

de la desaparición del padre. Esto significa que si no han transcurrido los seis meses cuando fallezca la madre, será necesario esperar á que hayan transcurrido, ántes de conferir la tutela. Que si la madre fallece despues de los seis meses, se procederá en el acto al nombramiento de tutor, porque ya no existe ningun motivo para esperar (1).

Nosotros decimos que en las dos hipótesis, ha lugar á conferir la tutela. El código se sirve de la expresion *vigilancia*, que se encuentra igualmente en el art. 141. En éste, la palabra *vigilancia* significa patria potestad; ¿por qué la misma palabra tiene el significado de tutela en el art. 142? Porque este artículo supone la defuncion de la madre; ahora bien, la tutela comienza luego que fallece uno de los padres. Aquel cuya ausencia se presume era tutor cuando desapareció, si ya habia fallecido la madre, ó llega á serlo si la madre presente muere. Pero como el ausente no puede manejar la tutela, se necesita que sea reemplazado. La *vigilancia* de que habla el art. 142, es, pues, una tutela. La tutela que corresponde al ausente y que es conferida á un tutor provisional. Así lo determina la ley cuando no hay ascendiente; lo mismo debe ser cuando es un ascendiente el encargado de la *vigilancia*; porque la naturaleza de ésta no puede cambiar segun sea la persona que la ejerza, ya sea un extraño ó un ascendiente. De aquí se sigue, que ha lugar á la tutela nombrada por el juez y á la hipoteca legal (2).

El art. 142 previene que el consejo de familia conferirá la *vigilancia* á los ascendientes más cercanos, y en su defecto, á un tutor provisional. Esta disposicion no está en armonía con el derecho comun. Segun el art. 402, la tutela es conferida por la ley, sin que intervenga el consejo

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 556.

2 Esta es la opinion general. Sólo Demante profesa la opinion contraria (*Curso analítico*, t. I, p. 294, núm. 182 bis, II).

de familia. ¿Por qué, en caso de ausencia, la tutela de los ascendientes es dativa, cuando por regla general, es legítima? En vano se buscaria la razon de esta diferencia. La anomalía se explica por los trabajos preparatorios. Segun el proyecto de código, el consejo de familia estaba llamado á conferir la tutela á los ascendientes; el art. 142 no hacia, pues, más que aplicar á la ausencia un principio de derecho comun. Más tarde se cambió de sistema; la tutela de los ascendientes fué conferida por la ley. Se habria debido modificar el art. 142, para ponerlo en relacion con el nuevo principio; pero no llegó á hacerse por estar ya publicado el título de la Ausencia. De ahí la contradicción. ¿No podria el intérprete salvarla, explicando el art. 142 por el 402? Se ha dicho que la primera de esas disposiciones estaba derogada por la segunda (1). Eso es inadmisibile. No hay derogacion expresa, y la derogacion tácita no tiene lugar sino cuando dos leyes son incompatibles. En el asunto no existe esta incompatibilidad; porque el art. 142 no determina más que acerca de una tutela provisional, mientras que el 402 supone una tutela definitiva, que comienza con la defuncion del padre que haya fallecido al último. En el caso del art. 142, uno de los padres vive aún, ó cuando ménos, no está probada su muerte (2).

149. El art. 143 prevé una última hipótesis. Supone que aquel cuya ausencia se presume deja hijos habidos en matrimonio precedente, y decide que se debe aplicar la disposicion del art. 142, es decir, conferir la tutela seis meses despues de la desaparicion del ausente. El caso es, en efecto, idéntico. De derecho, los hijos están y permanecen bajo la tutela del padre ó de la madre que ha desaparecido; pero como el ausente no puede ejercer la tutela,

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 364, núm. 4.

2 Esta es la opinion general (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 560 y 561).

la ley cuida de que sea reemplazado. Hay, por lo mismo, lugar al nombramiento de tutor provisional por el consejo de familia. Esto no se hace sino despues de seis meses, por las razones que acabamos de exponer.

