



## CAPITULO V.

REGLAS COMUNES A LOS TRES PERIODOS DE LA AUSENCIA

SECCION I.—*Del matrimonio del ausente.*

245 ¿Puede el cónyuge presente contraer nuevo matrimonio mientras dura la ausencia? Nó, el art. 139 implica que si el cónyuge contrajese nueva unión, ésta sería nula. Este principio se funda de ordinario en la indisolubilidad del matrimonio. Verdad es que no disolviéndose el matrimonio sino por la muerte ó el divorcio, el cónyuge presente no puede contraer segundo matrimonio mientras subsiste el primero. Pero puede preguntarse ¿por qué no ha sido considerada por el legislador la ausencia como una causa de disolución? Porque la ausencia nunca es una presunción legal de muerte; si en razón de la incertidumbre que reina sobre la vida del ausente, el código civil prescribe medidas que, durante el último periodo, son análogas á las que la ley establece en caso de una sucesión abierta, estas medidas no tienen, sin embargo, un carácter definitivo; no son más que provisionales, si el ausente vive todavía. La cuestión del matrimonio se reduce, pues, á preguntar: ¿Podía la ley declarar la disolución provisional del matrimonio? Bigot-Prémeneu contesta: «No podría depender de una simple presunción el más importante de los contratos, bien para declarar concluido el que hubiere

sido formado, bien para formar uno nuevo que no sería, al regresar el cónyuge ausente, más que objeto de escándalo ó de confusión» (1).

246. Si el esposo presente contrae nuevo matrimonio durante la ausencia de su cónyuge, el matrimonio es nulo. Pero ¿quién puede pedir la nulidad? El art. 139 contesta: «Sólo el cónyuge ausente será admisible para combatir ese matrimonio.» Esta disposición se aplica sin dificultad mientras dura la ausencia; quiere decir, mientras el ausente no regresa ó da noticia de su persona. Nadie podrá combatir el matrimonio que el cónyuge presente hubiere contraído. Esto es una derogación del derecho común. Cuando un cónyuge se vuelve á casar antes de la disolución del primer matrimonio, hay bigamia, y en ese caso, siendo absoluta la nulidad, cual quiera parte interesada puede pedirla, lo mismo que el ministerio público (arts. 184, 187, 188 y 190). ¿Por qué no puede ser combatido el matrimonio contraído por el cónyuge presente? Porque hay incertidumbre sobre la vida y la muerte del cónyuge ausente. Es posible y hasta probable que haya fallecido. De consiguiente, es posible y probable que no haya bigamia. De aquí que la ley ne pudiese permitir que se combatiera el matrimonio del cónyuge presente, tanto tiempo como dure esta incertidumbre. Como decía el abogado general Gilbert des Voisins, «la incertidumbre de la muerte de uno de los cónyuges nunca debe bastar para contraer nuevo matrimonio; pero tampoco debe bastar para turbar un matrimonio contraído (2). Eso está fundado en la razón y también en los principios de derecho. ¿Por qué el legislador autoriza, por qué excita de cierta manera á todas las personas interesadas en pedir la nulidad del matrimonio en

1 Exposición de los motivos, núm. 32 (Loché, t. II, p. 259)

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 525.

caso de bigamia? Porque hay escándalo público, inmoralidad, crimen. Cuando el cónyuge de un ausente contrae nueva unión, comete una imprudencia; pero las más veces hay buena fe en ello, de consiguiente, no hay inmoralidad ni escándalo, y el orden moral no se perjudica; en consecuencia, no hay ninguna razón para combatir el matrimonio.

Por aplicación de estos principios, se ha fallado que el segundo marido de la mujer casada en segundas nupcias, no es admisible para pedir la nulidad de su matrimonio, sino prueba la existencia del primer marido. La corte de casación ha decidido también que los hijos cuya madre se haya vuelto á casar durante la ausencia del padre deben ser declarados infundados en su demanda sobre nulidad del matrimonio, si no prueban que en la época en que fué contraído, no estaba disuelto el primero (1).

247. ¿Se aplica el art. 139 á la presunción de ausencia? Causa sorpresa, leyendo la ley, ver que la cuestión sea disputada. Efectivamente, el texto es general. «Sólo será admisible para combatir este matrimonio *el cónyuge ausente* de aquel que ha contraído nueva unión.» Basta, pues, que haya ausencia; ahora bien, la ausencia existe en el primer periodo tanto como en el segundo. Sin embargo, Proudhon se ha declarado por la opinión contraria, y el parecer de este talento lógico merece siempre ser tomado en consideración. La sección III trata de los efectos de la ausencia relativamente al matrimonio; es una de las subdivisiones del capítulo III, intitulado: *De los efectos de la ausencia*. Es así que el primer artículo del capítulo habla de la declaración de ausencia, luego el objeto de todo el capítulo es reglamentar los efectos de la ausencia declarada;

1 Sentencia de la corte de casación de 21 de Junio de 1831 y de 18 de Abril de 1838 (Dalloz, en la palabra *Ausencia*, números 537 y 536).

