

## CAPITULO I.

### PRINCIPIOS GENERALES.

116. La palabra *ausente* tiene un sentido técnico en derecho. En el lenguaje vulgar se dice que una persona está ausente cuando se ha alejado de su morada, de su residencia ordinaria. Esta es la definición que da el Diccionario de la Academia. En esta acepción, la ausencia no implica la menor incertidumbre de la vida, del que no se encuentra en el lugar en que habitualmente reside. Lo mismo pasa respecto de los que están *ausentes*, en el sentido de que no están donde deberían estar. El código de Napoleón los llama *no presentes*. Así, según los términos del art. 819, si cuando se abra una sucesión, *no están presentes* todos los herederos, pueden ponerse los sellos. En este caso, se hace la partición según las reglas prescritas por la ley, en interés de los *no presentes* (art. 840). Aunque no estén presentes los herederos, ninguna duda surge acerca de su existencia. No sucede lo mismo respecto de los ausentes de que trata el título IV. Estos han desaparecido de su domicilio ó residencia sin dar noticia de su persona, lo que hace que haya incertidumbre sobre su vida ó su muerte, y va creciendo la incertidumbre á medida que se prolonga este estado de cosas.

117. ¿Por qué la ley se ocupa de los ausentes? Importa oír sobre este punto á los autores del código civil. Portalis contesta, que la humanidad es la que da aliento á la solici-

tud del legislador. Más que nunca, dice, en los tiempos modernos, la ausencia debe llamar la atencion y la vigilancia de las leyes; porque hoy la industria, el comercio, la aficion á los descubrimientos, el cultivo de las artes y las ciencias, ponen en constante movimiento á las personas. Debe protegerse de una manera especial á los que se entregan á viajes dilatados y á empresas peligrosas, para traer luego á su patria las riquezas y los conocimientos que han adquirido, merced á grandes esfuerzos y con peligro de su vida (1). Segun Portalis, estaria en el interés de los ausentes que el legislador estuviera obligado á intervenir en esto. En igual sentido se expresa Bigot-Préameneu, al exponer los motivos del título de la Ausencia. «El título de los *Ausentes*, dice este autor, ofrece los ejemplos más palpables de esta admirable vigilancia de la ley, que parece seguir paso á paso á cada individuo para protegerlo luego que se encuentre en la imposibilidad de defender su persona ó de administrar sus bienes. Esta imposibilidad puede resultar de la edad ó de la falta de razon, y la ley la prevé para las tutelas. Tambien puede provenir de que el individuo ausente no está ya en posibilidad de velar por sus intereses (2).»

Los autores del código asimilan, pues, al ausente con el menor y el que está privado de sus derechos; es decir, con las personas incapaces. Existe, en efecto, alguna analogía entre los ausentes y los incapaces. El que no se encuentra en el lugar en que está el centro de sus negocios, y á quien circunstancias imprevistas y excepcionales impiden aun dar noticia de su persona, está en la absoluta imposibilidad de administrar no sólo sus bienes, sino los del niño que acaba

<sup>1</sup> Portalis, Exposición general del sistema del Código civil, hecha en la sesión del Cuerpo legislativo del 3 frimario año X (Locré, t. 19, p. 192, núm. 16).

<sup>2</sup> Locré, *Legislación civil*, t. II, p. 251, núm. 1.

de nacer y los del mayor atacado de enajenacion mental. Es, pues, justo que la ley vele por los intereses de los ausentes, como vela por los de los menores y de los incapacitados. Hay, no obstante, una diferencia considerable. La ha señalado el orador del Tribunado. «No se debe, dice, comparar á los ausentes con los menores; lo débil de su edad y la naturaleza, son los que han colocado á éstos en la imposibilidad de obrar y defender sus derechos; y contra estos obstáculos, no pueden tomar precauciones. Por el contrario, siendo la ausencia generalmente voluntaria, los ausentes merecen ménos favor que los primeros (1).» Hé aquí por qué la prescripcion no se opone contra los menores, y sí contra los ausentes.

Existen otras diferencias entre los ausentes y los menores. Cuando la ley organiza las tutelas, se preocupa exclusivamente de los menores y de sus intereses. Segun el parecer de los oradores del gobierno, lo mismo pasaria con medidas que la ley prescribe en caso de ausencia. Esto no es exacto. Hay primero un interés social que es evidente, puesto que los ausentes tienen bienes y que la sociedad debe vigilar que las riquezas, producto del trabajo, no se pierdan por falta de cuidado y de vigilancia. Está despues el interés de los terceros, que tambien es muy evidente: tales son los acreedores y los socios. Hay, por ultimo, el interes de los presuntos herederos, que la ley toma en consideracion, porque les da el derecho de pedir la toma de posesion de los bienes del ausente. Cosa notable, el interés de los herederos es el que representa el papel principal en la doctrina; este interés es el que ha hecho nacer las cuestiones más difíciles, miéntras en la mente del legislador, tal como la explican los discursos de los oradores, no obró el interés de los herederos del ausente; no se

(1) Discurso de Iluguet, en la sesion del Cuerpo legislativo del 24 ventoso año XI (Loqué, t. II, p. 274, núm. 24).

habla de ellos cuando se trata de justificar la intervención del legislador en materia de ausencia. Esto nos revela ya el espíritu de la ley, de la cual, en concepto nuestro, se han separado singularmente los autores: el interés del ausente es lo dominante en la teoría de la ausencia.

