

Porque á falta de la prueba de su vida se le considera como muerto. Luego se rechaza á sus hijos; ¿por qué? Porque á falta de la prueba de su muerte, se le considera como vivo. Hé ahí al ausente á la vez muerto y vivo (1). La jurisprudencia se ha declarado por los hijos (2).

256. Cuando el ausente es excluido del ejercicio de un derecho, es porque no se puede probar su vida. Empero, es posible que viva, y si reaparece no hay para qué decir que tendrá una acción contra los que han recogido el derecho, en defecto suyo; el art. 137 lo dice expresamente. ¿De que los que han recogido los bienes en defecto del ausente, debiendo restituirlos si éste reaparece, se deducirá que están obligados á medidas conservadoras, en vista de esta eventualidad? El silencio de la ley decide la cuestión. No prescribe ninguna garantía, ni inventario, ni fianza, ni venta de los muebles, ni empleo del numerario. Ahora bien, el intérprete no puede crear obligaciones, solo el legislador tiene este poder. Hay tribunales que han sometido á los coherederos del ausente á formar inventario; ciertamente la medida sería útil y necesaria, aún para proteger los derechos eventuales del ausente. Sin embargo, los autores tienen razón de rechazar esta jurisprudencia. Merlin hace de esto una crítica muy sutil. «Los jueces, dice, han sido más sabios que la ley (3). Pero no es permitido al intérprete ser más sabio que el legislador; sería darle el derecho de corregir la ley, es decir, hacerla; debe aceptarla tal como es.

Pregúntase por qué el legislador, que muestra tanta solicitud por el ausente, ha descuidado sus intereses cuando

1 Prondhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 347 y siguientes; Merlin, *Repertorio* en la palabra *Ausente*, art. 136, núm. 6 (t. I, p. 91).

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 509 y 510.

3 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausente*, art. 136, núm. 4 (t. I, p. 83).

se trata de los derechos eventuales que puedan competerle después de su separación. Se contesta que la ley cuida de que los bienes del ausente sean conservados y administrados; pero cuando se abre una sucesión, los bienes que formarían la parte del ausente, si viviese, no le pertenecían ya; son propiedad de sus coherederos; siendo éstos propietarios, pueden administrar y disponer á su antojo; la ley no podía someterlos á restricciones incompatibles con el derecho de dominio que les reconoce. A eso se contesta, y la respuesta es concluyente, que es muy cierto que los coherederos del ausente son propietarios; pero también es cierto que su propiedad será revocada si regresa el ausente. Este tiene, pues, un derecho eventual á los bienes recogidos por sus coherederos; este derecho debería estar garantizado y no lo está. Los sucesores irregulares también son propietarios, llamados por la ley á suceder, con todo eso, la ley los obliga á formar inventario, á dar fianza, á vender el moviliario y á hacer empleo del efectivo (arts. 769, 771). ¿Para qué? Para proteger los derechos de los herederos legítimos que puedan presentarse, aunque sea poco probable que se presente, no teniendo lugar la posesión de los sucesores irregulares sino después de las publicaciones é informaciones (art. 770); mientras que el ausente es rechazado sin que haya habido publicación y sin garantía ninguna. En vano se buscaría la razón de esta diferencia (1).

257. Hay, pues, una notable diferencia entre los que adquieren la posesión provisional y los que recogen derechos en defecto del ausente; los primeros no son más que depositarios y administradores; los otros son propietarios. Siguese de ahí que los coherederos del ausente pueden disponer de los bienes que recogen en su defecto; pueden

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. II, p. 238 y siguientes, núm. 213.

hipotecarlos; pueden administrar y disfrutar, no con el poder limitado de un administrador, sino con el poder ilimitado del propietario. Se ha juzgado, por aplicación de este principio, que los acreedores de los herederos presentes pueden perseguir la venta de los bienes que han recogido en defecto del ausente. A decir verdad, ya no hay porción del ausente, puesto que está considerado como si no existiera; los bienes que hubiera recogido, si vivía aún, entran en el dominio de los herederos presentes, no como parte del ausente, sino como parte suya; se confunden, pues, enteramente con su patrimonio. Se ha pretendido que los acreedores, tomando los bienes que pertenecerían al ausente, si viviera, deben probar su muerte. La corte de Rouan ha decidido, con razón, que los acreedores no están obligados á rendir esta prueba; porque no toman los bienes del ausente, toman los bienes del heredero, su deudor (1).

