

CAPITULO II.

DE LA PRESUNCION DE AUSENCIA.

§ 1º ¿Cuando hay presuncion de ausencia?

134. Segun el art. 112, el tribunal provee á la administracion de los bienes dejados por las personas *cuya ausencia se presume*, si hay necesidad de ello y conforme á la demanda de las partes interesadas. Se necesita, pues, para que intervenga la justicia, que se trate de una persona *cuya ausencia se presume*. ¿Pero cuándo puede decirse que se *presume ausente* á un individuo? El código no contesta á esta pregunta. Podria creerse, á primera vista, que la contesta el art. 115. Esta disposicion permite pedir la declaracion de ausencia cuando una persona se hubiere ausentado del lugar de su domicilio ó residencia, no teniéndose noticia de ella durante cuatro años consecutivos. Se podria deducir de esto que se presume ausente á una persona cuando ha dejado de estar en el lugar que habitaba y no da noticia suya. Eso es verdad, en general, pero con una restriccion. Es necesario no crear que sólo porque un individuo ha dejado su domicilio sin dar noticia suya, se presume ausente. La ley no dice eso, é intencionalmente nada ha definido el legislador; mejor dicho, es imposible dar una definicion de la ausencia que se presume. Una persona deja su domicilio, se ignora en donde reside; ¿se

dirá que se presume ausente? Eso implicaría que había incertidumbre sobre su vida, lo que ciertamente no es. Esta persona puede tener buenas razones para ocultar su residencia, y por consiguiente, no dar noticias suyas. Para que haya un principio de incertidumbre y de duda, se necesita que el individuo que ha dejado su residencia tenga razones para hacer saber su paradero y que no lo haga. Tiene una familia, esposa e hijos, y deja de comunicarse con ellos; tiene intereses apremiantes que exigirían su presencia, ó una persona competentemente autorizada, y deja todo abandonado. Eso no está en el orden natural de las cosas, y si no se conoce otra razón que explique una conducta tan extraña, se puede temer por la vida de esta persona, y habrá presunción de ausencia (1).

135. Supongamos que se presume ausente a un individuo. ¿Basta esto para que el tribunal intervenga en la administración de sus bienes? Esta cuestión agita intereses de una naturaleza diferente y opuesta. Por una parte, puede decirse que el ausente no desea que se inmiscúen en sus negocios. Esto, más que un interés, es un derecho. En vano se dirá que la ley debe velar por sus bienes, puesto que el interesado no puede hacerlo; se contesta que ese es negocio suyo, que puede, en rigor, dejar perder sus bienes, si así le place. Este es el punto objetivo del legislador. En el consejo de Estado, Tronchet citó la antigua expresión picante, *jura vigilantibus scripta*. Nada más cierto ni más justo, que cuidar los intereses de una persona que los abandona y están en peligro de sufrir menoscabo. Pero, dice el primer cónsul, se trata de una persona ausente, se ignora si vive; ¿cómo, pues, remitirse a su vigilancia? ¿No está la sociedad en el caso de vigilar por aquel que no pue-

1 Duranton, t. I, p. 298 y siguientes, núms. 389-390. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 31.

de hacerlo? La sociedad protege á los menores y aun á las mujeres casadas; con mayor justicia debe su protección á aquél que está en la imposibilidad de manejar sus negocios; es la tutora de los ausentes, como lo es de los huérfanos (1). Este es el punto objetivo del hombre de Estado, y tiene su legitimidad tan perfecta como la del jurista. ¿Cómo conciliar intereses hostiles en apariencia? El legislador se ha remitido á la prudencia de los magistrados, trazando, no obstante, un límite á su intervención: es preciso que haya *necesidad* de proveer á la administración de los bienes dejados por la persona cuya ausencia se presume. Segun eso, debe decirse que la presunción de ausencia comienza únicamente cuando hay necesidad de proveer á la administración de los bienes. Aun cuando hubiese incertidumbre sobre la vida del que se presume ausente, aun cuando hubiese probabilidad de muerte, en razon de las circunstancias, la ausencia no producirá efecto alguno hasta que la necesidad obligue al tribunal á intervenir.

El código agrega además otra restricción: se necesita que la persona cuya ausencia se presume no haya dejado procurador competentemente autorizado. Si ha dado mandato de gobernar sus negocios, no hay ya necesidad de intervenir, y por ende, quedará sin efecto la presunta ausencia. Esta consecuencia que resulta del texto, está también en armonía con el espíritu de la ley. En el primer periodo de la ausencia, la ley se preocupa exclusivamente de los intereses del ausente; cuando él lo tiene previsto, ya no hay razon de que intervenga en ello la sociedad. Ahora bien, desde que hay de por medio un interés social, debe prevalecer el derecho del ausente; y este derecho exige que no se mezclen en sus negocios.