118. Tiene que sacarse una primera consecuencia de esta noción de la ausencia, y es la de que el título del código sobre los *ausentes*, no se aplica á los *no presentes*. Así se ha dicho y repetido en el consejo de Estado (1). Eso es por lo demás de suma evidencia. Si la ley prescribe medidas en favor de los *ausentes*, es porque están, en cierto sentido, incapaces; en hecho, se necesitaría decir más: lo más frecuentemente están muertos. Hay, pues, imposibilidad absoluta en que los *ausentes* dirijan la administración de sus bienes. No sucede lo mismo con los *no presentes*; éstos viven, saben que tienen intereses que cuidar, y les corresponde velar por ellos. La sociedad no tiene razón alguna para intervenir, aun cuando los interesados abandonaran el cuidado de sus negocios. Efectivamente, la sociedad no tiene calidad para obrar, sólo porque los individuos no lo hacen ó lo hacen mal. Su derecho es ser negligentes, en el sentido de que el propietario es libre, puede usar y abusar; puede, si así le conviene, no usar ó hacer mal uso de los dones de la fortuna ó de los productos de su trabajo. La sociedad atentaría á la libertad, si se mezclara en los negocios de los particulares. Por lo mismo, la ley no lo hace más que en raras excepciones. Ya hemos citado el caso en que se abre una sucesión, estando interesado en ella un *no presente*; el interés de los coherederos exige en ese caso, lo mismo que la del heredero que no está en el lugar, que pueda hacerse la partición, y que en consecuencia, la ley tome medidas en interés de los *no pre-*

1 Véanse los testimonios colecciónados por Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 83. Este es un artículo muy bien escrito.

sentes. Hay otro ejemplo análogo en la ley de 28 de Septiembre de 1791, que dice (sección V, tít. 1º, art. 1º): «La municipalidad proveerá a hacer guardar la cosecha de un cultivador ausente, enfermo ó privado accidentalmente de poderlo hacer él mismo, y que reclame ese socorro; teniendo cuidado de que este acto de fraternidad y protección de la ley, se ejecute con los menores gastos.» La excepción confirma la regla. Si interviene la ley para hacer guardar la cosecha de un no presente, ó para llegar a la partición de una herencia, es porque esto puede hacerse sin que ninguno penetre en la vida íntima, en los secretos de familia, mientras que esto sería inevitable cuando la sociedad inajustara todos los negocios de una persona que descuida sus intereses. Así, vemos que la ley no interviene sólo cuando hay ausencia propiamente dicha, sino también cuando hay absoluta necesidad.

119. ¿Cuáles son las medidas que la ley prescribe en caso de ausencia? Varían según la duración de ésta. La ley distingue tres períodos: la presunción de ausencia, la declaración de ausencia seguida de la toma de posesión provisional de los bienes del ausente, y la toma de posesión definitiva.

La presunción de ausencia comienza con la desaparición del ausente ó con sus últimas noticias, y dura hasta la declaración de ausencia. Como ésta no puede tener lugar si no después de cinco ó once años, según que el ausente haya dejado ó no procuración, resulta que el primer período dura cuando menos de cinco ó once años. Está bien caracterizada con la expresión de *presunción de ausencia*. En ella no hay ausencia todavía; la persona que ha desaparecido y que no da noticias suyas, nada más se *presume ausente*. Eso quiere decir, según lo explica Bigot-Préameneu, que en tal caso no ha lugar, en general, a tomar medidas para la administración de sus bienes. «No

está considerado, dice, que la persona alejada lo esté en detrimento de sus negocios.» ¿Qué hay, pues, que hacer en este primer periodo? Abstenerse, á no ser que haya necesidad de obrar. ¿Quién juzgará si hay esta necesidad? Los tribunales. Se necesita que obren en el particular con la mayor prudencia, agrega el orador del gobierno. El domicilio de los ciudadanos es un asilo sagrado; á pesar de su carácter respetable y de la confianza que merecen, los magistrados no deben penetrar en él si no es con extrema reserva y con el solo objeto de proteger al ausente. Se trata de garantizarlo de los inconvenientes de su ausencia; débese, pues, cuidar de no interrumpirlo indiscretamente en el ejercicio de sus derechos. Lo cual quiere decir que durante el periodo de la presuncion de la ausencia, la ley se preocupa exclusivamente del interés del ausente (1).

120. Cuando han transcurrido de cinco á once años desde la desaparicion ó últimas noticias de una persona, puede ser declarada su ausencia. Este segundo periodo dura treinta años, á partir del juicio que declaró la ausencia; puede concluir ántes de ese término si han pasado cien años desde el nacimiento del ausente. Despues de la declaracion de ausencia, los presuntos herederos del ausente son puestos en posesion provisional de sus bienes. Importa determinar de una manera precisa el carácter y el objeto de esta toma de posesion. La ley se sirve de una expresion muy significativa para definirlo. «No es más que un depósito,» dice. Ahora bien, el depósito se hace en interés del deponente. Es pues en interés del ausente como la ley organiza la toma provisional. Vamos á oir á los autores del código; confirmarán lo que dice el texto. Bigot-Préameneu, despues de haber justificado que, habiendo sido abandonados los bienes del ausente durante cinco años,

1 Bigot-Préameneu, Exposición de los motivos (Loctré, t. II, p. 252, núm. 8 y p. 251, núm. 2).

ántes de que los herederos pudiesen ser puestos en posesion, agrega que esta formalidad «no es más que un acto de conservacion fundado en una necesidad constante, y para el ausente un acto de proteccion que pone su patrimonio á cubierto de una perdida que se haria inevitable (1).»

Como á los presuntos herederos es á los que pone la ley en posesion provisional, parece que en interés suyo sobre todo fija la atencion el legislador en este segundo periodo. Podria decirse que haciéndose cada dia más probable la defuncion del ausente, ha debido tener en cuenta la ley los derechos eventuales que corresponden á los derechos del ausente, y que bajo este título los pone en posesion de sus bienes. La probabilidad de la muerte y los derechos á que da cabida, están tomados efectivamente en consideracion por el legislador; pero las declaraciones bastante positivas de los autores del código civil dan testimonio de que si los herederos son puestos en posesion, es en interés del ausente, más bien que en el de los que reciben los bienes. En el consejo de Estado dijo Tronchet: «que es útil para el ausente que se confiara el secuestro de sus bienes á los que tienen más interés en conservarlos; es así porque despues de cierto tiempo se concede á sus herederos la toma de posesion (2).» Tambien en ese sentido explica Bigot-Prémeneu la toma de posesion provisional. Se tenia que decidir, dice, en manos de quién habian de ser puestos los bienes. Como hay incertidumbre de la vida, se hace más probable el derecho de los herederos, sin dejar de ser eventual; y puesto que los bienes han de pasar á otras manos distintas de las del propietario, los herederos se presentan con un titulo natural de preferencia. Nadie puede tener más interés en la *conservacion y bu-*

1 Loctró, *Legislación civil*, t. II, p. 254, núm. 18.

2 Sesión del consejo de Estado del 16 fructidor año IX (Loctró, t. II, p. 215, núm. 18).

*na administracion* de esos bienes que los que han de *aprovecharse* de ellos si no vuelve el ausente (1).

