

ausente. Sólo éste puede apreciar la conducta de su consorte. Si realmente es escandalosa, procederá; si no lo es, no promoverá el escándalo. ¿Dónde está entonces la inmoralidad de la ley (1).

251. El art. 139 ha dado lugar además á otras controversias. Si no regresa al ausente, puede, no obstante, pedir la nulidad del matrimonio por su *apoderado competente*. ¿Se necesita un poder especial, ó bastará un mandato general? No comprendemos que la cuestión sea establecida, y menos aún que haya tanta incertidumbre en la solución que le dan los autores. ¿Cuál es el principio de que parte la ley? Sólo el ausente es admisible para combatir el matrimonio de su cónyuge; es necesario, en consecuencia, que la demanda proceda de él. Sentado esto, si no intenta la acción él mismo, debe dar poder para hacerlo en su nombre; lo que implica la necesidad de un poder especial. Se ha llegado hasta á sostener que bastaría un mandato general dejado por el ausente antes de su partida. Podría, pues, ser combatido y anulado el matrimonio, aun sin que el ausente supiera que había tal matrimonio, cuando la ley exige que sólo él lo combata, si lo estima conveniente (2).

El artículo 139 agrega que el *apoderado del ausente* debe estar provisto de la prueba de su existencia. Si se necesita un poder especial, se dice, ¿para qué el certificado de vida? Es indudable que un poder auténtico prueba que en el momento en que se ha dado, vive el ausente. Pero la acción puede ser intentada después de un plazo más ó menos largo desde la fecha que lleve el mandato. Entonces el poder, aunque sea auténtico, no es bastante.

1 La opinión general es contraria (Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 532).

2 Véase, acerca de las diversas opiniones, á Demolombe, t. II, p. 344, núm. 263.

Siempre sería insuficiente si estuviere dado por acta bajo simple firma, porque semejante documento no hace fe de su fecha. Es necesaria, de consiguiente, la prueba de que el ausente vive en el momento en que se intenta la acción (1).

*SECCION II.—De los derechos eventuales que pueden competere al ausente.*

252. El art. 135 establece como principio general: «Cualquiera que reclamare un derecho perteneciente á un individuo, cuya existencia no estuviere reconocida, deberá probar que dicho individuo existía cuando el derecho ha comenzado; hasta esta prueba, será declarado no admisible en su demanda.» Eso supone que el derecho llega á comenzar después de la desaparición de aquel que podría reclamarlo, si vivía en el momento en que el derecho comienza; si en ese momento está ausente, en el sentido legal de la palabra, es claro que no puede reclamarlo personalmente; tampoco podrían hacerlo su *apoderado* ó sus acreedores, porque el que intenta una demanda judicial debe probar el fundamento de su demanda, y ¿cuál es, en este asunto, el fundamento de la demanda? La existencia de aquel en cuyo beneficio se pretende que comienza un derecho, porque si ya no vive, su derecho ha caducado, y ya no existe. Ahora bien, cuando está ausente el interesado, hay incertidumbre sobre su vida y sobre su muerte; es, pues, imposible probar su existencia; de consiguiente, no se puede reclamar un derecho en su nombre; los que lo intentaran deberían ser declarados no admisibles. Esto es lo que el código llama *derechos eventuales que pueden competere al ausente*.

1 Todavía hay diversas interpretaciones (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 533).



El art. 136 contiene la aplicación del principio. Se abre una sucesión á la cual sería llamado el ausente si viviese. ¿Pueden sus acreedores ó su apoderado pedir que el ausente sea representado en la partición y que se le aplique la parte que le pertenece en virtud de la ley? Nó, puesto que no pueden probar que el ausente vivía aún en el momento en que fué abierta la sucesión: por lo mismo, serían declaradas no admisibles. Lo mismo es respecto de todo derecho eventual que comenzara durante la ausencia en beneficio del ausente. Se hace un legado al ausente: para que pueda reclamarse en su nombre, es necesario probar que el ausente existía á la muerte del testador, si el legado es puro y simple, y el día del cumplimiento de la condición, si el legado es condicional; hasta aquí, no serán admisibles los demandantes (arts. 1039 y 1040). El ausente es instituido heredero derivado de un contrato; fallece el donador; ¿se pueden reclamar los bienes á nombre del ausente? Nó, á no ser que se pruebe que existía cuando la apertura de la herencia. Un donador ha estipulado el derecho de reintegro, desaparece, y muere el donatario; para ejercitar el derecho de reintegro en nombre del ausente, se necesita probar que vivía cuando acaeció la muerte del donatario. Un cónyuge estipula una donación en caso de supervivencia, ó cualquiera otro derecho que no comience sino con la condición de que sobreviva, y desaparece; no pueden reclamarse estos derechos si no es probando que ha sobrevivido. El ausente es acreedor de una renta vitalicia; no se puede reclamar el pago de los atrasos en su nombre, sino probando su vida en la época del vencimiento (artículo 1983) (1).

