

aunque la expresion sea idéntica, la significacion es esencialmente distinta. Mientras la ausencia es sólo *presumida*, todas las probabilidades están en favor de la vida del ausente, y el legislador se preocupa exclusivamente de sus intereses. En el segundo período, por el contrario, la prolongada duracion de la ausencia sin noticias hace nacer dudas sobre la existencia del ausente; en consecuencia, hay probabilidades de muerte. Desde ese momento el legislador ha creído deber dar principio á todos los derechos subordinados á la condicion del fallecimiento del ausente. De ahí la toma de posesion provisional. La declaracion de ausencia es el preliminar de esta posesion. Por lo mismo es lógico que todos los que tienen el derecho de pedir la posesion, lo tienen tambien para promover la declaracion de ausencia. Hé ahí las *partes interesadas* en la segunda parte de la ausencia (1). Se ve que nada hay de comun entre las partes interesadas del segundo período y las partes interesadas del primero.

158. Tal es el principio; vamos á hacer su aplicacion. Los presuntos herederos son los principales interesados, porque ellos son los que pueden pedir la posesion provisional de los bienes del ausente. Bajo el nombre de herederos se debe comprender á los sucesores irregulares. Los motivos en que están fundadas la declaracion de ausencia y la posesion provisional, no dejan duda alguna acerca de este punto. Además, tenemos un texto. «Si el cónyuge ausente, dice el art. 140, no ha dejado parientes hábiles que le sucedan, el otro cónyuge podrá pedir la posesion provisional de los bienes.» Lo que la ley dice del cónyuge, se aplica por identidad de razon á los hijos naturales y al Estado. El cónyuge tiene además un derecho que le es es-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, art. 115, núm. 2, (tomo I, ps. 48 y siguientes).

pecial; si es comun en bienes, puede optar por la continuacion de la comunidad. Tambien bajo este título está interesado en promover la declaracion de ausencia.

La ley no convoca solo á los presuntos herederos á la posesion provisional, dice que «todos los que tuvieren sobre los bienes del ausente derechos subordinados á la condicion de su fallecimiento, podrán ejercerlos provisionalmente.» Tales son, dice el art. 123, los donatarios y legatarios. Por donatarios entiende el código á los herederos que se derivan de un contrato, á los cuales ha dado el ausente todo ó parte de los bienes que dejará á su muerte. Tales son tambien los que están llamados á una sustitucion autorizada con que esté gravado el ausente, el ascendiente donatario, el donatario con estipulacion del derecho de reintegro, el propietario de unos bienes de los que el ausente tenia el usufructo (1). Hay, no obstante, alguna duda para todas esas personas; son partes interesadas en el sentido de que la ley les permite pedir la posesion provisional, para la cual es una condicion prévia la declaracion de ausencia. Pero el art. 113 no les permite pedir la posesion provisional bajo el mismo título que los presuntos herederos; parece exigir que ante todo hayan obtenido los herederos la posesion provisional; entónces, dice, se abrirá el testamento, entónces todos los que tienen derechos subordinados á la condicion del fallecimiento del ausente, podrán ejercerlos. ¿No es esto decir que únicamente los presuntos herederos tienen la iniciativa, y que los demás que tengan derecho deben esperar á que los herederos hayan promovido la declaracion de ausencia y pedido la posesion provisional? Esta interpretacion restrictiva de la ley es rechazada generalmente, y con razon. En lo relativo á la declaracion de ausencia, tenemos un texto: las *partes interesadas*, dice el

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 323, núm. 419.

art. 115, pueden promover. Hé ahí una expresion general que comprende á todos aquellos de quienes la ley toma en consideracion los intereses en el segundo período de la ausencia. Basta, pues, que una persona tenga un derecho subordinado á la condicion del fallecimiento del ausente, para que sea parte interesada. Poco importa cuándo y bajo qué condiciones ejerza este derecho; está en todo caso interesada en que sea declarada la ausencia, puesto que sin este requisito no puede obtener la posesion. Tratándose de la posesion provisional, veremos que se necesita ir más léjos y decidir que los que tienen derechos subordinados á la defuncion del ausente pueden ejercerlos, aún cuando los presuntos herederos no pidieran la posesion. Esta es una razon decisiva para darles el derecho de promover la declaracion de ausencia (1). La jurisprudencia está en este sentido (2).