Eso es clarísimo; no se trata todavía más que de *conservar* los bienes del ausente y de administrarlos. Buscando la ley los mejores administradores, da la preferencia á los herederos sobre los extraños; no es que les confiera desde luego los bienes del ausente, pero están llamados á aprovecharse de ellos si el ausente no vuelve; tienen, pues, interés en administrarlos bien. La ley no se conforma, sin embargo, con esta garantía. El orador del gobierno dice que toma contra los herederos puestos en posesión las mismas precauciones que contra un extraño; que exige las mismas formalidades que para un secuestro ordinario, inventario, venta de los muebles, empleo del dinero y caución (2).

A primera vista parece contradecir esta teoría la disposición del código que concede á los herederos puestos en posesión una parte notable de los frutos, cuatro quintos ó nueve décimos, segun la duración de la ausencia. ¿Se concede semejante indemnización á simples administradores? ¿Y por qué va en aumento la indemnización á medida que se prolonga la ausencia? ¿No es porque los poseedores son considerados como herederos más bien que como administradores? ¿No es esto, pues, reconocer su derecho sobre la herencia del ausente, derecho que cada día se hace más probable? Esta interpretación parecía muy plausible; sin embargo, no reside en ella la teoría de los autores del código civil. Escuchemos á Portalis: «*Todo el favor debe ser para el ausente; sus herederos sólo pueden tenerlo en la consideración de su interés.*» Tal es la razón por que la ley concede á los herederos una parte notable

1 Bigot-Práameneu, Exposición de los motivos (Locré, t. II, p. 255, núm. 20).

2 Locré, Legislación civil, t. II, p. 256, núm. 21.

de los frutos. «Como los hombres se llevan del interes, continua Portalis, conviene dar á los herederos del ausente algunas ventajas que los determinen á hacerse administradores de sus bienes (1).» Se temia que los herederos rehusaran encargarse de la administracion, si no se añadiera á ella una ventaja considerable. Si esta ventaja va en aumento, es debido en parte á que cada año se hace más incierta la existencia del ausente; Bigot-Préameneu lo dice, pero agrega otras razones, lo que prueba que no es ese el motivo determinante: el orador habla del aumento del depósito, de la duracion continua de los cuidados, y hasta de las desgracias que pueden experimentar los herederos (2).

Hay una consideracion concluyente contra los herederos, en el sentido de que prueba hasta la evidencia que la ley no les reconoce ningun derecho durante el segundo periodo de la ausencia: esa consideracion es la de que los prefiere al esposo presente, comun en bienes. Si se opta por la continuacion de la comunidad, los herederos no son puestos en posesion. Es evidente que si el designio del legislador era que los herederos tenian un derecho como tales, despues de la declaracion de ausencia, el cónyuge no podría impedir el ejercicio de ese derecho. Si la ley le da esta facultad, es porque realmente no reconoce en los herederos derecho alguno. Thibaudeau lo dijo en términos expresos en el consejo de Estado: «*Los herederos no tienen, en ese caso, ningun derecho personal;* no disfrutan todavía más que por el ausente; entran de una manera provisional en sus derechos, y tienen á su cargo sus obligaciones (3).» Hé aquí por qué la ley da la preferencia al cónyuge; existe

1 Sesión del consejo de Estado del 24 fructidor año IX (LoCré, t. II, p. 227, núm. 27).

2 Bigot-Préameneu, Exposición de los motivos (LoCré, t. II, p. 258, núm. 28).

3 Sesión del 24 fructidor año IX (LoCré, t. II, p. 228, núm. 32).

para él un contrato sinalagmático, dice Bigot-Préameneu, mientras los herederos solo tienen un derecho *precario* y provisional (1). El esposo que continúa la comunidad goza tambien de los frutos, y su derecho va igualmente en aumento como el de los herederos. Eso demuestra que el goce de los frutos no está fundado en el derecho de los que los perciben, porque el derecho del cónyuge, léjos de hacerse más probable á medida que aumenta la ausencia, va á menos cada dia.

121. A decir verdad, el derecho de los herederos sobre los bienes del ausente empieza hasta el tercer periodo de la ausencia; entonces es cuando son puestos en posesion, sin que pueda impedirlo el cónyuge presente, y esta posesion es *definitiva*. Lo es en el sentido de que el estado precario del segundo periodo da lugar á medidas que tienen por fundamento el derecho de los presuntos herederos. Su suerte está fijada, dice Bigot-Préameneu, porque todas las probabilidades, despues de treinta y cinco años de ausencia cuando menos, están por la defuncion del ausente. El interés público exige que sus bienes vuelvan á entrar en movimiento; se necesita, pues, que los poseedores estén considerados como propietarios respecto á terceros, y que puedan enajenar los bienes del ausente. Sin embargo, aun en este último periodo no seria exacto decir que está abierta la sucesion del ausente. En efecto, la sucesion no se abre sino por la muerte, y la ausencia, por dilatada que sea, no es más que una probabilidad de muerte. Para que la probabilidad se convirtiese en certidumbre, seria necesario que la ley hiciese de ella una presuncion de muerte. Ahora bien, la ley no presume nunca la muerte; no hay, pues, apertura de herencia, hay simplemente toma de posesion, como se expresa la ley, y si esta toma de posesion es defi-

1 Bigot-Préameneu, Exposición de los motivos (Loeré, t. II, p. 236, núm. 23).

nitiva en lo que respecta á terceros, no lo es en cuanto al ausente; si éste vuelve, caen por tierra todas las medidas tomadas en razon de su ausencia, aunque calificadas de definitivas.

