

ya no hay necesidad, toda vez que el mismo ausente ha providenciado la administracion de sus bienes; sólo que la procuracion no fuese bastante extensa, ó si llegare á cesar, la necesidad daría de nuevo al juez el derecho y la mision de proceder (1).

141. ¿Qué medidas puede ó debe prescribir el tribunal? No lo dice el código; el tribunal determinará, dice el art. 112. Sin embargo, el legislador señala una regla que sirve de guía y de límite al juez: «Si hay necesidad de proveer á la administracion *de todo ó parte* de los bienes dejados por una persona cuya ausencia se presume.» El tribunal no puede prescribir, pues, más que las medidas necesarias. Si la necesidad existe para todo el patrimonio del ausente, el tribunal proveerá á él; si basta tomar medidas para ciertos bienes, el tribunal limitará su accion á la estricta necesidad. Antes era uso nombrar un curador encargado de administrar los bienes del ausente. El código no lo ordena ni lo prohíbe. Quiere decir que los tribunales tienen un poder discrecional. En el derecho antiguo era costumbre nombrar un curador al ausente; pero, dice Bigot-Préameneu, tomados esos administradores con demasiada frecuencia de entre los agentes de negocios, han sido culpables de dilapidaciones; repitiéndose los casos en que, aun siendo de buena fé, ya por ignorancia, ya por descuido, han causado la ruina del ausente. Llegó á tal extremo el abuso, que el legislador prohibió que se nombraran curadores (2). En el consejo de Estado se demostró tambien una extrema desconfianza contra ellos. Es una exageracion, dice Regnier. La necesidad puede exigir que el tribunal provea á la administracion de todos los bienes dejados por el ausente; así es que será necesario nombrar un administrador general, á quien se le da el nombre de curador ó de

1 Foullier, *El derecho civil francés*, t. I, p. 335, núm. 382.
2 Ordenanza de 1667, tit. II, art. 80.

gerente, lo mismo da. Además, el tribunal puede prescribir garantías, y el ministerio público cuidará de que sean protegidos los intereses del ausente (1). Prevaleció esta opinion. Bigot-Préameneu dice en la Exposicion de los motivos, que no está prohibido el nombramiento de curadores, que lo harán los tribunales si lo estiman necesario, pero buscando todos los medios de evitar los inconvenientes á que expone esta medida (2). La jurisprudencia se ha declarado en este sentido (3). Naturalmente el tribunal es el que nombra un curador que se sujete á los poderes que quiera concederle. Pero estos poderes no pueden traspasar los límites de la administracion, puesto que en el primer período de la ausencia se hace todo en interés de la persona cuya ausencia se presume y para la conservacion de sus derechos. Lo dice el art. 112; no se trata más que de administrar el todo ó parte del patrimonio del ausente.

142. El tribunal tiene, pues, en principio, plena facultad para prescribir las medidas que juzgue necesarias. No hay más que una excepcion; la ley prevé un caso en el que dice lo que el juez debe hacer. El art. 113 expresa: Si el ausente está interesado en inventarios, cuentas, particiones y liquidaciones, el tribunal nombrará un notario que lo represente. ¿Por qué no se ha remitido el legislador á la prudencia del juez en este caso especial? Si la ley da poder pleno al juez cuando se trata de proveer á la administracion de los bienes de un ausente, es porque seria imposible prescribir las medidas que exigen las circunstancias, las cuales, dependiendo de los hechos, varian hasta lo infinito. No es igual cuando el ausente está interesado en la liquidacion de una herencia; la naturaleza de los dere-

1 Sesion del consejo de Estado del 24 fructidor año IX (Loché, t. II, p. 223, núm. 20).

2 Loché, *Legislacion civil*, t. II, p. 253, núm. 10.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 95.

chos que hay que proteger indica que el mejor defensor que puede tener el ausente, es un notario. Así lo tenía ya decidido una ley de 11 de Febrero de 1791. Los autores del código han conservado esta disposición en interés del ausente, lo mismo que por desconfianza contra los curadores (1).

La aplicación del art. 113 da lugar á algunas dificultades. Hay en él un primer punto que no da lugar á duda. ¿De qué sucesiones se trata? Claro es que de aquellas á que ha sido llamado el ausente ántes de que hubiese incertidumbre acerca de su vida, es decir, ántes de que hubiese presunción de ausencia. Efectivamente, según el art. 136, la herencia á que sea llamado un individuo cuya existencia se desconozca, recaerá exclusivamente en aquellas personas con las cuales aquel debía concurrir, ó en las que en su defecto tenían derecho á suceder.