Se presenta otra cuestion que nos parece mucho más dudosa. Se pregunta si los cesionarios de los presuntos herederos pueden promover la declaracion de ausencia. La solucion depende de saber si los herederos pueden ceder sus derechos. Más adelante examinaremos la cuestion. Nos falta ver si las personas que son partes interesadas en el primer periodo pueden pedir la declaracion de ausencia. La negativa nos parece evidente. Se trata de acreedores y del ministerio público. En cuanto á los acreedores del ausente no tienen ningun interés en pedir la declaracion de ausencia, porque esta declaracion es un preliminar requerido para que pueda tener lugar la posesion; ahora bien, ¿si ellos no pueden obtenerla, con qué objeto harian declarar la ausencia? Por lo demás, no tienen necesidad de la declaracion de ausencia ni de la toma de posesion provi-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes* (t. I, ps. 49 y siguientes). Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 172.

2 Sentencia de la corte de Colmar de 26 de Junio de 1823 (Dalloz, en la palabra *Ausentes*, núm. 177).

sional, toda vez que pueden proseguir el ejercicio de sus derechos sin que haya posesion, y bastarán para proteger sus intereses las medidas que á pedimento suyo prescriba el tribunal para la administracion de los bienes del ausente (1). Es más evidente todavía que el ministerio público no puede proseguir la declaracion de ausencia; su accion no tendria ningun objeto, puesto que no daria ningun resultado, no pudiendo el ministerio público pedir la posesion, ni obligar á los herederos á pedirla. Tambien el código dice (art. 114) que el ministerio público está especialmente encargado de velar por los intereses de las personas que se reputan ausentes.

Segun el art. 116, la informacion que se levanta para llegar á la declaracion de ausente, debe tener lugar con audiencia del procurador del rey. Eso prueba que el ministerio público, léjos de tener la mision de promover la declaracion de ausencia, está más bien llamado á combatirla. Debe cuidar de que la informacion se haga con imparcialidad á fin de que se descubra la verdad; si cree que el ausente vive todavía, debe oponerse á que sea declarada la ausencia. Está colocado en el lugar que le señala el art. 114, puesto que vigila en interés de uno á quien se reputa ausente.

159. ¿Cuál es el tribunal competente para pronunciar la declaracion de ausencia? No lo dice el art. 115. En el consejo de Estado, el ministro de justicia dijo que el tribunal del domicilio debe ser el juez de la ausencia (2). Debe agregarse: ó el tribunal de la residencia, si el ausente no tiene domicilio ó no se le conociese. Todos están de acuerdo; ¿pero por qué el tribunal del domicilio es el único competente? Hay autores que contestan: Porque se trata de

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 322, núm. 415.

2 Sesion del 24 fructidor año IX (Loché, t. II, p. 222, núm. 13).

una cuestion de estado (1). ¿En qué se interesa el estado de un ausente, en el fallo que declara la ausencia? Cuidémonos de esas palabras huecas que nada dicen á la mente. La razon de que intervenga el tribunal del domicilio del ausente en todos los períodos de la ausencia, es muy sencilla. Es la aplicacion de un principio general; todos los actos judiciales ó extrajudiciales que interesan á una persona se verifican en su domicilio. Para el ausente sobre todo debe ser así; en su domicilio es en donde es conocido el ausente, allí es donde tiene sus relaciones, y allí es donde se tendrá noticia de su persona; en consecuencia, el juez del domicilio, por la naturaleza de las cosas, es el único competente para declarar la ausencia.

160. El código prescribe las formalidades que deben llenarse para llegar á la declaracion de ausencia. Debemos detenernos en este punto, porque esas medidas tienen por objeto garantizar los intereses del ausente. El art. 116 dice que para hacer constar la ausencia, el tribunal, despues de examinar todos los documentos presentados, dispondrá que se haga una informacion con audiencia del procurador imperial. Se pregunta si el tribunal debe ordenar la informacion cuando las piezas ó documentos le den la conviccion de que el ausente vive todavía, y que, en consecuencia, puede volver de un momento á otro. Es evidente que no, y todos están de acuerdo en ello. En principio, el tribunal no debe levantar informacion cuando esté suficientemente instruido. ¿Pero se deberá deducir de esto que el tribunal podria declarar la ausencia sin proceder á una informacion? Toda la economia de la ley prueba lo contrario. Desde luego el art. 116 está concebido en términos imperativos: «el tribunal *dispondrá.*» Luego el tribunal no puede declarar inmediatamente la ausencia; se necesita

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, p. 26, núm. 20.

el intervalo de un año entre el fallo que haya ordenado la informacion, y la declaracion. Así, pues, es de todo punto necesario que intervenga un fallo que determine la informacion, y, en consecuencia, que la informacion se levante. Por último, ese fallo preparatorio deberá hacerse público (arts. 119 y 118). La informacion es, pues, un elemento esencial del procedimiento (1). Eso se concibe. La informacion hace conocer las causas de la ausencia, las razones que la pueden prolongar, los motivos que tiene el ausente para no dar noticia de su persona, las circunstancias que hacen probable su muerte; despues de la reunion de estos hechos es cuando decidirá el juez si hay ó no incertidumbre sobre la vida del ausente.