122. Sentamos en principio que nunca hay presuncion de muerte, y que por tanto los que entran en posesion no tienen los derechos de los herederos. Este punto está, sin embargo, muy debatido, y debemos detenernos en él, porque toda la teoria de la ausencia está en litigio en este debate. Proudhon enseña, que á partir de la declaracion de ausencia, hay presuncion de muerte. Se presume que el ausente ha muerto, dice, porque la ley abre su sucesion á sus herederos, y no hay sucesion de una persona viva. Se presume que ha muerto, puesto que se ponen en ejecucion las disposiciones testamentarias que él mismo ha querido que no tengan efecto sino despues de su defuncion. Se presume que ha muerto, puesto que la ley exige que todos los que tienen sobre sus bienes derechos subordinados á la condicion de su fallecimiento, pueden ejercerlos. Se presume que ha muerto, toda vez que la ley ya no permite poner personalmente en litigio ante los tribunales todas las acciones que deben intentarse contra los poseedores (1). Esta doctrina es observada por Delvincourt y Duranton (2), y ha sido consagrada por una sentencia enérgicamente fundada de la corte de Nancy (3).

Empero, la opinion de Proudhon es generalmente rechazada, y en la forma absoluta en que la da, es inadmisible. Basta recordar lo que es una presuncion legal; es, dice el

1 Proudhon, *Tratado sobre el estadio de las personas*, t. 19, p. 277 y siguientes.

2 Delvincourt, *Curso del código de Napoleón*, t. 19, p. 50 y nota 7 (edición de 1834); Duranton, t. 19, núms. 408 y 434.

3 Sentencia de 31 de Enero de 1833 (Dalloz, *Reperitorio*, en la palabra Ausentes, núm. 669).

art. 1349, una consecuencia que la ley deduce de un hecho conocido á otro desconocido. ¿Cuál es la ley que declara que se presume muerto al ausente? En el derecho antiguo se presumia muerto al ausente cuando habían transcurrido cien años despues de su nacimiento; fundábase en las probabilidades que rigen la duracion de la vida humana. Pero el código no reproduce esta presuncion, y con justicia. El mismo Proudhon confiesa que la presuncion de muerte no es más que provisional; ahora bien, ¿se concibe que se presume muerta provisionalmente á una persona? ¿Cómo es que lo absurdo de una muerte provisional no ha repugnado á un talento tan lógico como el de Proudhon? Si hay un estado definitivo, lo es con seguridad la muerte, y si hay una idea inconciliable con la muerte, es lo provisional.

Los textos que Proudhon alega se explican por la posibilidad de muerte que es evidente, y que va aumentando con la duracion de la ausencia. Si la ley pone en posesion á los herederos, no es porque presume la muerte del ausente; es, por el contrario, en su interés, por lo que organiza la entrega provisional; declara que no es más que un depósito; en donde hay un depositario, tambien hay un depositante; y ¿quiéu seria éste si no el ausente? Los poseedores no son más que administradores; dirigen, pues, bienes que no les pertenecen; ¿quién es propietario si no el ausente? La ley ordena que los poseedores formen inventarios, y que den caucion; ¿prescribiría todas esas garantías en provecho de una persona que se presume muerta? ¡Qué! ¡se presume muerto al ausente, y si es casado, el cónyuge presente puede continuar la comunidad! ¿se puede estar en sociedad con un individuo á quien se presume muerto? No hay ni aun presuncion de muerte despues de la entrega definitiva. Si se presumiera muerto al ausente, el cónyuge presente podría volverse á casar, y no puede hacerlo. Si hubie-

ra presuncion de muerte, habria apertura de herencia, y la ley no organiza mas que una toma de posesion.

¿Cuál es, pues, el principio de la ley? Van á decirnos los autores del código. A la hora de la discussion, tuvo sus partidarios la presuncion de muerte. Tronchet declaró con profunda acritud, que era ridiculo declarar muerto al ausente, y que sería tambien bastante extraordinario hacerlo resucitar despues. ¿Cuál es la realidad de las cosas? El ausente, contesta Tronchet, no está ni muerto ni vivo á los ojos de la ley (1). Reina la duda, despues de la declaracion de ausencia, dice Emmery. Esto parece singular, agrega Boulay; pero ese principio es el producto de la sabiduría de los siglos, y no se ha llegado todavía á encontrar otro mejor (2). Debe agregarse: ese principio es la expresión exacta de la realidad de las cosas. ¿Quién sabe si el ausente vive ó si ha muerto? En vano se dirá que todas las probabilidades están por su defuncion. Los hechos pueden dar un mentis á todas esas probabilidades. ¿Qué queda, pues? La incertidumbre. Véase lo que el orador del gobierno asienta juiciosamente en su Exposicion de los motivos: «Cuando no ha trascurrido todavía un dilatado espacio de tiempo, desde que un individuo se alejó de su domicilio, no puede resultar de esta ausencia la presuncion de muerte; debe considerársele como vivo. Pero si durante cierto número de años, no se han tenido noticias de su persona, entonces se considera que las relaciones de familia, de amistad y de negocios, están de tal manera arraigadas en el corazon y en las costumbres de los hombres, que su interrupcion absoluta debe reconocer causas extraordinarias, entre las cuales se coloca el mismo tributo pagado á la naturaleza. Surgen entonces dos presunciones contrarias: una, de la muerte,

1 Sesión del consejo de Estado del 16 fructidor año IX. (Lotré, t. II, p. 215, núm. 18).

2 Sesión expresada (Lotré, t. II, p. 226, núm. 27, y p. 229, núm. 33).

por la falta de noticias; otra, de la vida, por su curso ordinario. La consecuencia precisa de las dos presunciones contrarias, es el *estado de incertidumbre.*» Bigot--Prémeneu, asienta en seguida que esta incertidumbre subsiste durante toda la ausencia, que las medidas que la ley prescribe están siempre calculadas segun los diferentes grados de incertidumbre, nunca exclusivamente sobre la presuncion de vida ó de muerte (1).

