidas al ausente (1). Con posterioridad á esta sentencia, una ley de 20 de Diciembre de 1823 ordenó que se entregara en la caja de las consignaciones el numerario que pertenezca á los que se presuman ausentes, y que se recibiera en virtud de las disposiciones de los arts. 112 y 113. Al ministerio público corresponde cuidar de la ejecucion de esta ley.

139. La aplicacion del art. 114 da lugar á una cuestion sobre la cual están divididos los autores. Se pregunta si el ministerio público puede ejercer las acciones que corresponden al ausente, ó si debe limitarse á solicitar el nombramiento de un curador que promueva en nombre del ausente. La corte de Metz ha decidido que el ministerio público sólo está encargado de promover por sí mismo por las personas cuya ausencia se presume, y hacer valer los derechos é intereses de esas personas (2). Esta es la opinion seguida generalmente por los autores, y creemos que está fundada en los principios verdaderos. Dar al ministerio público el derecho de intentar acciones en nombre del ausente, seria convertirlo en administrador; ahora bien, no es esa su mision, como tampoco es ese el objeto del art. 114: los representantes del ministerio público desempeñan sus funciones cerca del tribunal á que están adscritos; en materia civil, se unen á las partes en litigio, ó en los casos previstos por la ley, promueven por sí ante el tribunal; tal es el caso del art. 114. ¿De qué se trata en este artículo? De proveer á los intereses del ausente. ¿Quién prescribe esas medidas? El tribunal. ¿Quién las solicita? El ministerio público. A eso se limita su accion. Si pues hay

1 Sentencia de 26 de Abril de 1821 (Daloz, en la palabra *Ausentes*, núm. 79).

2 Sentencia precitada de 15 de Marzo de 1823. Consúltese á Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 81, Demolombo, t. II, p. 39, núm. 30.

derechos que perseguir, el ministerio público promoverá el nombramiento de un curador, pero no desempeñará por sí mismo las funciones de tal.

§ 2º Efectos de la presuncion de ausencia en cuanto á los bienes del ausente.

140. El art. 112 encarga al tribunal tome las medidas necesarias para la administracion de los bienes del ausente. Se preguntó al consejo de Estado cuándo debia intervenir el tribunal. «Seria difícil, contestó Portalis, fijar el plazo dentro del cual se debe proveer á la conservacion de los bienes del ausente; se necesita juzgar de ello, en vista de las circunstancias. No hay peligro en que los tribunales tengan el derecho de sujetarse en el particular por la urgencia, y á fallar segun los casos.» El art. 112 está concebido en ese sentido. «Si hay necesidad,» dice la ley. La necesidad es, pues, la que da al juez el derecho y lo coloca en el deber de intervenir. La simple utilidad no bastaria. El tribunal no está llamado á aumentar el patrimonio del ausente, está llamado á conservarlo. Hay además un motivo de orden público que le ordena proceder con la mayor reserva. Nuestras antiguas costumbres dicen que cada cual en su casa es rey; es preciso que los magistrados respeten este asilo sagrado; no deben penetrar en él sino en caso de absoluta necesidad. ¿Cuándo se puede decir que hay esa necesidad? Al discutirse el título III en el consejo de Estado, Tronchet citó como ejemplos: si las tierras permanecen abandonadas sin cultivo, si la casa no está habitada, si se deterioran los muebles, los géneros y las mercancías. Es inútil detenerse en estas aplicaciones, puesto que la necesidad es esencialmente una cuestion de hecho. Hé ahí por qué el tribunal no debe intervenir si el ausente ha dejado un procurador autorizado competentemente. En ese caso