136. Si hay necesidad de esto, lo determinará el tribu-

1 Sesión del consejo de Estado del 24 fructidor año IX (Locré, t. II, p. 222, núms. 19 y 20).

nal, dice el art. 112; pero no dice la ley cuál es el tribunal competente. A la hora de la discusion, fué prevista y resuelta la dificultad por el consejo de Estado; pero por negligencia ó olvido, no se formuló la decision en el proyecto de código. De ahí han nacido las dificultades y controversias. ¿El tribunal del domicilio ó de la residencia es el que debe proveer á la administracion de los bienes del ausente, ó el del lugar en donde están situados los bienes? En el consejo de Estado se había decidido que el tribunal del domicilio declararia si había presuncion de ausencia, y que despues de este fallo, cada tribunal reglamentaria la administracion de los bienes situados en su respectiva jurisdiccion. Eso era lógico. En el lugar de su domicilio es en donde es conocido el ausente, allí es en donde tiene sus relaciones, allí es, pues, donde se sabrán los motivos de su ausencia y del silencio que guarda. Tratándose, por el contrario, de tomar medidas para la administracion de los bienes, ciertamente el tribunal del lugar en donde éstos están ubicados será el más competente para estimar la necesidad que haya de hacerlo. Este sistema fué adoptado (1); pero podemos considerarlo como ley, cuando no se encuentra en el código? Es evidente que no, porque no es el consejo de Estado el que redactaba la ley, sino el Cuerpo legislativo. Puesto que no hay ley, es preciso decidir, así nos parece, que el tribunal del domicilio y los de la ubicacion de los bienes son igualmente competentes. Podrán resultar de esto fallos contradictorios, como se ha dicho en el consejo de Estado; pero en el silencio de la ley, es imposible dar á un solo tribunal una competencia exclusiva. No se puele exigir más sino que haya un fallo previo dado por el tribunal del domicilio y declarando que hay presuncion de ausencia, eso estaria en oposicion con el

(1) Sesión del consejo de Estado del 4 frimario año X (Loctré, t. II, p. 233, núm. 3).

texto de la ley; ésta supone un solo fallo que, fundándose en la presunción de ausencia y en la necesidad, prescriba las medidas que juzgue necesarias para la administración de los bienes del ausente (1).

137. El tribunal determina en vista de la demanda de las partes interesadas. Se necesita una demanda. Los tribunales nunca toman la iniciativa, debe ocurrirse á ellos. ¿Pero qué se entiende, en el art. 112, por *partes interesadas*? No hay que decir que pueden proceder los que tienen un interés nato y actual; ese es el derecho común. Tales son los acreedores. Si su crédito está vencido, pueden perseguir la ejecución contra los bienes del ausente. Si no está vencido, pueden proceder judicialmente para pedir que el tribunal provea á los administradores de esos bienes; efectivamente, estos bienes son su garantía, lo que hace que los acreedores tengan un interés nato y actual en que se conserven. ¿Nada más los que tienen un interés nato y actual son partes interesadas, en sentido del art. 112? La cuestión es disputada. Hay un motivo de duda, que consiste en que es de principio que el que no tiene interés no puede proceder, y que ese interés debe ser nato y actual. Según eso, se deduce que los presuntos herederos no son partes interesadas (1). Nos parece que el principio general no recibe aplicación en materia de ausencia. ¿Por qué debe tener el demandante un interés nato y actual? Porque pide algo para sí. Ahora bien, en el caso del art. 112, el demandante no pide nada para sí, hace conocer al tribunal la necesidad de proveer á la administración de los bienes del ausente. Cualquier interés, aun el puramente eventual, debe ser suficiente para legitimar una acción semejante. Lo que lo demuestra es que el ministerio público

1 Véanse los autores citados en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 57.

2 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 305, núm. 396.

tiene el derecho de proceder de oficio; sin embargo, de esto no puede decirse que tenga un interés nato y actual, porque nunca procede con un interés personal. Se necesitaría, pues, modificar el principio general en el sentido de que son partes interesadas los que tienen un interés cualquiera en la conservación del patrimonio del ausente. Los herederos presuntos tienen, con certeza, un interés en que los bienes del ausente sean conservados, porque si se prolonga la ausencia, entrarán en posesión de ellos. Tal es también la opinión general (1). Sólo que se funda en una causa que no podríamos admitir. Se dice que los herederos tienen más que un derecho eventual, más que una esperanza, que tienen *una especie de derecho condicional*, puesto que si no reaparece el ausente entrarán en posesión, como si fueran sus más próximos herederos, el día de su desaparición ó el en que se tuvieron sus últimas noticias (2). ¿Quién no ve que este es un derecho puramente eventual? Basta que se tenga noticia del ausente para hacerlo desvanecer. También se dice que es *una especie* de derecho condicional. Es necesario desterrar de nuestra ciencia esas expresiones indecisas con las que se afirma una cosa, no atreviéndose á hacerlo con entera franqueza. Un derecho es condicional ó no. No hay *una especie* de derechos condicionales. Estas palabras vagas introducen ideas oscuras en una ciencia esencialmente positiva, lo que es la ruina de la verdadera ciencia.

Si los presuntos herederos son partes interesadas, también lo son los legatarios. Se opone el art. 123, según el cual se abre el testamento después de la declaración de ausencia. Es indudable que los legatarios no podrán pedir la apertura de un testamento que no esté en poder de ellos. ¿Pero si lo poseen por qué no habían de poder presentarlo?

1 Dalloz, *Reperiorio*, en la palabra *Ausentes*, num. 68.

2 Valette sobre Proudhom, t. I, p. 257, nota a.

M. Demolombe, que profesa la opinion contraria, agrega una singular reserva. Dice así: «Si el legatario se hubiese apoderado del testamento, si la institucion fuese universal, si ninguno procediese, si estuviese ya muy avanzado el primer periodo, no me sorprenderia de que esas diferentes circunstancias hiciesen admitir la demanda del legatario.» Luego, acaba diciendo: «Pero siempre me atendria, en principio, á la solucion que he propuesto (1).» Si la opinion enseñada por el autor contiene en sí los verdaderos principios, ¿por qué supone que los tribunales se separaron de ellos? ¿no equivale esto á decir que las circunstancias hacen desviarse de la ley á los jueces? Si en ocasiones sucede así, debemos combatir con todas nuestras fuerzas esas decisiones arbitrarias, lejos de darles aliento enumerando las circunstancias que podrían empeñar á los magistrados en pasar sobre la ley. El derecho no se somete á discrecion de los hechos; por el contrario, los hechos son los que deben someterse al derecho; si no, ya no hay derecho.