123. Lo que acabamos de decir, tampoco responde á las dificultades de la cuestion. Es evidente que no hay presuncion legal de muerte, y tambien es muy cierto que lo que caracteriza la ausencia, es la duda sobre la vida y la muerte del ausente. La incertidumbre aumenta cada dia, no en el sentido de la vida, sino en el de la muerte. De aqui el que las medidas que prescribe la ley, cambien de naturaleza con la duracion de la ausencia. La ley comienza por velar exclusivamente por los intereses del ausente; despues piensa en los presuntos herederos, y los pone en posesion de los bienes; esta entrega, primero provisional, acaba por ser definitiva. Esto quiere decir que la ley toma medidas que se aproximan más y más á las que prescribe en caso de defuncion. ¿Qué importa que así sea por una presuncion de muerte ó por solo una probabilidad? Cuestion de palabras que no impide que los herederos sean puestos en posesion de los bienes del ausente; ¿y qué es esta entrega sino la apertura provisional de su sucesion? Esta opinion, calurosamente defendida por Marcadé (2), es poco más ó inémos la de todos los autores, salvo grandes disentimientos en los detalles. Creemos que es contraria tanto al espíritu como al texto del código civil. La cuestion es capital.

124. ¿Cuáles son los efectos de la posesion provisional? M. Demolombe contesta: «Vamos á asistir á

1 Loeré, *Legislación civil*, t. II, p. 251, núm. 5.

2 Marcadé, *Curso elemental de derecho civil*, t. I, ps. 298-301, núm. 20.

*una especie* de apertura provisional de la sucesion del ausente. Tal es en efecto la *imagen* que presenta la toma de posesion que sigue á la declaracion de ausencia. De los arts. 120 y 123 resulta esta regla fundamental, á saber: Todos los derechos que la defuncion probada abriria de una manera definitiva sobre los bienes que pertenecian al ausente hasta sus ultimas noticias, los abre provisionalmente la ausencia declarada.» No puede haber herencia de una persona viva. Si se abre la herencia del ausente, aunque sea de una manera provisional, es necesario que haya presuncion de muerte, en virtud de la declaracion de ausencia. Aquí reaparece la doctrina de Proudhon, que los autores rechazan en principio, y que sin embargo, aplican en casi todas sus consecuencias. M. Demolombe dice terminantemente que la presuncion de muerte es la base de todas las medidas que la ley prescribe despues que ha sido declarada la ausencia. Esta presuncion se remonta á la ultima señal de vida dada por el ausente, en el dia de su partida ó de sus ultimas noticias. Este momento es en el que se reputa estar abierta la sucesion provisional del ausente (1). Dalloz, que combate calurosamente la pretendida presuncion de muerte imaginada por Proudhon, abunda en esta teoria de una sucesion provisional que se abre despues de la declaracion de ausencia. «Se ignora, dice, si volverá el ausente, ó si se sabrá la fecha precisa de su muerte; pero provisionalmente los presuntos herederos obran entre sí ó pueden obrar como si estuviera abierta la sucesion; de suerte que, en sus respectivas relaciones, obran como verdaderos herederos (2).»

La jurisprudencia ha sancionado esta opinion. Leese en una sentencia de la corte de Turin que la entrega provi-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 75, núm. 71 y p. 88, núm. 82.

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 322.

sional, que califica de *guarda de los bienes*, es un verdadero *derecho real* (1). Las cortes, lo mismo que los autores, se fundan en la presuncion de muerte que resulta de la declaracion de ausencia. Por efecto de esta presuncion, dijo la corte de Angers, se concede la posesion de los bienes á los presuntos herederos. Es cierto que la ley dice que la entrega provisional no es más que un depósito; pero, continua la corte, el entrado en posesion no puede estar asimilado á un simple administrador, puesto que goza del derecho de apropiarse una parte de los frutos y del de transmitir á su heredero la posesion de que se le ha investido; si no es más que un depositario con referencia al ausente, presenta las calidades de propietario respecto de terceros (2).»

125. Hé aquí el punto de partida de la doctrina y de la jurisprudencia. Nótese desde luego la vacilacion y la duda con que se expresa cuando se trata de trasformar la entrega provisional en apertura de una herencia. Es una *especie de apertura*, es una *imagen* de lo que pasa despues de la muerte de una persona. ¿Es ese el lenguaje del derecho? ¿Es posible que una ciencia que consiste esencialmente en la precision y la claridad de las ideas, proceda por *especies* y por *imágenes*? No se osa afirmar que hay sucesion abierta. ¿Qué digo? despues de haber dicho que la declaracion de ausencia es una presuncion de muerte, y que los poseedores obran entre sí como verdaderos herederos, que el patrimonio del ausente debe ser considerado como un derecho de sucesion abierto en beneficio de los presuntos herederos, se agrega que eso no es exacto de una manera absoluta y que la sucesion del au-

1 Sentencia de 5 de Mayo de 1810 (Dalloz, *Repertorio* en la palabra *Ausentes*, núm. 234).

2 Sentencia de la corte de Angers de 28 de Agosto de 1828 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 236).

sente no está en realidad abierta; se nota, como ya lo hemos hecho, que la misma expresión de *posesion provisional*, de que se sirve la ley, excluye toda idea de legitimidad (1).