253. ¿Se aplica el principio si empieza el derecho du-

1 Durantou, *Curso de derecho francés*, t. I, ps. 444 y siguientes, núms. 537 y 545.

rante la presunción de ausencia? Sin vacilar contestamos que sí. El texto del art. 135 está concebido en los términos más generales: «Cualquiera que reclamare un derecho perteneciente á un individuo *cuya existencia no estuviere reconocida*.» Ahora bien, desde que hay presunción de ausencia, la existencia de aquel que ha desaparecido no está reconocida, puesto que es dudosa; eso basta para decidir la cuestión. Hay más. El proyecto del código se servía de la palabra *ausente*; esta expresión habría podido dar lugar á una duda, toda vez que no se emplea de ordinario más que para designar á aquel cuya ausencia es declarada; para quitar toda duda, se substituyó con estas palabras: *cuya existencia no estuviere reconocida*. Haciendo abstracción de los sextos, bastarían para decidirlo así los principios generales del derecho. Sin embargo, Maleville sostiene la opinión contraria; esta doctrina no ha encontrado eco, y si hacemos mención de ella es sólo para demostrar que es necesario precaverse de seguir á tan grande autoridad en las discusiones preparatorias; Maleville es uno de los autores del código, tomó parte en las deliberaciones del consejo de Estado, hablando acerca del art. 135; ¿quién no creería que ninguno mejor que él debía conocer el espíritu de la ley? No obstante, en el sentir de todos, está engañado. Hay una consideración que lo ha ofuscado y que realmente fué presentada como objeción en el consejo de Estado. ¿Cómo, se dice, bastará que una persona deje su domicilio para que desde el siguiente día se le reclame de una sucesión á la cual está llamado! Nó, no bastará que los coherederos del ausente declaren que no reconocen su existencia. El tribunal es el que decidirá, en caso de disputa, y el tribunal no admitirá la presunción de ausencia, si no hay realmente incertidumbre y duda sobre la vida de aquel que ha desaparecido sin dar noticia de su persona. La juris-



prudencia, lo mismo que la doctrina, está en este sentido (1).

254. La jurisprudencia aplica el principio del art. 135 en todos los casos en que se dispute la vida del ausente, y en que el término del litigio dependa de su existencia. Se trata de calcular el total de la reserva y de la cuota disponible; está ausente uno de los herederos reservativos; ¿pueden los otros pedir que se le considere para determinar la cifra de su reserva? No, en verdad; porque eso sería prevalerse de la vida del ausente cuando es dudosa su existencia; sería admitir al ausente á que tomara parte en la reserva; ahora bien, la reserva es una parte de la herencia; para tener derecho á ella se necesita ser heredero; es necesario, pues, existir cuando comienza el derecho á la reserva; de consiguiente, aquel cuya existencia no está reconocida, no puede ser reservativo. La reserva será por lo mismo calculada como si el ausente no existiera, á no ser que los coherederos del ausente prueben que vivía á la hora de la apertura de la herencia. La corte de Burdeos lo ha decidido así, lo mismo que la corte de casación (2).

255. ¿Qué sucede con los derechos que habrían podido reclamar el ausente si su existencia estuviere probada, en el momento en que comenzaron? No estando admitido el ausente para ejercitarlos, puesto que su vida es dudosa, debe decidirse que los derechos serán recogidos por los que hubiesen sido llamados á ejercitarlos si el ausente hubiera muerto. Así es como el art. 136 aplica el principio cuando se trata de una sucesión: «La sucesión será devuelta exclusivamente á aquellos con los cuales habría tenido que concurrir el ausente, ó los que la hubieren recogido en su defecto.» De lo que resulta que los que llegan á una suce-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 477-480 y 482.

2 Véase la jurisprudencia en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 493.

ción, en defecto del ausente, no tienen ninguna prueba que sustentar. La razón de esto es muy obvia; no son demandantes; el ausente es el que demanda su parte en una herencia; los que promueven en su nombre son rechazados, porque no pueden probar que vivía el ausente el día de la apertura de la herencia; los herederos presentes suceden porque están llamados por la ley; en cuanto al ausente, está considerado como si no existiera (1).

Este principio nos servirá para decidir una cuestión que antes era calurosamente debatida. ¿Son admitidos los hijos del ausente para representar á su padre ausente en las sucesiones de que es excluido, porque no está reconocida su existencia? Nó, dice Proudhon, porque no se representa más que á los que ya murieron. Los hijos deberían probar, pues, que su padre había fallecido el día de la apertura de la herencia; ahora bien, no pueden rendir esta prueba, puesto que son igualmente dudosas la vida y la muerte de su padre. No entraremos en el detalle de la controversia; puede verse en Merlin y en Dallóz. La opinión de Proudhon no encuentra ya partidarios. Si se considera desde el punto de vista exclusivo de los principios que rigen la representación, el razonamiento de Proudhon es irrefutable. Pero estamos en materia de ausencia; en razón de la ausencia del padre es como se rechaza de la sucesión á la que tendría derecho si hubiera vivido cuando fué abierta; se le considera, pues, como si ya no existiera, como si hubiese muerto. Desde ese punto, debe admitirse á sus hijos para que le representen. En ese sentido es en el que deben entenderse estas palabras del art. 136: *ó aquellas que la hubieren recogido en defecto suyo*. La razón está de acuerdo con los principios de derecho. En la doctrina de Proudhon, se comienza por rechazar de la sucesión al padre; ¿por que?

1 Este principio se halla establecido en muchas sentencias (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 504 y siguientes.