¿Cuáles son las funciones del notario? La ley las indica: representa al ausente en los inventarios, cuentas, particiones y liquidaciones. Corresponde al tribunal limitar su acción ó extenderla. Si se limita á reproducir el texto de la ley, resultará que el notario no tiene que hacer más que los actos habituales de su ministerio. ¿Podrá pedir la partición? No, ciertamente, porque no es esa la misión del notario. Pedir una partición es un acto que traspasa los límites de un poder de administración. No puede hacerlo el tutor, ni el menor emancipado. Si el tribunal juzgara que era necesario promover la partición, debería dar expresamente esta misión al notario ó al curador á quien encargarse de los intereses del ausente. Todavía mucho menos podrá transigir el notario. Es hasta dudoso que pudiese conferirle este poder el tribunal. La ley lo llama á autorizar las transacciones hechas en nombre de un menor, pero pres-

1 Bigot-Préameneu, *Exposición de los motivos* (Loché, t. II, p. 253, núm. 10).

cribiendo otras garantías. En materia de ausencia, el tribunal no puede ordenar más que lo necesario; ahora bien, ¿se puede decir que la transacción sea una necesidad (1)?

§ 3º Efecto de la presunción de ausencia sobre el matrimonio.

143. La ausencia nunca disuelve el matrimonio, porque nunca tiene presunción de muerte. Volveremos á tratar de este principio, que es común á todos los períodos de la ausencia. Durante el primero, subsiste el matrimonio con todos sus efectos, aun en cuanto á los bienes. Si la ausencia de la mujer es la que se presume, el marido presente continúa el régimen bajo el cual se han unido los esposos, cualquiera que sea; en nada cambia esos derechos la ausencia de su mujer. En general, es administrador de sus bienes y usufructuario; continuará administrándolos y gozando de ellos. Si los cónyuges habían adoptado el régimen de separación de bienes, y si está ausente la mujer, habría lugar á solicitar medidas para la gestión de sus bienes, toda vez que, según ese régimen, ella es quien tiene la administración y el usufructo.

Si se presume la ausencia del marido, habrá lugar igualmente á tomar medidas para la administración de sus bienes, puesto que la mujer no tiene, bajo ningún régimen, un derecho sobre los bienes de su marido. En cuanto á los bienes comunes, si hay régimen de comunidad creemos que la mujer tomará la administración de ellos. Veremos que la ley le da ese derecho, aun después de la declaración de ausencia (art. 124); con mayor razón debe tenerla mientras se presume la ausencia. La mujer es socia; es cierto que

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, ps. 343-345. Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, t. I, p. 39 y siguientes, núm. 4. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 120-139.

no toma ingerencia alguna en la administracion de la comunidad cuando está presente el marido; pero estando ausente y por ende en la imposibilidad de manejar los intereses comunes, debe administrar la mujer asociada. ¿Necesita autorizacion judicial para desempeñar los actos de la administracion? No admite duda alguna la afirmativa. Subsiste el matrimonio con todos sus efectos; en consecuencia, la mujer permanece señalada de incapacidad jurídica. Se necesitaría una disposicion legal para eximirla de esa incapacidad, y la ley guarda silencio.

144. El art. 1427 confirma esta doctrina. Expresa que la mujer no puede obligarse para el establecimiento de sus hijos, en caso de ausencia del marido, sino despues de haber sido autorizada judicialmente. Si los cónyuges están casados bajo el régimen de la comunidad, la mujer puede, pues, obligarse con autorizaciór judicial á dotar á sus hijos. ¿Podrá también dar los bienes de la comunidad? Estos bienes no le pertenecen, son propiedad del marido, único que puede disponer de ellos. Eso decide la cuestion (1). Siendo propiedad del marido los bienes comunes y los suyos, no pueden los tribunales autorizar á la mujer para enajenarlos. Pueden únicamente dictar las medidas necesarias para la administracion de su patrimonio. Ahora bien, la doctrina no es una necesidad. Sería muy útil seguramente que así pudiera hacerse, pero para eso se necesitaría un texto, y no lo tenemos. Se ha propuesto, para llenar el vacío, aplicar por analogía el art. 511, que permite proveer al establecimiento de los hijos, en caso de incapacidad del padre, por medio de un consejo de familia, autorizado por el tribunal. Hay paridad de razon, dice Delvincourt (2). Es muy

1 Demolombe enseña que el art. 1427 permite á la mujer disponer de los bienes de la comunidad; la ley no lo dice así. (*Curso del código de Napoleon*, t. II, p. 426, núm. 315).