138. Dice el art. 114: «El ministerio público está especialmente encargado de velar sobre los intereses de las personas cuya ausencia se presuma, y será oido en todos los incidentes que á las mismas personas se refieran.» Acerca de este último punto no hay ninguna dificultad. El código de procedimientos ha interpretado la disposicion del art. 114, ordenando que se comuniquen al procurador del rey las causas concernientes ó que interesan á las personas cuya ausencia se presuma (art. 83, núm. 7). Hay alguna duda sobre el sentido de la primera disposicion del art. 114. Generalmente se le interpreta en el sentido de que da al ministerio público la facultad de proceder de oficio. En principio no existe este derecho; las partes interesadas son las que llevan la accion ante el juez; el oficial del ministe-

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 36, núm. 27.

rio público es solamente parte unida. Nada más por excepción, y en los casos que especifica la ley, es cuando el ministerio público se constituye parte principal (1). La cuestión consiste en saber si el art. 114 admite una de esas excepciones. Casi no es posible darle otro sentido. En efecto, contiene dos disposiciones: la segunda previene que les sean comunicadas todas las demandas que se refieran á los que se presuman ausentes: la primera debe, pues, darle otra misión, si no la ley diría dos veces una misma cosa. Tal es, por otra parte, el espíritu del código de Napoleón. En el consejo de Estado, el primer cónsul insistió sobre el deber que tenía la sociedad de cuidar de los intereses de los ausentes: debía conservar su carácter de tutora, decía. ¿Quién estará encargado de llenar ese deber? Nunca tienen iniciativa los tribunales; nada pueden hacer por los ausentes, á no ser que se promueva ante ellos. ¿Quién lo hará? El legislador señala á las partes interesadas. ¿Pero si no las hay ó no promueven? ¿Se dejará que perezcan los bienes abandonados? Si la sociedad es tutora, se necesita que haya un agente de la sociedad que ejerza la tutela. Como no se nombra tutor á los ausentes, es preciso que el ministerio público se encargue de cuidar sus intereses; si pues nadie promueve las medidas que la necesidad ordena, lo hará el procurador del rey (2).

La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo. Se ha estimado que el ministerio público tiene calidad para solicitar de oficio el nombramiento de un administrador de los bienes (3). Ha decidido la corte de Bruselas que ese fun-

1 Ley de 24 de Agosto de 1790, tit. VIII, art. 2º; ley de 29 de Abril de 1810, art. 46.

2 Demolombe, t. II, p. 37, núm. 29. Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 338 y siguientes.

3 Sentencia de la corte de casación de 8 de Abril de 1812, y sentencia de la corte de Metz de 15 de Marzo de 1823 (Dalloz, *Reportorio*, en la palabra *Ausentes*, núms. 95 y 122).

cionario puede pedir que se consignen en un depósito público las cantidades debidas al ausente (1). Con posterioridad á esta sentencia, una ley de 20 de Diciembre de 1823 ordenó que se entregara en la caja de las consignaciones el numerario que pertenezca á los que se presuman ausentes, y que se recibiría en virtud de las disposiciones de los arts. 112 y 113. Al ministerio público corresponde cuidar de la ejecución de esta ley.

139. La aplicación del art. 114 da lugar á una cuestión sobre la cual están divididos los autores. Se pregunta si el ministerio público puede ejercer las acciones que corresponden al ausente, ó si debe limitarse á solicitar el nombramiento de un curador que promueva en nombre del ausente. La corte de Metz ha decidido que el ministerio público sólo está encargado de promover por sí mismo por las personas cuya ausencia se presuma, y hacer valer los derechos e intereses de esas personas (2). Esta es la opinión seguida generalmente por los autores, y creemos que está fundada en los principios verdaderos. Dar al ministerio público el derecho de intentar acciones en nombre del ausente, sería convertirlo en administrador; ahora bien, no es esa su misión, como tampoco es ese el objeto del art. 114: los representantes del ministerio público desempeñan sus funciones cerca del tribunal á que están adscritas; en materia civil, se unen á las partes en litigio, ó en los casos previstos por la ley, promueven por sí ante el tribunal; tal es el caso del art. 114. ¿De qué se trata en este artículo? De proveer á los intereses del ausente. ¿Quién prescribe esas medidas? El tribunal. ¿Quién las solicita? El ministerio público. A eso se limita su acción. Si pues hay

1 Sentencia de 26 de Abril de 1821 (Dalloz, en la palabra *Ausentes*, núm. 79).

2 Sentencia precitada do 15 de Marzo de 1823. Consultese á Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 81, Demolombe, t. II, p. 39, núm. 30.

derechos que perseguir, el ministerio público promoverá el nombramiento de un curador, pero no desempeñará por sí mismo las funciones de tal.