La acción de los descendientes tiende, pues, á obtener la posesión de los bienes; son poseedores privilegiados. ¿En qué consiste ese privilegio? ¿No tienen derecho á la posesión conforme á los principios del derecho común? Es cierto que los parientes más próximos del ausente, el día de la desaparición de éste, deben obtener de preferencia la posesión definitiva, y los descendientes son los herederos más próximos. Pero, según el derecho común, deberían promover dentro de los treinta años, á contar de la posesión provisional, mientras que el art. 133 les permite promover dentro de los treinta años contados desde la posesión definitiva.

Si los descendientes son privilegiados cuando se les compara con los colaterales, no sucede lo mismo cuando se les compara con su padre. El derecho del ausente es imprescriptible, mientras que el de sus descendientes prescribe á los treinta años. ¿Cuál es la razón de esta diferencia? El orador del gobierno la ha explicado en la exposición de los motivos. A partir de la posesión definitiva, los colaterales poseen como propietarios, mejor dicho, son propietarios; si además de esto poseen durante treinta años, el mayor tiempo requerido para la prescripción, deben tener el derecho de oponerse hasta á los descendientes. Esto supuesto, ya no hay razón para que sea imprescriptible la acción de los descendientes (1). No sucede así respecto del ausente. Si regresa, cualquiera que sea la época, se desvanecen los derechos de sus presuntos herederos, que no son ya más que detentadores precarios, y por tanto no pueden invocar prescripción alguna. En cuanto á los descendientes del ausente, no son detentadores precarios; de aquí que puedan prescribir (2).

1 Loaré, *Legislación civil*, t. II, p. 259, núm. 31.

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, ps. 331 y siguientes, núm. 2 del art. 133.

239. ¿Cuál es la amplitud de los derechos ejercitados por los descendientes del ausente? El art. 133 contesta la cuestión: «Piden la restitución de sus bienes, como se dice en el artículo precedente.» Quiere decir que recobran los bienes de su padre en el estado en que se hallen: se aplica á los hijos lo que antes hemos dicho del ausente que regresa. No puede ser cuestión de restituir los frutos, puesto que los poseedores definitivos ganan todos los frutos que perciben.

§ 3º. DERECHOS DE LOS PARIENTES COLATERALES.

240. Supóngase que hay parientes más cercanos que los que obtuvieron la posesión definitiva. ¿Tienen también acción contra los poseedores? Verdad es que no tienen la acción privilegiada que la ley concede á los descendientes del ausente. Por lo mismo que el art. 133 sanciona un privilegio, debe limitarse á aquellos en cuyo beneficio lo establece la ley. Es decir que los demás parientes permanecen en el derecho común. Pueden invocar el art. 130 de que acabamos de hablar, si se presentan como herederos. ¿Pero pueden también pedir la posesión, de preferencia á los que la han obtenido, probando que son presuntos herederos, el día de la desaparición del ausente? Es cierto que pueden promover durante el segundo período; su derecho resulta del art. 120, que llama á la posesión de los bienes del ausente á sus herederos más próximos el día de su desaparición ó el de sus últimas noticias. ¿Pero tienen también ese derecho después de la posesión definitiva? En general, nó; porque regularmente habrá prescrito su derecho. Comienza con la posesión provisional; como todo derecho, debe ser ejercitado dentro de los treinta años. Ahora bien, la posesión definitiva se declara cuando la ausencia ha continuado durante treinta

años después de la posesión provisional. De consiguiente, después de la posición definitiva, prescribirá el derecho de los parientes. Podría objetarse que, no siendo más que depositarios los poseedores provisionales, no tienen calidad para prescribir. A eso contestan los autores, que son detentadores precarios con relación al ausente, pero que respecto de terceros poseen como propietarios. Nosotros no admitimos esta doctrina; con todo eso sostenemos la opinión general en lo que concierne á la prescripción. Los colaterales que solicitan la posesión de preferencia á los poseedores, no obran como propietarios, no reclaman; no proceden sino como herederos, en el sentido de que no intentan la acción solicitando la herencia; se presentan como los parientes más próximos, y bajo ese título reclaman la posesión (1). Los que han obtenido la posesión no invocan un derecho de propiedad, ni una posesión á título de propietarios; invocan el principio general de la prescripción, rechazan á los demandantes porque no han procedido dentro de los treinta años á contar de la posesión provisional.