La ley cuida de que la informacion ministre al tribunal todos los hechos que sea posible recoger. Se hace en todos los lugares en que el ausente tenga un establecimiento; si tiene una residencia distinta de su domicilio, habrá dos informaciones, y se harán tres si tuviere dos residencias. La ley previene que la informacion se levante con audiencia del procurador del rey; prevé que los herederos que promueven la declaracion de ausencia, teniendo interés en hacerla declarar para disfrutar de los bienes del ausente, presenten testigos complacientes ó ignorantes, lo que daria margen á ocultar la verdad en vez de revelarla. El ministerio público velará por los intereses de aquel que todavía no está reputado ausente.

Estas dobles ó triples informaciones no implican que varios tribunales estén llamados á declarar la ausencia. De ello podrian resultar fallos contradictorios. El tribunal del domicilio es el único que determina la informacion; si debe levantarse alguna en la jurisdiccion de otro tribunal, el del domicilio le dirige un recado suplicatorio al efecto. Así es

1 Marcadé, t. I, p. 262, art. 116, núm. 1. Durantón, t. I, p. 329, núm. 422. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 188.

como ha explicado el ministro de justicia la economía de la ley en el consejo de Estado (1).

La informacion no liga al juez. Aun cuando estableciera que desde hace cuatro ó diez años desapareció una persona sin dar noticias suyas, no obligaria al tribunal á declarar la ausencia. Segun el art. 117, el tribunal, al determinar en vista de la demanda, tendrá en cuenta los motivos de la ausencia y las causas que han podido impedir tener noticia del individuo reputado ausente. «Tal seria, dice Bigot-Prémeneu, el proyecto que el ausente habria anunciado de permanecer varios años en alguna region lejana; tal seria la empresa de un viaje por tierra ó mar, que por su objeto ó grandes distancias exigiera un tiempo dilatado. Los jueces podrán tambien inquirir en las informaciones si ha habido causas particulares que impidan el que reciban noticias del ausente. Tales serian la cautividad, la pérdida de un buque ú otros acontecimientos que pudieran determinar al tribunal prolongar los plazos (2).»

El poder discrecional confiado al juez promovió reclamaciones en el seno del consejo de Estado. Bérenger hizo notar que las leyes que dejan demasiada extension á los tribunales engendran la arbitrariedad y despojan á los ciudadanos de la garantía que debe ofrecerles una justicia imparcial é inmutable. Por el contrario, contestó el primer cónsul, las leyes que encadenan al juez y que le quitan toda libertad de accion, producen un inconveniente mucho más grave; obligan al juez á dictar sentencias que reprueba su conciencia, es decir, á dar fallos injustos; débese, pues, dejar cierta facultad á los tribunales á fin de que puedan tomar en cuenta las circunstancias de la causa. Thibaudeau apo-

1 Sesión del 24 fructidor año IX (Loché, t. II, p. 222, núm. 13. Consúltese la exposicion de los motivos de Bigot-Prémeneu (Loché, t. II, p. 254, núms. 14 y 15).

2 Loché, *Legislacion civil*, t. II, p. 254, núm. 16.

yó las consideraciones presentadas por el primer cónsul: la ausencia, dijo, no tolera reglas tan precisas como las demás materias del derecho civil; el legislador está obligado á guiarse por presunciones fundadas en probabilidades. Esto significa que los hechos representan un papel importante en la ausencia; ahora bien, los hechos no pueden reducirse á principios inmutables. Se debe, por lo mismo, dejar al juez el poder de apreciarlos (1). Esta observacion, en concepto nuestro, es concluyente. Cuando la ley puede sentar una regla absoluta, debe hacerlo; porque se necesita una ley que ate al juez, si se quiere una justicia imparcial. Pero cuando la regla absoluta diera por resultado la iniquidad, entónces debe darse cierta facultad al juez.