**§ 2º Efectos de la presuncion de ausencia en cuanto
á los bienes del ausente.**

140. El art. 112 encarga al tribunal tome las medidas necesarias para la administracion de los bienes del ausente. Se preguntó al consejo de Estado cuándo debia intervenir el tribunal. «Seria difícil, contestó Portalis, fijar el plazo dentro del cual se debe proveer á la conservacion de los bienes del ausente; se necesita juzgar de ello, en vista de las circunstancias. No hay peligro en que los tribunales tengan el derecho de sujetarse en el particular por la urgencia, y á fallar segun los casos.» El art. 112 está concebido en ese sentido. «Si hay necesidad,» dice la ley. La necesidad es, pues, la que da al juez el derecho y lo coloca en el deber de intervenir. La simple utilidad no bastaria. El tribunal no está llamado á aumentar el patrimonio del ausente, está llamado á conservarlo. Hay además un motivo de orden público que le ordena proceder con la mayor reserva. Nuestras antiguas costumbres dicen que cada cual en su casa es rey; es preciso que los magistrados respeten este asilo sagrado; no deben penetrar en él sino en caso de absoluta necesidad. ¿Cuándo se puede decir que hay esa necesidad? Al discutirse el título III en el consejo de Estado, Tronchet citó como ejemplos: si las tierras permanecen abandonadas sin cultivo, si la casa no está habitada, si se deterioran los muebles, los géneros y las mercancías. Es inútil detenerse en estas aplicaciones, puesto que la necesidad es esencialmente una cuestión de hecho. Hé ahí por qué el tribunal no debe intervenir si el ausente ha dejado un procurador autorizado competentemente. En ese caso

ya no hay necesidad, toda vez que el mismo ausente ha providenciado la administracion de sus bienes; sólo que la procuracion no fuese bastante extensa, ó si llegare á cesar, la necesidad daria de nuevo al juez el derecho y la mision de proceder (1).

141. ¿Qué medidas puede ó debe prescribir el tribunal? No lo dice el código; el tribunal determinará, dice el art. 112. Sin embargo, el legislador señala una regla que sirve de guia y de límite al juez: «Si hay necesidad de proveer á la administracion *de todo ó parte* de los bienes dejados por una persona cuya ausencia se presume.» El tribunal no puede prescribir, pues, más que las medidas necesarias. Si la necesidad existe para todo el patrimonio del ausente, el tribunal proveerá á él; si basta tomar medidas para ciertos bienes, el tribunal limitará su accion á la estricta necesidad. Antes era uso nombrar un curador encargado de administrar los bienes del ausente. El código no lo ordena ni lo prohíbe. Quiere decir que los tribunales tienen un poder discrecional. En el derecho antiguo era costumbre nombrar un curador al ausente; pero, dice Bigot-Préameneu, tomados esos administradores con demasiada frecuencia de entre los agentes de negocios, han sido culpables de dilapidaciones; repitiéndose los casos en que, aun siendo de buena fé, ya por ignorancia, ya por descuido, han causado la ruina del ausente. Llegó á tal extremo el abuso, que el legislador prohibió que se nombraran curadores (2). En el consejo de Estado se demostró tambien una extrema desconfianza contra ellos. Es una exageracion, dice Regnier. La necesidad puede exigir que el tribunal provea á la administracion de todos los bienes dejados por el ausente; así es que será necesario nombrar un administrador general, á quien se le da el nombre de curador ó de

1 Foullier, *El derecho civil francés*, t. I, p. 335, núm. 383.

2 Ordenanza de 1867, tit. II, art. 89.

gerente, lo mismo da. Además, el tribunal puede prescribir garantías, y el ministerio público cuidará de que sean protegidos los intereses del ausente (1). Prevaleció esta opinión. Bigot-Préameneu dice en la Exposición de los motivos, que no está prohibido el nombramiento de curadores, que lo harán los tribunales si lo estiman necesario, pero buscando todos los medios de evitar los inconvenientes á que expone esta medida (2). La jurisprudencia se ha declarado en este sentido (3). Naturalmente el tribunal es el que nombra un curador que se sujete á los poderes que quiera concederle. Pero estos poderes no pueden traspasar los límites de la administración, puesto que en el primer período de la ausencia se hace todo en interés de la persona cuya ausencia se presume y para la conservación de sus derechos. Lo dice el art. 112; no se trata más que de administrar el todo ó parte del patrimonio del ausente.

142. El tribunal tiene, pues, en principio, plena facultad para prescribir las medidas que juzgue necesarias. No hay más que una excepción; la ley prevé un caso en el que dice lo que el juez debe hacer. El art. 113 expresa: Si el ausente está interesado en inventarios, cuentas, particiones y liquidaciones, el tribunal nombrará un notario que lo represente. ¿Por qué no se ha remitido el legislador á la prudencia del juez en este caso especial? Si la ley da poder pleno al juez cuando se trata de proveer á la administración de los bienes de un ausente, es porque sería imposible prescribir las medidas que exigen las circunstancias, las cuales, dependiendo de los hechos, varían hasta lo infinito. No es igual cuando el ausente está interesado en la liquidación de una herencia; la naturaleza de los dere-

1 Sesión del consejo de Estado del 24 fructidor año IX (Loiré, t. II, p. 223, núm. 20).

2 Loiré, *Legislación civil*, t. II, p. 253, num. 10.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 95.

chos que hay que proteger indica que el mejor defensor que puede tener el ausente, es un notario. Así lo tenia ya decidido una ley de 11 de Febrero de 1791. Los autores del código han conservado esta disposicion en interés del ausente, lo mismo que por desconfianza contra los curadores (1).

La aplicacion del art. 113 da lugar á algunas dificultades. Hay en él un primer punto que no da lugar á duda. ¿De qué sucesiones se trata? Claro es que de aquellas á que ha sido llamado el ausente ántes de que hubiese incertidumbre acerca de su vida, es decir, ántes de que hubiese presuncion de ausencia. Efectivamente, segun el art. 136, la herencia á que sea llamado un individuo cuya existencia se desconozca, recaerá exclusivamente en aquellas personas con las cuales aquel debia concurrir, ó en las que en su defecto tenian derecho á suceder.