¡Así, pues, todo se reduce á una apariencia! ¿Pero cómo puede una apariencia de sucesión engendrar un derecho real, es decir, lo que hay de más positivo en el mundo? ¿Cómo pueden ser propietarios los poseedores, que no tienen para si más que una *imagen* de derecho de sucesión? Para admitir semejantes anomalías, se necesitarían textos expresos. ¿Y si abrimos nuestro código, qué leemos en él? Que *la posesion provisional no es más que un depósito* que dará á los que lo obtengan la *administracion de los bienes del ausente* (art. 125). ¿Puede nunca un *depositario* tener un *derecho real*, cuando no es ni aun poseedor? ¿Puede quizás ser *propietario* un *administrador*? *Depósito* y *derecho real*, *administracion* y *propiedad* son ideas que no pueden ligarse. Preténdese que es necesario distinguir, las relaciones de los poseedores con el ausente, sus relaciones entre sí y respecto de terceros. Tocante al ausente, no son más que *depositarios*, *administradores*; pero entre sí son herederos, en consecuencia, propietarios, y como tales también poseen respecto de los terceros. Nosotros contestamos: No cabe duda en que el legislador habría podido crear una posición tan incierta y dudosa; lo ha hecho en realidad en el tercer período de la ausencia: los poseedores definitivos son á la vez administradores respecto del ausente y propietarios respecto de los terceros. ¿Pero sucede lo mismo durante la *possession provisional*? Que se nos presente un texto que reconozca en los poseedores esta doble posición. La ley sienta un principio absoluto al cali-

1. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 266,

ficar de depósito la posesión provisional y de administradores á los poseedores. Estos tienen necesariamente relaciones con los terceros: ¿cuál es la ley de estas relaciones? Siempre encontramos una sola respuesta en nuestros textos: los poseedores no tienen más que una calidad, la de administradores. Reconocerles un *derecho real* y la calidad de propietarios, es aplicar á la posesión provisional lo que la ley dice de la posesión definitiva; es, pues, modificar la ley, es formarla. ¿Es esta la misión del intérprete?

126. Los poseedores, dice el art. 423, son depositarios, administradores. Quien dice depósito, dice detención precaria, simple guarda. Esta expresión excluye toda idea de un derecho; el depositario no tiene derechos; solo tiene obligaciones. ¡Y la jurisprudencia decide que tiene un *derecho real!* El administrador tiene una obligación y no un derecho propio; cuando ejerce derechos, lo hace en nombre de aquel cuyo patrimonio maneja; personalmente no tiene ninguno. ¡Y la jurisprudencia lo declara *propietario!* Pero, se dice, tiene derecho á los frutos, que no tiene el administrador ordinario, y trasmite este derecho á sus herederos; lo que prueba que la entrega provisional no es más que un simple depósito. De antemano hemos contestado á la objeción. Si, hay en la entrega provisional otro principio que el de depósito ó de administración. A los herederos es á los que llama la ley á manejar un patrimonio que probablemente les pertenecerá, que acaso les pertenece ya. ¿Pero resulta de esto que, en la teoría del código, estén considerados como propietarios mientras dura la posesión provisional? La ley se ha servido ciertamente adrede del término de *depósito*, expresión que no es ni siquiera exacta, pero que señala con singular energía que los poseedores, aunque sean presuntos herederos, no tienen todavía ningún derecho.

Se insiste sobre el derecho á los frutos que la ley reco-

noce á los herederos entrados en posesion, y en eso se ve una prueba cierta de que la ley tiene en cuenta su calidad de herederos, es decir, de propietarios. No es esa la mente de los autores del código. Ya hemos citado sus palabras: no tienen más que una preocupacion, el interés del ausente; aun cuando parecen despojarle, concediendo los frutos á los herederos, lo hacen tambien en favor del ausente, el patrimonio del cual tratan de conservar interesando á los administradores en que lo manejen bien. Tan cierto es que el legislador no pretende reconocer ningun derecho á los herederos, aun cuando les da cuatro quintos ó nueve décimos de los frutos, que permite al esposo presente paralizar ese pretendido derecho optando por la continuacion de la comunidad. Esta es una consideracion decisiva y que destruye completamente el sistema adoptado por la doctrina y la jurisprudencia. ¡Qué! ¡la ausencia declarada es una presuncion de muerte, y por consecuencia trae consigo apertura provisional de la sucesion del ausente! ¡Ved al cónyuge que, aun sin ser heredero, lleva á la nada esta presuncion de muerte, continuando la sociedad de bienes contratada con el ausente! ¡Impide á los herederos de éste llegar á la pretendida sucesion abierta en su beneficio! ¡El es quien va á disfrutar de esos bienes, y por espacio de treinta años! ¡Y se quiere que los herederos tengan un *derecho real*, un *derecho de propiedad!* ¿Se concibe un derecho real de legitimidad, puesto en jaque durante la vida del hombre por un cónyuge que no es heredero? ¿Se concibe que un propietario sea impedido de ejercer su derecho durante treinta años, y que quien lo impida sea un cónyuge que no está llamado á heredar? Eso es enexplicable en la doctrina que está generalmente admitida, mientras que se explica perfectamente ateniéndose al texto y al espíritu del código. No hay presuncion de muerte; en consecuencia, no hay apertura de sucesion. ¿De qué se trata? De administrar el

patrimonio del ausente. La ley procura buscar los mejores administradores. Da la preferencia á los herederos sobre curadores asalariados, porque supone que pondrán más cuidado en gobernar bien un patrimonio que debe ser suyo. Pero hay en el lugar un cónyuge que tiene el mismo interés y un afecto más grande. La ley lo prefiere á los herederos, porque supone que no estando dividida la administración, será mejor el manejo de los intereses. Se comprende la preferencia si la posesión provisional no tiene por objeto más que administrar los bienes del ausente; pero es inconcebible e injustificable si la declaración de ausencia da apertura á los derechos de los herederos.