161. El art. 119 dice que la sentencia de la declaracion de ausencia no se pronunciará sino un año despues del fallo en que se ordenara la informacion. Para comprender el objeto de esta disposicion se necesita acercarla al art. 118, segun el cual los fallos, tanto preparatorios como definitivos, se remitirán al ministerio de justicia para que los haga públicos. La publicidad es una garantía de gran valor para el ausente: le hará saber, si vive todavía, que sus presuntos herederos piden la declaracion de ausencia, á fin de obtener la toma de posesion provisional de sus bienes. Podrá prevenir una y otra dando noticia de su persona. El primer cónsul fué quien insistió en el consejo de Estado, sobre la necesidad de dar la mayor publicidad á las medidas, tanto preparatorias como definitivas, prescritas por los tribunales. Su proposicion tuvo alguna resistencia entre los legistas; segun éstos, siendo tan activas las relaciones internacionales, seria una precaucion inútil la publicacion de los fallos. El primer cónsul contestó que la ausencia suponía precisamente circunstancias excepcionales,

1 Sesión del consejo de Estado del 4 frimario año X (Loché, t. II p. 234, núm. 11).

y que en consecuencia, era necesario multiplicar los medios de obtener noticias del ausente (1).

El código no reglamenta la publicidad. Bigot-Préameu dice, en la Exposicion de los motivos, que el ministerio de justicia empleará no solo el medio de los papeles públicos, sino que también pondrá en juego, en las plazas de comercio, las correspondencias con todas las partes del globo. De esta manera todos los que estén en relacion con el ausente podrán dar noticias de su persona, y el mismo ausente podrá conocer, por la fama, las consecuencias perjudiciales de su prolongada ausencia (2).

SECCION II.—De la toma de posesion provisional.

§ 1º ¿Quién puede pedirla?

NUM. 1. DE LOS PRESUNTOS HEREDEROS.

162. El art. 120 dice que los presuntos herederos del ausente, el día de la desaparicion de éste ó de sus últimas noticias, podrán en virtud del fallo que haya declarado la ausencia, obtener la posesion provisional de sus bienes. ¿Por qué convoca la ley á los presuntos herederos de esta época, más bien que á los parientes, que son herederos á la hora de la declaracion de ausencia? De pronto se tiene la intencion de decir que la ley implica un absurdo. Efectivamente; ¿poner en posesion á los presuntos herederos el día de la desaparicion ó de las últimas noticias, no es suponer que el ausente ha muerto el mismo día en que dejara su domicilio, ó el en que escribió su última carta? Hé ahí una presuncion que por cierto no estaria fundada en una

1 Sesion del consejo de Estado del 16 fructidor año IX (Loché, t. II, p. 214, núm. 12).

2 Loché, *Legislacion civil*, t. II, p. 254, núms. 13 y 17.

probabilidad. Tampoco es una verdadera presuncion. Debiase necesariamente fijar una época; la ley, en la incertidumbre absoluta en que se encuentra sobre la suerte del ausente, se ha decidido por aquella en que ha dado la última señal de vida.

Por aplicacion del principio sentado en el art. 120, debe decidirse que los hijos concebidos en una época posterior á la desaparicion ó á las últimas noticias, no pueden obtener la toma de posesion provisional. La consecuencia, por evidente que sea, ha sido debatida; pero la jurisprudencia se ha pronunciado en ese sentido; ¿y cómo es posible vacilar un momento? Es necesario ser heredero á la hora de la desaparicion ó de las últimas noticias; ahora bien, ¿se puede ser heredero cuando no se ha sido concebido, cuando no se existe aún (1)?

¿Quiénes son los presuntos herederos que pueden pedir la toma de posesion? Entiéndese por presuntos herederos á aquellos á quienes la ley convoca á la sucesion; en consecuencia, los parientes en el orden en que suceden, y en cada orden, los más cercanos en grado, salvo el beneficio de representacion. ¿Si no se presentan los herederos más cercanos, podrán obtener los demás la toma de posesion? La afirmativa es indudable. Si por lo regular los más inmediatos deben ser puestos en posesion, se supone que ellos la piden; pero esta es una facultad de que pueden no hacer uso; su inaccion no debe impedir á los demás parientes presentarse. Porque, no lo olvidemos, la ley concede la posesion provisional á los herederos, más que en su interés, en el del ausente; así, pues, cuando los más cercanos descuidan los intereses del ausente, hasta el extremo de no

1 Dos sentencias de la corte de Tolosa han decidido la cuestion en diferente sentido; no tienen autoridad alguna en presencia del texto expreso del art. 120. Véanse las sentencias de la corte de casacion de 3 de Diciembre de 1834 (Daloz, *Compilacion periódica*, 1835, 1, 135, y sentencia de Douai de 12 de Julio de 1856 (Daloz, 1856, 2, 292).