150. Falta una cuestion que no ha previsto el código, y que es la más difícil. Se presume la ausencia del padre; la madre está presente, y da á luz un niño, pasados diez meses de la desaparicion de su esposo. ¿Cuál es el estado del niño? ¿puede invocar la presuncion de legitimidad establecida en el art. 312? ¿puede ser combatida esta presuncion? ¿por quién? ¿no puede serlo más que por la accion de denegacion? ¿pertenece esta accion á los herederos del marido ó tiene lugar en la accion de disputa de legitimidad? La jurisprudencia y la doctrina están divididas acerca de estas graves dificultades. Expondremos desde luego la opinion que ha sido admitida por la corte de casacion. El hijo nacido y concebido despues de la desaparicion de su padre, se presenta á la sucesion de su madre. ¿Puede ser rechazado por sus hermanos y hermanas como hijo natural? La corte de Douai ha fallado que este hijo podia invocar la presuncion de legitimidad. El ausente habia desaparecido en 1814; en 1820 y en 1822 nacieron respectivamente un niño y una niña de la madre presente; fueron inscritos como hijos de su padre ausente; la sentencia dice que tenian ya la posesion de estado de hijos legítimos. En esto se fundó la corte para resolver que esos hijos eran legítimos, no habiéndose intentado contra ellos ninguna accion de denegacion. En vano se decia que habiendo sido declarada la ausencia, tocaba á ellos probar que en el momento de su concepcion vivia aún su padre. La corte rechazó las deducciones que se sacaban de la ausencia por una consideracion que le parecia concluyente: si la ley prescribe medidas en caso de ausencia, es únicamente para la conservacion de los bienes del ausente; no se puede, pues, apli-

car al estado civil de los hijos la probabilidad de muerte en que se funda la ley para conferir la administracion de los bienes del ausente á sus herederos. Lo que lo prueba es que subsiste el matrimonio, aún cuando la ley reparta definitivamente los bienes del ausente entre sus herederos; así, pues, las consecuencias del matrimonio tambien deben ser conservadas; por lo mismo, la presuncion de legitimidad establecida en el art. 312, aprovecha á los hijos y no puede ser combatida si no es por la accion de denegacion (1).

Al recurso de casacion sobrevino una sentencia reprobativa. La suprema corte, diferenciándose de la corte de Douai, se coloca en el terreno de los principios que rigen la ausencia. Aun despues de la declaracion de ésta, dice, no se reputa al ausente ni muerto ni vivo; así, el que funda su demanda en la vida ó en la muerte del ausente, es quien tiene que presentar la prueba de ese hecho. Ahora bien, en el presente caso, la hermana de los hijos nacidos despues de la desaparicion del ausente, es la que sostiene que éstos son ilegítimos; por lo mismo, á ella toca probar que el ausente estaba muerto cuando fueron concebidos los hijos; y como no puede producir esta prueba, debe declararse inadmisibile la demanda (2).

No admitimos ni la hipótesis de la corte de casacion ni la de la de Douai. Desde luego hacemos constar que al desecharse el recurso, la suprema corte condena los motivos en que está fundada la sentencia de Douai; en efecto, aplica precisamente los principios que la corte de apelacion habia declarado anaplicables. En este primer punto estamos de acuerdo. Nos parece imposible dividir el esta-

1 Sentencia de 18 de Noviembre de 1861 (Daloz, *Recopilacion periodica*, 1862, 2, 25).

2 Sentencia de 15 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864, 1, 154).

do del ausente invocando la probabilidad de muerte para poner á los herederos en posesion de sus bienes, y rechazar esta probabilidad cuando se trata de determinar el estado de sus hijos. ¿Qué es en definitiva la ausencia? Es, de hecho y de derecho, la incertidumbre sobre la vida y la muerte del ausente. ¿Cómo tendria efecto esta incertidumbre sobre los bienes y no habia de tenerlo en cuanto al estado de los hijos? Se dice que á pesar de la ausencia subsiste el matrimonio. Sí, pero es que para disolver el matrimonio se necesita más que la incertidumbre de la vida, es preciso la prueba de la defuncion. Falta saber si tambien es necesaria esta prueba para que los hijos nacidos despues de la desaparicion del ausente sean declarados ilegítimos.

Estos hijos, dice la corte de casacion, nada tienen que probar, tienen para sí una acta de nacimiento confirmada con la posesion de estado; en consecuencia, los que niegan su legitimidad tienen que probar que el marido de la madre habia muerto en la época del nacimiento de aquellos. Creemos que está mal planteada la cuestion. Se trata de saber si en caso de ausencia del marido, los hijos que nazcan de su mujer pueden invocar la presuncion de legitimidad que resulta del matrimonio. No es el acta de nacimiento la que prueba su legitimidad, ni la del matrimonio, sino únicamente la presuncion que sobre éste establece el art. 312, la presuncion de que el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido. Ahora bien, basta leer el final del art. 312 para convencerse de que la ley supone con vida al marido, lo cual, por lo demás, nos lo dice el buen sentido. El marido vivo está presente; ha podido, pues, cohabitar con su mujer; esta posibilidad de cohabitacion es el fundamento de la presuncion. Si, pues, la cohabitacion es imposible, no puede ser cuestion ya de una legitimidad fundada en esta cohabitacion. Sentado es

to, ¿habrá necesidad de probar que el marido no podia cohabitar con su mujer, cuando nacen los hijos seis ú ocho meses despues de que aquel ha desaparecido? Desde ese punto, no puede ser cuestion ni de presuncion de legitimidad, ni de posesion de estado de hijo legítimo. ¡Cómo! ¡un hijo concebido cuando el marido de la madre está ausente desde hace seis ú ocho años, es decir, cuando no se sabe si vive todavía, cuando hay ya graves probabilidades de que haya muerto, se dirá que este hijo tiene la posesion de estado de hijo legítimo! Es notoriamente hijo natural; ¿cómo, pues, seria considerado en la opinion pública como hijo legítimo?