127. Nuestra conclusión es que los herederos entrados en posesión provisional no tienen ni *derecho real* ni *propiedad*, que son simples administradores entre sí y respecto de los terceros, así como también en cuanto al ausente. Como estamos en pugna con la doctrina y la jurisprudencia, necesitamos buscar una autoridad mayor que la nuestra para legitimar nuestra opinión. En 1808 la administración del registro reclamó derechos de sucesión á un entrado en posesión provisional. El tribunal de Gante rechazó la demanda, fundándose en el art. 123, según el cual la posesión provisional no es más que un depósito que da á los que la obtienen la administración de los bienes del ausente, lo que implica que no haya ninguna trasmisión de bienes ni de usufructo. Se promovió el recurso de casación. El ministerio público estaba representado por Daniels, una de esas inteligencias jurídicas que honran la magistratura francesa. Daniels se declaró contra la administración. Invocó también el art. 123; la ley califica de *depósito* la posesión provisional; ¿y cómo en virtud de un depósito tendría mutación de propiedad ó de usufructo? En vano se objeta que según el art. 123 todos los que tienen derechos subordinados á la condición del fallecimiento del ausente, son admi-

tidos á ejercerlos, lo que supone que está abierta la sucesion. Daniels contesta, y la respuesta es concluyente, que el art. 123 solo tiene por objeto la *administracion*; que al reglamentar la ley la manera de *administrarse* los bienes del ausente, concede naturalmente la preferencia á los que, en caso de defuncion, tuvieran el derecho de reclamar los mismos bienes; pero que una administracion, por privilegiada que sea, no trae consigo ninguna mutacion. ¿Quiere decir que la ausencia paralizará siempre los derechos del fisco? No, porque la posesion provisional cede su puesto á la posesion definitiva, y entonces los bienes del ausente son divididos por los herederos como dice el art. 129; en consecuencia, solo en el tercer periodo de la ausencia, es cuando hay trasmision de propiedad; hasta ahí no hay más que una simple administracion en beneficio del ausente. La corte de casacion decidió, conforme con las conclusiones de Daniels, que no siendo más que un deposito la posesion provisional, no ocaionaba ni cambio de propiedad ni trasmision de usufructo (1).

128. La requisitoria de Daniels contiene el germen de otra doctrina muy diferente de la que ha prevalecido y reina hoy en la jurisprudencia. Implica que no hay presuncion de muerte, ni apertura de sucesion, ni derecho real, ni propiedad, sólo una administracion. Vamos á apoyarnos en la autoridad de Daniels para rechazar las consecuencias, que en la opinion general, se deducen de un principio que creemos falso. Estando abierta provisionalmente la sucesion del ausente, se deduce que los herederos pueden hacer entre si la division de los bienes, segun las reglas ordinarias de las particiones de herencia (2). ¿Cómo se concilia este derecho de los entrados en po-

1 Sentencias de 16 de Enero de 1811 y de 14 de Febrero de 1811 (Merlin, *Repetorio*, en la palabra *Sucesion*, sec. III).

2 Demolombe, t. II, p. 132, núm. 128. Dalloz, *Repetorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 323.

sesion provisional, con el art. 129, que aplaza la particion de los bienes hasta la posesion definitiva? Cada intérprete da su explicacion, como sucede siempre al apartarse del texto de la ley. Uno dice que el art. 129, al no autorizar la particion de bienes sino despues de la posesion definitiva, no coarta la facultad que tienen los presuntos herederos de hacer una particion entre si luego que entran en posesion provisional, puesto que la division á nadie despoja. ¿En qué se convierte entonces el art. 129? En una digresion; se le borra realmente del código al dar á los poseedores provisionales un derecho que la ley no ha tenido la intencion de conceder más que á los poseedores definitivos. Para conservar un sentido al art. 129, se ha recurrido á explicaciones que son una verdadera insensatez. La ley, se dice, ha tenido en cuenta, en el art. 129, el caso en que sea declarada la posesion definitiva, sin que haya habido posesion provisional; y el artículo comienza diciendo: «Si la ausencia ha continuado durante treinta años desde la *posesion provisional*.» Demante invoca el art. 815, segun el cual nadie puede ser obligado á permanecer en la indivision forzosa (1). Si los bienes dados en posesion provisional, se hallan en estado indiviso, con mayor razon deben estarlo los que se dan en posesion definitiva; ¿de qué sirve entonces el art. 129? Pero dónde dice éste que los intereses están indivisos mientras dura la posesion provisional? Eso supone la apertura de la herencia como resultado de una presuncion de muerte; supone una trasmision de propiedad; puras suposiciones que no tienen ninguna base en los textos ni en el espíritu de la ley. ¿De qué seria esta division? No conocemos más que dos, la division de propiedad y la de goce. ¿Se dividirian la propiedad los poseedores provisionales? Daniels acaba de decir-

1 Demante, *Curso analítico del código civil*, t. I, p. 259, núm. 104 bis, III.

nos que no son propietarios, que no se verifica cambio alguno. ¿Se dividirán el goce? Daniels dice tambien que no hay trasmision de usufructo. ¿Pues si no hay usufructo ni goce que dividir, en qué consistirá la division? Los poseedores pueden convenir entre si que dividirán la administracion de los bienes del ausente; pero se llama hacer una division administrar separadamente los bieues?

129. ¿Están obligados á reintegrar los puestos en poseedores? El que no conociera más que el texto del código y las discusiones, encontraría muy singular la pregunta. Los poseedores, dice la ley, son depositarios y administradores; en interés de los ausentes está que se confie esta administracion á los herederos. ¿Acaso los depositarios y administradores pueden tener una obligacion que supone una herencia abierta y coherederos que llegan á una sucesion? ¡Cosa notable! El autor que sostiene con más decision que los poseedores deben reintegrar, confiesa que el texto es contrario á su opinion; en efecto, la entrega provisional no comprende más que los bienes que perteneceian al ausente; ahora bien, los bienes dados entre vivos, ya no le perteneceian por cierto. Confiesa tambien este autor que tiene en su contra el espíritu de la ley. ¿Por qué se pone á los herederos en posesion de los bienes del ausente? En interés de éste, á fin de que su patrimonio sea bien administrado por herederos interesados en manejarlo bien. ¿Acaso los bienes dados intervivos están abandonados? Están en poder de los donatarios; así, pues, es inútil envidiar de que sean administrados. ¿No decide esto la cuestión? No, se dice; la equidad exige que haya reintegro, á fin de establecer la igualdad entre todos los poseedores (1). ¡La equidad! ¡Así, en nombre de la equidad se viola la ley! ¡ó se redacta, haciéndola de distinta manera á como la ha querido redactar el

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 333.

legislador! M. Demolombe vacila, y hay por qué vacilar. Lo que lo decide es que el heredero donatario que pide la posesión, reconoce por esto que el ausente ha muerto, ó que hay cuando menos presunción de su muerte; desde ese momento debe reintegrar (1). Siempre la misma suposición; iríamos á dar al mismo círculo vicioso. ¡Se supone que hay presunción de muerte; después se levantan sobre esta suposición nuevas suposiciones! ¡Débil edificio que se desploma con una base tan imaginaria!