258. El art. 137 reserva al ausente ó á sus representantes las acciones en solicitud de herencia y de *otros derechos*. Esta última expresión concuerda con el art. 135 que establece el principio general aplicable á todo derecho eventual. Cuando el ausente á sido rechazado de una sucesión legítima, testamentaria ó derivada de un contrato, tiene la acción en solicitud de herencia contra los que han recogido y poseen su parte hereditaria. Si son otros derechos que no han podido ejercitar porque no estaba reconocida su existencia, podrá, si regresa, ejercitar las acciones que son inherentes á los derechos que reclama. Si es una renta vitalicia, cuyo pago ha sido suspendido durante su ausencia, tendrá una acción personal contra el deudor ó sus representantes (2).

1 Sentencia de 30 de Mayo de 1818 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 508).

2 Demelombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 213, núm. 214.

El ar 137 agrega que los derechos del ausente no se extinguirán sino por el lapso de tiempo establecido para la prescripción. ¿Por qué no ha señalado la ley el plazo de la prescripción? Porque puede diferir según los diversos derechos y según las diversas acciones que pertenecen al ausente. ¿Es una petición de herencia? La prescripción es de treinta años. ¿Son atrasos de una renta vitalicia? La prescripción es de cinco años (art. 2,277). El ausente puede también promover en reclamación; mejor dicho, debe intentar esta acción contra los que poseen los bienes que reclama, no como heredero, sino bajo otro título, tal como de venta, donación ó cambio. Existe una notable diferencia entre la acción de reclamación, y la de solicitud de herencia, en lo que concierne á la prescripción. La primera dura también treinta años; pero el poseedor puede oponer la usucapión al propietario que reclama, en este caso, el derecho del ausente extinguirá á los diez ó veinte años, si el poseedor reúne todas las condiciones requeridas para usucupar.

259. El código de Napoleón no habla de la acción en solicitud de herencia. De ahí nacen numerosas dificultades, que examinaremos en el título de las Sucesiones. Por el momento, nos limitaremos á mencionar el art. 138, que dice: «Mientras el ausente no se presente ó no fueren ejercitadas las acciones por su parte, los que hubieren recojido la sucesión harán suyos los frutos percibidos de buena fe.» Esta es la aplicación del principio de que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos (art. 549). En derecho romano no se aplicaba este principio al heredero aparente sino con modificaciones que no fueron admitidas por la jurisprudencia francesa. El código acepta, pues, un principio tradicional. De aquí resulta una notable diferencia entre los que adquieren la posesión provisional y los coherederos presentes que poseen la parte del ausente. Estos ganan

todos los frutos como poseedores de buena fe, mientras que los que adquieren la posesión no ganan más que una parte de los frutos proporcionalmente á la duración de la ausencia. Ya hemos indicado la razón de la diferencia. Los que adquieren la posesión no son más que administradores; lo que excluye la idea de una posesión de buena fe, porque el poseedor de buena fe posee como propietario. Los coherederos del ausente poseen á título de propietario, puesto que la ley los llama á la sucesión en defecto del ausente, y la sucesión es un título traslativo de propiedad. Son de buena fe, en tanto que ignoran la existencia del ausente; desde el momento en que sepan que el ausente vive todavía, no pueden ya considerarse como propietarios; son, pues, de mala fe en el sentido legal de la palabra, y por ende, deben restituir los frutos que perciban á contar de este momento (1).

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 618, 622 y 624.

TITULO V. DEL MATRIMONIO [1].

CAPITULO I.

DE LA NATURALEZA DEL MATRIMONIO.

260. El código no define el matrimonio. Portalis da la siguiente definición; en la Exposición de los motivos: «El matrimonio es la sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse con socorros mútuos á llevar el peso de la vida, y para participar de su común destino.» El orador del gobierno no dice que el matrimonio es un contrato, pero si la palabra no está en su definición, sí está la esencia; al calificar el matrimonio de sociedad, lo considera por ese mismo hecho como un contrato. Esta es la doctrina tradicional; Pothier se hace el órgano de ella y se expresa enérgicamente, denominando á la unión del hombre y la mujer *contrato de matri-*

1 Vazeille, *Tratado del matrimonio*, 2 vol. (París, 1825).