Hay otro error, además, á juicio nuestro, en la sentencia de la corte de casacion. Supone que el hijo que invoca la presuncion del art. 312 nada tiene que probar desde que presenta el acta de su nacimiento y que es constante el matrimonio. Eso no es exacto. Es de principio que el que alega una presuncion debe probar que está en el caso previsto por la presuncion; debe por lo mismo establecer todas las condiciones requeridas por la ley existente. ¿Y cuáles con esas condiciones, cuáles los elementos esenciales de la presuncion de legitimidad? ¿Basta presentar las actas de nacimiento y matrimonio? Sí, si es cierta la existencia del marido. Seria, por cierto, absurdo invocar esta presuncion, cuando el marido no existiera ya en el momento de la concepcion; la ley declara que puede ser disputado el estado del hijo nacido más de trescientos dias despues de la disolucion del matrimonio (art. 315). Pues bien, la ausencia forma un estado intermediario entre la vida y la muerte; desde que es declarada, hay duda legal sobre la vida del ausente. Desde ese instante hace falta uno de los elementos que constituyen la presuncion de legitimidad, la certidumbre de la vida; en consecuencia, el hijo no puede invocar la presuncion del art. 312. El es, pues, quien debe

ser declarado no admisible (1). En concepto nuestro, no ha lugar ni á denegacion ni á disputa de legitimidad. La denegacion supone la existencia del padre en el momento de la concepcion. La disputa de legitimidad supone la muerte, y en caso de ausencia no hay ni vida ni muerte.

§ 5º Fin de la presuncion de ausencia.

151. La presuncion de ausencia acaba cuando reaparece el ausente ó da noticia de su persona. En el primer caso, caen de pleno derecho las medidas tomadas por el tribunal. El curador y el notario, si ha lugar á ello, rinden cuentas de su administracion al propietario, quien toma la administracion de sus bienes. Es inútil decir que acaba igualmente la vigilancia ó tutela provisional. Si el ausente da noticia de su persona, sin reaparecer, acaba igualmente la ausencia; pero por analogía de lo que dice el art. 131, en caso de declaracion de ausencia, el tribunal podrá prescribir medidas, ya para los bienes, ya en interés de los hijos.

La presuncion de ausencia acaba tambien si el ausente muere, ó se tiene la prueba de su fallecimiento. En ese caso se abre su herencia en beneficio de los herederos llamados á sucederle en esta época. Es necesario que los herederos sean capaces de suceder. Es preciso, pues, que hayan sido concebidos en aquel momento. Si hubiese nacido un hijo de la mujer presente más de trescientos dias despues de la muerte del marido, podrán rechazarlo las partes interesadas, disputando su legitimidad (art. 315).

Finalmente, la presuncion de ausencia termina por el fallo que declara la ausencia y abre el segundo periodo.

1 Esta es la opinion de Demolombe, *Curso del Código de Napoleon*, t. II, p. 365, núm. 267. Consúltese á Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 116. Acerca de esta cuestion existe una disertacion de M. Duprez, profesor de la universidad de Lieja (*Revista de derecho francés y extranjero*, por Félix, t. I (1844), p. 740 y siguientes).

CAPITULO III.

SEGUNDO PERIODO DE LA AUSENCIA.

SECCION I.—De la declaracion de ausencia.

152. ¿Por qué hay un segundo período de la ausencia? Por lo regular se contesta que la ley sustituye la presuncion de ausencia con la declaracion de ésta, en interés de los presuntos herederos. Estos son, en efecto, los que promueven la declaracion de ausencia, y á quienes se pone en seguida en posesion de los bienes del ausente. Es cierto que la ley toma en cuenta, en este segundo periodo, los derechos eventuales de los herederos. Pero no es exacto que para proteger esos derechos abre el legislador un nuevo periodo. Lo que prueba hasta la evidencia que no es así, es que el esposo presente, comun en bienes, puede optar por la continuacion de la comunidad, y si lo hace, impide la posesion provisional de los herederos. La ley, como expresa el art. 124, le da la preferencia para la administracion de los bienes del ausente; así, pues, no se trata aún más que de administrar los bienes, lo que implica que la ley se preocupe del ausente más que de sus herederos. Estos pueden permanecer sin derecho durante treinta y cinco ó cuarenta años, ¡y se quiere que de preferencia en interés de aquellos! la ley haya organizado un segundo periodo. No, durante la presuncion de ausencia, no autoriza más que las