¿Cuáles son las funciones del notario? La ley las indica: representa al ausente en los inventarios, cuentas, particiones y liquidaciones. Corresponde al tribunal limitar su accion ó extenderla. Si se limita á reproducir el texto de la ley, resultará que el notario no tiene que hacer más que los actos habituales de su ministerio. ¿Podrá pedir la particion? No, ciertamente, porque no es esa la mision del notario. Pedir una particion es un acto que traspasa los límites de un poder de administracion. No puede hacerlo el tutor, ni el menor emancipado. Si el tribunal juzgara que era necesario promover la particion, deberia dar expresamente esta mision al notario ó al curador á quien encargase de los intereses del ausente. Todavia mucho menos podrá transigir el notario. Es hasta dudoso que pudiese conferirle este poder el tribunal. La ley lo llama á autorizar las transacciones hechas en nombre de un menor, pero pres-

¹ Bigot-Préameneu, *Exposición de los motivos* (Loeré, t. II, p. 253, núm. 10).

cribiendo otras garantías. En materia de ausencia, el tribunal no puede ordenar más que lo necesario; ahora bien, ¿se puede decir que la transacción sea una necesidad (1)?

§ 3º Efecto de la presunción de ausencia sobre el matrimonio.

143. La ausencia nunca disuelve el matrimonio, porque nunca tiene presunción de muerte. Volveremos á tratar de este principio, que es común á todos los períodos de la ausencia. Durante el primero, subsiste el matrimonio con todos sus efectos, aun en cuanto á los bienes. Si la ausencia de la mujer es la que se presume, el marido presente continua el régimen bajo el cual se han unido los esposos, cualquiera que sea; en nada cambia esos derechos la ausencia de su mujer. En general, es administrador de sus bienes y usufructuario; continuará administrándolos y gozando de ellos. Si los cónyuges habían adoptado el régimen de separación de bienes, y si está ausente la mujer, habría lugar á solicitar medidas para la gestión de sus bienes, toda vez que, según ese régimen, ella es quien tiene la administración y el usufructo.

Si se presume la ausencia del marido, habrá lugar igualmente á tomar medidas para la administración de sus bienes, puesto que la mujer no tiene, bajo ningún régimen, un derecho sobre los bienes de su marido. En cuanto á los bienes comunes, si hay régimen de comunidad creemos que la mujer tomará la administración de ellos. Veremos que la ley le da ese derecho, aun después de la declaración de ausencia (art. 124); con mayor razon debe tenerla mientras se presuma la ausencia. La mujer es socia; es cierto que

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, ps. 343-345. Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, t. I, p. 39 y siguientes, n.º 4. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, n.ºms. 120-139.

no tomaingerencia alguna en la administracion de la comunidad cuando está presente el marido; pero estando ausente y por ende en la imposibilidad de manejar los intereses comunes, debe administrar la mujer asociada. ¿Necesita autorizacion judicial para desempeñar los actos de la administracion? No admite duda alguna la afirmativa. Subsiste el matrimonio con todos sus efectos; en consecuencia, la mujer permanece señalada de incapacidad jurídica. Se necesitaria una disposicion legal para eximirla de esa incapacidad, y la ley guarda silencio.

144. El art. 1427 confirma esta doctrina. Expresa que la mujer no puede obligarse para el establecimiento de sus hijos, en caso de ausencia del marido, sino despues de haber sido autorizada judicialmente. Si los cónyuges están casados bajo el régimen de la comunidad, la mujer puede, pues, obligarse con autorizacion judicial á dotar á sus hijos. ¿Podrá tambien dar los bienes de la comunidad? Estos bienes no le pertenecen, son propiedad del marido, único que puede disponer de ellos. Eso decide la cuestion (1). Siendo propiedad del marido los bienes comunes y los suyos, no pueden los tribunales autorizar á la mujer para enajenarlos. Pueden únicamente dictar las medidas necesarias para la administracion de su patrimonio. Ahora bien, la doctrina no es una necesidad. Seria muy útil seguramente que así pudiera hacerse, pero para eso se necesitaria un texto, y no lo tenemos. Se ha propuesto, para llenar el vacio, aplicar por analogia el art. 511, que permite proveer al establecimiento de los hijos, en caso de incapacidad del padre, por medio de un consejo de familia, autorizado por el tribunal. Hay paridad de razon, dice Delvincourt (2). Es muy

1 Demolombe enseña que el art. 1427 permite á la mujer disponer de los bienes de la comunidad; la ley no lo dice así. (*Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 426, núm. 315).

2 Delvincourt, *Curso del código de Napoleón*, t. I, p. 85, nota 4.

cierto ésto; ¿pero es bastante un motivo de analogia para disponer del patrimonio del ausente mientras dura la presuncion de ausencia, cuando la ley no permite más que las medidas necesarias para la administracion de los bienes? No lo creemos; eso seria traspasar la ley, y en consecuencia formarla en vez de interpretarla.

§ 4º Efecto de la presuncion de ausencia en cuanto á los hijos.