1 Delvincourt, *Curso del código de Napoleon*, t. I, p. 85, nota 4.

cierto esto; ¿pero es bastante un motivo de analogía para disponer del patrimonio del ausente mientras dura la presuncion de ausencia, cuando la ley no permite más que las medidas necesarias para la administracion de los bienes? No lo creemos; eso sería traspasar la ley, y en consecuencia formarla en vez de interpretarla.

§ 4º Efecto de la presuncion de ausencia en cuanto á los hijos.

145. Se presume la ausencia del padre, y está presente la madre; hay hijos comunes. Segun el art. 141, la madre tendrá la vigilancia de ellos y ejercerá todos los derechos del marido en cuanto á su educacion y á la administracion de sus bienes. ¿Es una tutela la *vigilancia* de que habla la ley? Bigot--Prémeneu dice en la Exposicion de los motivos: «Conforme con los principios que se expondrán en el título de las Tutelas, si vive la mujer del ausente, tiene la vigilancia de los hijos (1).» Quiere decir que la vigilancia confiada á la madre es una tutela parecida á la que se le confiere cuando sobrevive á su marido. Tal es también la doctrina de Proudhon. Creemos, con todos los demás autores, que debe rechazarse esta doctrina. No puede haber tutela mientras vive el padre; así, pues, el padre, aunque se presuma su ausencia, no se presume muerto. En vano se dirá que hay incertidumbre respecto de su vida: verdad es; pero esta incertidumbre no tiene otro efecto que el de tomar las medidas que exige la necesidad. Lo que se verifica tocante á los bienes, con mayor razon debe de hacerse respecto de las personas. También la ley dice que la mujer presente ejerce los derechos del marido. Ahora bien, el marido tiene la patria potestad;

1 Loaré, *Legislacion civil*, t. II, p. 253, núm. 11.

es, pues, esta potestad la que por derecho de devolucion se da á la mujer. Esto está en armonía con los principios generales que rigen la patria potestad en el derecho civil francés. El art. 203 dice que los esposos contraen la obligación comun de alimentar y educar á sus hijos. Esta disposición da implícitamente la patria potestad, á la mujer tanto como al marido; porque en nuestro derecho moderno, la patria potestad no es otra cosa que el deber de educar. Tambien el art. 372 dice que el hijo permanece sometido á la autoridad de sus padres, hasta su mayor edad ó emancipacion. El art. 373 agrega que el padre únicamente ejerce esta autoridad durante el matrimonio. Pero cuando está en la imposibilidad de ejercerla, la madre ocupa naturalmente su lugar. Esto es lo que quiere decir el art. 141, al disponer que la madre presente tendrá la vigilancia de sus hijos (1).

146. ¿Cuál es la extension de sus poderes? Ejerce todos los derechos del marido, dice el art 141, en cuanto á la administracion de los bienes de los hijos. El padre es administrador y no tutor. Lo mismo es la madre cuando lo reemplaza: no hay, pues, lugar á segunda tutela nombrada por el juez, ni tampoco hay hipoteca legal. La madre puede ejecutar los actos de administracion que el marido tiene el derecho de ejecutar como administrador legal. En el titulo de la Patria potestad, diremos cuáles son esos poderes. ¿Necesita la mujer autorizacion judicial para ejecutar los actos jurídicos que requiere la administracion? La cuestion está debatida, y hay en ella un motivo de duda. Acabamos de decir que la mujer del que se presume ausente, permanece señalada de incapacidad, y que no puede obligarse, si no es con autorizacion judicial. El art. 1427 es terminante. ¿Si la mujer es incapaz respecto de su pro-

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. 1º, p. 307. Consúltese á Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 548.

pio patrimonio, cómo habia de ser capaz en cuanto al patrimonio de sus hijos? Proudhon no comprende semejante contradiccion; concluye que la mujer debe, en todos casos, hacerse autorizar judicialmente (1). Existe, sin embargo, la contradiccion, y debe aceptarse, toda vez que resulta de la ley (2). La mujer presente permanece casada, en consecuencia, es incapaz; lo dice el art. 1427. Por otra parte, el art. 141, le confia la administracion de los bienes de sus hijos. Ahora bien, cuando la mujer casada administra, ya en virtud de la ley, si hay separacion judicial, ya en virtud del contrato de matrimonio, si hay separacion estipulada, administra libremente, es decir, sin necesitar autorizacion (arts. 1449 y 1536). Lo mismo debe decirse cuando la ley le confia la administracion de los bienes de sus hijos en caso de ausencia del marido. Seria imposible la administracion si, para cada acto, debiese la mujer recurrir á los tribunales. En cuanto á la contradiccion que resulta en la posicion de la mujer, es real; pero no corresponde al intérprete corregir la ley. Desde que la mujer es llamada á administrar sus bienes, deberia ser libre, como lo es cuando administra los bienes de sus hijos.