130. Los poseedores provisionales son herederos reservativos: ¿pueden pedir la reducción de las donaciones hechas por el ausente, si exceden de lo disponible? Si se admite que ha lugar á reintegro, se debe admitir también que ha lugar á reducción. Sin embargo, los mismos autores que doctrinan que los herederos puestos en posesión, están obligados á reintegrar, les rehusan el derecho de reducir las donaciones excesivas. La contradicción nos parece notoria. Se dice que la declaración de ausencia hace nacer una presunción de muerte; y que, en consecuencia, hay apertura provisional de la sucesión del ausente. Pues bien, ¿cuándo se abre una sucesión en provecho de herederos reservativos, no es su derecho litigar en reducción? Si el ausente había dado todo, qué sucedería con el derecho de heredad de los legítimos, si no pudiesen reducir las donaciones? Se invoca la equidad para obligar á los herederos al reintegro. ¿No exige, con más razon, la equidad que los donatarios devuelvan á la sucesión los bienes que pertenecen á los reservativos? M. Demolombe confiesa que todas estas razones militan en favor de los hijos; si se les niega la acción en reducción, es porque no concurren con ellos los donatarios; no invocan la presunción de muerte,

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, ps. 135-140, número 132.

dice; así, pues, no se puede invocarla contra ellos (1). ¿Y qué importa, si esta presunción de muerte da apertura á la sucesión? ¿qué importa, si es la equidad la que decide como soberana en esta materia?

A juicio nuestro, no puede ser cuestión ni de reducción ni de reintegro. Negamos la presunción de muerte, y no admitimos que la equidad haga ley. Y la equidad es, en definitiva, el único principio que se puede invocar. Los que hacen un llamamiento á la equidad, olvidan que el legislador la ha rechazado. ¿Cuando los herederos están en competencia con el esposo común en bienes, no exigiría la equidad que la ley tomara en cuenta los derechos eventuales de los herederos? Sin embargo, nada de esto ha hecho. ¡Y véanse las inicuas consecuencias que resultan de ello! Consisten en que los donatarios conservaron sus liberalidades, cuando estando todas las probabilidades por la muerte del ausente, las donaciones deberían ser devueltas ó reducidas. Disfrutaron también durante treinta años de los bienes que, según todas las probabilidades, pertenecían á los herederos. Desde el punto de vista de la equidad, eso es inexplicable, injustificable. ¿No es una prueba evidente de que la equidad debe ponerse fuera de causa? Más claro; no estando abierta la herencia, no ha lugar ni á reintegro ni á reducción; y no habiéndolo, no hay que lamentar que se agravie á la equidad.

131. Se pretende que hay apertura provisional de la sucesión del ausente después de que ha sido declarada la ausencia, y que esta sucesión provisional es la *imagen* de la sucesión real. Si los poseedores son herederos, deben estar comprendidos en las dudas. Se admite y se enseña que las deudas se dividen entre ellos según su parte y porción hereditaria. Acerca de este punto están de acuerdo

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 152, num. 149.

bastante de sus herederos. Pero todas estas consideraciones son dirigidas al legislador; el intérprete no debe dejarse arrastrar en ese terreno sin correr el riesgo de formar una ley nueva, en vez de limitarse á interpretar la que existe.

133. Las cuestiones que acabamos de ventilar, no se presentan ya en el tercer periodo. Si la ausencia ha continuado durante treinta años, desde la entrega provisional, todos los interesados pueden pedir la particion de los bienes del ausente (art. 129). Sin embargo, aun despues de la entrega definitiva, no se puede decir que esté abierta la sucesion del ausente. Los autores que doctrinan que durante el segundo periodo hay una especie de apertura de la herencia, confiesan que eso nunca es cierto de una manera absoluta. Lo que lo demuestra es, que segun el proyecto de codigo, los poseedores definitivos estaban considerados como *proprietarios incommutables*. Ese sistema fué rechazado. Los poseedores definitivos no son propietarios mas que respecto de los terceros; no lo son en cuanto al ausente. No presumiéndose muerto á éste, puede volver, y entonces caen de pleno derecho todas las medidas, todas las disposiciones tomadas en virtud de la posesion definitiva. Eso confirma nuestra doctrina. Porque los bienes del ausente vuelven á entrar en el comercio, la ley reemplaza la posesion provisional, por la posesion que califica de definitiva, y que, no obstante, no lo es de una manera absoluta. Durante la posesion provisional, los bienes del ausente están fuera del comercio, colocados bajo secuestro. La ley los conserva en beneficio del ausente; los poseedores provisionales no son más que simples administradores, y lo son respecto de los terceros lo mismo que del ausente. Esta es la doctrina que ha introducido en la ley una distincion que no tiene, al imaginar una apertura de sucesion que no existe en nuestros textos. Colocándose

fuerá de la ley y encima de ella, es imposible sentar principios ciertos. Tambien los autores se quejan de que el sistema del código no esté bien concebido ni coordinado sobre todos esos puntos (1). No saben cómo calificar la posesion de los poseedores provisionales respecto de los terceros: ¿son administradores? ¿son herederos? No se sabe (2). Los autores no ven que son ellos los quo han creado esas incertidumbres. No existen en el código. Al decir que la particion no se hace sino despues de la entrega en posesion definitiva, la ley dice claramente que durante la posesion provisional, no hay herencia abierta, y por tanto, no hay herederos, no hay más que una administracion, privilegiada en ciertos respectos, pero limitada, sin embargo, como toda administracion.

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 164, núm. 143.

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 334. Demolombe, t. II, p. 141, núm. 135.