145. Se presume la ausencia del padre, y está presente la madre; hay hijos comunes. Segun el art. 441, la madre tendrá la vigilancia de ellos y ejercerá todos los derechos del marido en cuanto á su educacion y á la administracion de sus bienes. ¿Es una tutela la *vigilancia* de que habla la ley? Bigot--Práameneu dice en la Exposicion de los motivos: «Conforme con los principios que se expondrán en el título de las Tutelas, si vive la mujer del ausente, tiene la vigilancia de los hijos (1).» Quiere decir que la vigilancia confiada á la madre es una tutela parecida á la que se le confiere cuando sobrevive á su marido. Tal es tambien la doctrina de Proudhon. Creemos, con todos los demás autores, que debe rechazarse esta doctrina. No puede haber tutela miéntras vive el padre; así, pues, el padre, aunque se presume su ausencia, no se presume muerto. En vano se dirá que hay incertidumbre respecto de su vida: verdad es; pero esta incertidumbre no tiene otro efecto que el de tomar las medidas que exige la necesidad. Lo que se verifica tocante á los bienes, con mayor razon debe de hacerse respecto de las personas. Tambien la ley dice que la mujer presente ejerce los derechos del marido. Ahora bien, el marido tiene la patria potestad;

1 Locré, *Legislación civil*, t. II, p. 253, n.º 11.

es, pues, esta potestad la que por derecho de devolucion se da á la mujer. Esto está en armonia con los principios generales que rigen la patria potestad en el derecho civil francés. El art. 203 dice que los esposos contraen la obligacion comun de alimentar y educar á sus hijos. Esta disposicion da implicitamente la patria potestad, á la mujer tanto como al marido; porque en nuestro derecho moderno, la patria potestad no es otra cosa que el deber de educar. Tambien el art. 372 dice que el hijo permanece sometido á la autoridad de sus padres, hasta su mayor edad ó emancipacion. El art. 373 agrega que el padre únicamente ejerce esta autoridad durante el matrimonio. Pero cuando está en la imposibilidad de ejercerla, la madre ocupa naturalmente su lugar. Esto es lo que quiere decir el art. 141, al disponer que la madre presente tendrá la vigilancia de sus hijos (1).

146. ¿Cuál es la extension de sus poderes? Ejerce todos los derechos del marido, dice el art 141, en cuanto á la administracion de los bienes de los hijos. El padre es administrador y no tutor. Lo mismo es la madre cuando lo reemplaza: no hay, pues, lugar á segunda tutela nombrada por el juez, ni tampoco hay hipoteca legal. La madre puede ejecutar los actos de administracion que el marido tiene el derecho de ejecutar como administrador legal. En el título de la Patria potestad, diremos cuáles son esos poderes. ¿Necesita la mujer autorizacion judicial para ejecutar los actos jurídicos que requiere la administracion? La cuestión está debatida, y hay en ella un motivo de duda. Acabamos de decir que la mujer del que se presume ausente, permanece señalada de incapacidad, y que no puede obligarse, si no es con autorizacion judicial. El art. 1427 es terminante. ¿Si la mujer es incapaz respecto de su pro-

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. 19, p. 307. Consultese á Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 548.

pio patrimonio, cómo habia de ser capaz en cuanto al patrimonio de sus hijos? Proudhon no comprende semejante contradiccion; concluye que la mujer debe, en todos casos, hacerse autorizar judicialmente (1). Existe, sin embargo, la contradiccion, y debe aceptarse, toda vez que resulta de la ley (2). La mujer presente permanece casada, en consecuencia, es incapaz; lo dice el art. 1427. Por otra parte, el art. 141, le confia la administracion de los bienes de sus hijos. Ahora bien, cuando la mujer casada administra, ya en virtud de la ley, si hay separacion judicial, ya en virtud del contrato de matrimonio, si hay separacion estipulada, administra libremente, es decir, sin necesitar autorizacion (arts. 1449 y 1536). Lo mismo debe decirse cuando la ley le confia la administracion de los bienes de sus hijos en caso de ausencia del marido. Seria imposible la administracion si, para cada acto, debiese la mujer recurrir á los tribunales. En cuanto á la contradiccion que resulta en la posicion de la mujer, es real; pero no corresponde al interprete corregir la ley. Desde que la mujer es llamada á administrar sus bienes, deberia ser libre, como lo es cuando administra los bienes de sus hijos.

147. El art. 141 dice tambien que la madre ejerce todos los derechos del marido en cuanto á la educacion de los hijos. Eso es demasiado absoluto. Cuando la madre ejerce la patria potestad de su propio jefe, en caso de sobrevivirle, no tiene todos los derechos de que gozaba el marido. La ley restringe el poder de correccion que concede á éste (arts. 376 y 381). Es imposible que la mujer tenga poderes más extensos, cuando reemplaza á su marido en el ejercicio de la patria potestad. Efectivamente, las razones porque ha creido el legislador, deber limitar el de-

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. 1º, p. 309.

2 Esta es la opinion general (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 551).

recho de correccion cuando la madre es quien lo ejerce, subsisten cuando ocupa el lugar de su marido; más adelante diremos cuáles son estas razones. Estamos, pues, en el caso de decir: Cuando hay la misma razon para decidir, debe haber la misma decision. Tal es tambien la opinion general (1).

La ley dice, que la madre ejerce *todos* los derechos del marido, en cuanto á la *educacion*. ¿Quiere decir esto que la mujer tiene todos los derechos que se derivan de la patria potestad? No lo creemos; en efecto, el derecho de educacion es el que constituye la esencia de la patria potestad en nuestro derecho moderno. Por otra parte, la madre tiene esta autoridad con igual título que el padre; debe, en consecuencia, ejercerla en toda su plenitud cuando el padre esté en la imposibilidad de hacerlo. De aquí resulta que la madre presente puede emancipar á sus hijos. Nada más lógico; al que ejerce la patria potestad, corresponde emancipar á los que están sometidos á ella (art. 477) (2).