147. El art. 141 dice tambien que la madre ejerce todos los derechos del marido en cuanto á la educacion de los hijos. Eso es demasiado absoluto. Cuando la madre ejerce la patria potestad de su propio jefe, en caso de sobrevivirle, no tiene todos los derechos de que gozaba el marido. La ley restringe el poder de correccion que concede á éste (arts. 376 y 381). Es imposible que la mujer tenga poderes más extensos, cuando reemplaza á su marido en el ejercicio de la patria potestad. Efectivamente, las razones porque ha creído el legislador, deber limitar el de-

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. 1º, p. 309.

2 Esta es la opinion general (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 551).

recho de correccion cuando la madre es quien lo ejerce, subsisten cuando ocupa el lugar de su marido; más adelante diremos cuáles son estas razones. Estamos, pues, en el caso de decir: Cuando hay la misma razon para decidir, debe haber la misma decision. Tal es tambien la opinion general (1).

La ley dice, que la madre ejerce *todos* los derechos del marido, en cuanto á la *educacion*. ¿Quiere decir esto que la mujer tiene todos los derechos que se derivan de la patria potestad? No lo creemos; en efecto, el derecho de educacion es el que constituye la esencia de la patria potestad en nuestro derecho moderno. Por otra parte, la madre tiene esta autoridad con igual título que el padre; debe, en consecuencia, ejercerla en toda su plenitud cuando el padre esté en la imposibilidad de hacerlo. De aquí resulta que la madre presente puede emancipar á sus hijos. Nada más lógico; al que ejerce la patria potestad, corresponde emancipar á los que están sometidos á ella (art. 477) (2).

Se pregunta si bastará el consentimiento de la madre para el matrimonio de sus hijos. Esta no es ya cuestion de patria potestad, porque los ascendientes que no tienen esta autoridad, deben, no obstante, consentir en el matrimonio de sus descendientes. Debe decidirse, como lo diremos en el título del Matrimonio, que ha lugar á aplicar el art. 149, en cuyos términos, si alguno de los padres está imposibilitado de manifestar su voluntad, será bastante el consentimiento del otro.

148. El art. 142 prevé otra hipótesis. El padre es el que ha desaparecido, habiendo ya muerto la madre, ó falleciendo ántes de que se haya declarado la ausencia del pa-

1 Durantou, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 420, núm. 519; De molombe, *Curso del Código de Napoléon*, t. II, p. 423, núm. 213.

2 Esta es la opinion general (Valette sobre Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 306, nota).

dre. En este caso, la *vigilancia* de los hijos es conferida por el consejo de familia á un ascendiente, pero sólo seis meses despues de la desaparicion. ¿Por qué la espera de seis meses para proveer al cuidado de los hijos? Bigot-Prémeneu contesta: «Si ya no existe la madre, no se podría creer que el padre no hubiese tomado al partir ninguna precaucion para el cuidado y alimentacion de sus hijos; pero tambien se presume que estas precauciones sólo han sido tomadas por un corto espacio de tiempo y con la esperanza de un próximo regreso (1).» Nada más natural, que esas presunciones; pero se desvanecen ante la realidad. ¿Si ha desaparecido el padre sin tomar ninguna medida, se deberá esperar seis meses para proveer al cuidado de los hijos? No podrá conferirse la tutela, sino después de seis meses; el texto es terminante. Hay, sin embargo, un motivo de duda, y es que la razon dada por el orador del gobierno para suspender la apertura de la tutela, llega á cesar en ese caso. ¿Por qué, pues, no se confiere? Porque en los primeros meses que siguen á la desaparicion del padre, todas las probabilidades están por su vida; debe esperarse de un dia á otro su vuelta, y en esta esperanza, conviene no apresurarse demasiado á nombrar tutor, que vendria á inmiscuirse en los asuntos y secretos de aquel cuya ausencia se presume. ¿Quiere decir que los hijos permanecerán sin vigilancia durante seis meses? No, en verdad. Este es uno de los casos en que necesita intervenir el tribunal, y, si es preciso, el ministerio público promoverá las medidas necesarias.

Lo mismo es si llega á morir la madre; se necesita, además, en este caso, esperar seis meses para conferir la tutela. ¿Seis meses despues del fallecimiento, ó seis meses despues de la desaparicion? El texto dice: *Seis meses despues*

1 Bigot-Prémeneu, Exposicion de los motivos (Loché, t. II, p. 253, núm. 11).