Puede suceder, sin embargo, que no prescriba la acción de los parientes más próximos. La posesión es declarada cuando han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente (art. 129), aun cuando no haya durado treinta años la posesión provisional. En ese caso, los presuntos herederos el día de la separación del ausente, pueden promover, si están todavía dentro de los treinta años. Poco importa que haya sido declarada la posesión definitiva; esta posesión no da ningún título á los parientes que la han obtenido, los llama á la posesión como presuntos herederos; si no son presuntos herederos, deben ceder la posesión á

1 Merlin dice que su acción es una acción en solicitud de herencia (*Repertorio*, en la palabra *Ausente*, art. 120, núm. 4, t. I p. 57).

los que son los verdaderos herederos, con tal de que no haya prescrito la acción.

241. ¿Procede en ese caso la restitución de los frutos? Si la acción es intentada después de la posesión definitiva, los poseedores no restituyen los frutos; si no los restituyen ni aun al ausente, con ménos razón pueden restituirlos á los parientes colaterales. Pero si la acción es intentada durante la posesión provisional, los poseedores deben restituir los frutos en la proporción que establece el art. 127. No hay para qué decir que los poseedores conservan los frutos que la ley les aplica, los cuatro quintos ó los nueve décimos de los frutos que han percibido después de la posesión provisional. Los ganan porque han administrado; poco importa que haya habido herederos más próximos; faltaron por no haberse presentado, y no tienen ningún título para reclamar los frutos que han sido percibidos como resultado de una administración á la que han permanecido extraños. Empero, puede preguntarse si los poseedores deben restituir también el quinto ó el décimo. El texto del art. 127 no habla mas que de la restitución que se hace al ausente cuando regresa. Ya hemos contestado á la objeción: la restitución de los frutos debe hacerse á los que tienen el derecho de reclamar los bienes. Hay, no obstante, una razón para dudar. ¿No puede decirse que los poseedores poseen como herederos; que los parientes más próximos que piden la posesión de preferencia obran también como presuntos herederos, y que por lo mismo deben aplicárseles los principios sobre la petición de herencia? Ahora bien, el poseedor manifiesto de la sucesión gana todos los frutos. ¿No debe concederse igual derecho á los poseedores? La cuestión está debatida calurosamente por los autores (1); y en la doctrina general, realmente es dudosa.

1 Dalloz, *Repertorio* en la palabra *Ausencia*, núms. 326 y 332.

en consecuencia, la palabra *ausente* significa aquél cuya ausencia se ha declarado por fallo. En el art. 139 particularmente debe entenderse así. En efecto, ¿por qué la ley prohíbe combatir el matrimonio contraído por el cónyuge presente? Porque no hay escándalo, porque el cónyuge presente es de buena fe, porque todos creen que el ausente ha fallecido. ¿Puede creerse en la buena fe del cónyuge que contrae segundas nupcias, cuando su consorte acaba de desaparecer? En esto hay escándalo; de consiguiente, há lugar á la acción de nulidad (1). Esta opinión ha sido aceptada en una sentencia de la corte de Douai (2).

La corte de casación ha condenado la doctrina de Proudhon. Como ha hecho notar el consejero relator, la palabra *ausente* tiene en el lenguaje jurídico un sentido general; lo mismo que de la ausencia declarada se dice de la ausencia que se presume; de consiguiente, es necesario que haya motivos particulares para restringirlo á la ausencia declarada en el art. 139. Por el contrario, hay la misma razón para decidir que el matrimonio del cónyuge presente es inatacable, sea que haya declaración de ausencia, sea que se presuma ésta. La incertidumbre que reina sobre la existencia del ausente es la que sirve de base á la disposición del art. 139; pues bien, hay incertidumbre desde el primer período, lo cual decide la cuestión. Poco importa la buena ó mala fe del cónyuge que se ha vuelto á casar. La ley no subordina el principio que establece á la buena fe del cónyuge presente. Considera si ha turbado ó no el orden social. Sentado esto, ¿cómo causaría escándalo el nuevo matrimonio, cuando los tribunales toman medidas para la administración de los bienes del ausente, fundándose en la ausencia presumida, es decir, en la incertidum-

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 300.

2 Sentencia de 16 de Mayo de 1837 (Dalloz, en la palabra *Ausencia*, núm. 526).