Se pregunta si bastará el consentimiento de la madre para el matrimonio de sus hijos. Esta no es ya cuestion de patria potestad, porque los ascendientes que no tienen esta autoridad, deben, no obstante, consentir en el matrimonio de sus descendientes. Debe decidirse, como lo diremos en el título del Matrimonio, que ha lugar á aplicar el art. 149, en cuyos términos, si alguno de los padres está imposibilitado de manifestar su voluntad, será bastante el consentimiento del otro.

148. El art. 142 prevé otra hipótesis. El padre es el que ha desaparecido, habiendo ya muerto la madre, ó falleciendo antes de que se haya declarado la ausencia del pa-

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 420, núm. 519; Del molombo, *Causas del Código de Napoleón*, t. II, p. 423, núm. 213.

2 Esta es la opinion general (Valette sobre Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 306, nota).

dre. En este caso, la *vigilancia* de los hijos es conferida por el consejo de familia á un ascendiente, pero sólo seis meses despues de la desaparicion. ¿Por qué la espera de seis meses para proveer al cuidado de los hijos? Bigot-Préameneu contesta: «Si ya no existe la madre, no se podria creer que el padre no hubiese tomado al partir ninguna precaucion para el cuidado y alimentacion de sus hijos; pero tambien se presume que estas precauciones sólo han sido tomadas por un corto espacio de tiempo y con la esperanza de un proximo regreso (1).» Nada más natural, que esas presunciones; pero se desvanecen ante la realidad. ¿Si ha desaparecido el padre sin tomar ninguna medida, se deberá esperar seis meses para proveer al cuidado de los hijos? No podrá conferirse la tutela, sino despues de seis meses; el texto es terminante. Hay, sin embargo, un motivo de duda, y es que la razon dada por el orador del gobierno para suspender la apertura de la tutela, llega á cesar en ese caso. ¿Por qué, pues, no se consiere? Porque en los primeros meses que siguen á la desaparicion del padre, todas las probabilidades estan por su vida; debe esperarse de un dia á otro su vuelta, y en esta esperanza, conviene no apresurarse demasiado á nombrar tutor, que vendria á inmiscuirse en los asuntos y secretos de aquel cuya ausencia se presume. ¿Quiere decir que los hijos permanecerán sin vigilancia durante seis meses? No, en verdad. Este es uno de los casos en que necesita intervenir el tribunal, y, si es preciso, el ministerio público pronoverá las medidas necesarias.

Lo mismo es si llega á morir la madre; se necesita, además, en este caso, esperar seis meses para conferir la tutela. ¿Seis meses despues del fallecimiento, ó seis meses despues de la desaparicion? El texto dice: *Seis meses despues*

1 Bigot -Préameneu, Exposicion de los motivos (Locré, t. II, p. 253, n.ºm. 11).

de la desaparicion del padre. Esto significa que si no han transcurrido los seis meses cuando fallezca la madre, será necesario esperar á que hayan transcurrido, ántes de conferir la tutela. Que si la madre fallece despues de los seis meses, se procederá en el acto al nombramiento de tutor, porque ya no existe ningun motivo para esperar (1).

Nosotros decimos que en las dos hipótesis, ha lugar á conferir la tutela. El código se sirve de la expresion *vigilancia*, que se encuentra igualmente en el art. 141. En éste, la palabra vigilancia significa patria potestad; ¿por qué la misma palabra tiene el significado de tutela en el art. 142? Porque este articulo supone la defuncion de la madre; ahora bien, la tutela comienza luego que fallece uno de los padres. Aquel cuya ausencia se presume era tutor cuando desaparecio, si ya habia fallecido la madre, ó llega á serlo si la madre presente muere. Pero como el ausente no puede manejar la tutela, se necesita que sea reemplazado. La *vigilancia* de que habla el art. 142, es, pues, una tutela. La tutela que corresponde al ausente y que es conferida á un tutor provisional. Así lo determina la ley cuando no hay ascendiente; lo mismo debe ser cuando es un ascendiente el encargado de la vigilancia; porque la naturaleza de ésta no puede cambiar segun sea la persona que la ejerza, ya sea un extraño ó un ascendiente. De aqui se sigue, que ha lugar á la tutela nombrada por el juez y á la hipoteca legal (2).

El art. 142 previene que el consejo de familia conferirá la vigilancia á los ascendientes más cercanos, y en su defecto, á un tutor provisional. Esta disposicion no está en armonia con el derecho comun. Segun el art. 402, la tutela es conferida por la ley, sin que intervenga el consejo

1 Dalloz, *Reptorio*, en la palabra *Ausentes*, núm. 556.

2 Esta es la opinion general. Sólo Demantó profosa la opinion contraria (*Curso analítico*, t. I, p. 294, núm. 182 bis, II).

de familia. ¿Por qué, en caso de ausencia, la tutela de los ascendientes es dativa, cuando por regla general, es legítima? En vano se buscaría la razón de esta diferencia. La anomalía se explica por los trabajos preparatorios. Según el proyecto de código, el consejo de familia estaba llamado á conferir la tutela á los ascendientes; el art. 142 no hacía, pues, más que aplicar á la ausencia un principio de derecho común. Más tarde se cambió de sistema; la tutela de los ascendientes fué conferida por la ley. Se habría debido modificar el art. 142, para ponerlo en relación con el nuevo principio; pero no llegó á hacerse por estar ya publicado el título de la Ausencia. De ahí la contradicción. ¿No podría el intérprete salvarla, explicando el art. 142 por el 402? Se ha dicho que la primera de esas disposiciones estaba derogada por la segunda (1). Eso es inadmisible. No hay derogación expresa, y la derogación tácita no tiene lugar sino cuando dos leyes son incompatibles. En el asunto no existe esta incompatibilidad; porque el art. 142 no determina más que acerca de una tutela provisional, mientras que el 402 supone una tutela definitiva, que comienza con la defunción del padre que haya fallecido al último. En el caso del art. 142, uno de los padres vive aún, ó cuando menos, no está probada su muerte (2).

149. El art. 143 prevé una última hipótesis. Supone que aquel cuya ausencia se presume deja hijos habidos en matrimonio precedente, y decide que se debe aplicar la disposición del art. 142, es decir, conferir la tutela seis meses después de la desaparición del ausente. El caso es, en efecto, idéntico. De derecho, los hijos están y permanecen bajo la tutela del padre ó de la madre que ha desaparecido; pero como el ausente no puede ejercer la tutela,

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 364, núm. 4.

2 Esta es la opinión general (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *ausentes*, núms. 560 y 561).

la ley cuida de que sea reemplazado. Hay, por lo mismo, lugar al nombramiento de tutor provisional por el consejo de familia. Esto no se hace sino despues de seis meses, por las razones que acabamos de exponer.

150. Falta una cuestion que no ha previsto el código, y que es la más difícil. Se presume la ausencia del padre; la madre está presente, y da á luz un niño, pasados diez meses de la desaparicion de su esposo. ¿Cuál es el estado del niño? ¿puede invocar la presuncion de legitimidad establecida en el art. 312? ¿puede ser combatida esta presuncion? ¿por quién? ¿no puede serlo más que por la accion de denegacion? ¿pertenece esta accion á los herederos del marido ó tiene lugar en la accion de disputa de legitimidad? La jurisprudencia y la doctrina están divididas acerca de estas graves dificultades. Expondremos desde luego la opinion que ha sido admitida por la corte de casacion. El hijo nacido y concebido despues de la desaparicion de su padre, se presenta á la sucesion de su madre. ¿Puede ser rechazado por sus hermanos y hermanas como hijo natural? La corte de Douai ha fallado que este hijo podia invocar la presuncion de legitimidad. El ausente habia desaparecido en 1814; en 1820 y en 1822 nacieron respectivamente un niño y una niña de la madre presente; fueron inscritos como hijos de su padre ausente; la sentencia dice que tenian ya la posesion de estado de hijos legítimos. En esto se fundó la corte para resolver que esos hijos eran legítimos, no habiéndose intentado contra ellos ninguna accion de denegacion. En vano se decia que habiendo sido declarada la ausencia, tocaba á ellos probar que en el momento de su concepcion vivia aún su padre. La corte rechazó las deducciones que se sacaban de la ausencia por una consideracion que le parecia concluyente: si la ley prescribe medidas en caso de ausencia, es únicamente para la conservacion de los bienes del ausente; no se puede, pues, apli-

car al estado civil de los hijos la probabilidad de muerte en que se funda la ley para conferir la administración de los bienes del ausente á sus herederos. Lo que lo prueba es que subsiste el matrimonio, aun cuando la ley reparta definitivamente los bienes del ausente entre sus herederos; así, pues, las consecuencias del matrimonio también deben ser conservadas; por lo mismo, la presunción de legitimidad establecida en el art. 312, aprovecha á los hijos y no puede ser combatida si no es por la acción de denegación (1).

Al recurso de casación sobrevino una sentencia reprobatoria. La suprema corte, diferenciándose de la corte de Douai, se coloca en el terreno de los principios que rigen la ausencia. Aun después de la declaración de ésta, dice, no se reputa al ausente ni muerto ni vivo; así, el que funda su demanda en la vida ó en la muerte del ausente, es quien tiene que presentar la prueba de ese hecho. Ahora bien, en el presente caso, la hermana de los hijos nacidos después de la desaparición del ausente, es la que sostiene que éstos son ilegítimos; por lo mismo, á ella toca probar que el ausente estaba muerto cuando fueron concebidos los hijos; y como no puede producir esta prueba, debe declararse inadmisible la demanda (2).

No admitimos ni la hipótesis de la corte de casación ni la de la de Douai. Desde luego hacemos constar que al desecharse el recurso, la suprema corte condena los motivos en que está fundada la sentencia de Douai; en efecto, aplica precisamente los principios que la corte de apelación había declarado anaplicables. En este primer punto estamos de acuerdo. Nos parece imposible dividir el esta-

1 Sentencia de 19 de Noviembre de 1861 (Dalloz, *Recopilación periódica*, 1862, 2, 25).

2 Sentencia de 15 de Diciembre de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 154).

do del ausente invocando la probabilidad de muerte para poner á los herederos en posesion de sus bienes, y rechazar esta probabilidad cuando se trata de determinar el estado de sus hijos. ¿Qué es en definitiva la ausencia? Es, de hecho y de derecho, la incertidumbre sobre la vida y la muerte del ausente. ¿Cómo tendria efecto esta incertidumbre sobre los bienes y no habia de tenerlo en cuanto al estado de los hijos? Se dice que á pesar de la ausencia subsiste el matrimonio. Sí, pero es que para disolver el matrimonio se necesita más que la incertidumbre de la vida, es preciso la prueba de la defuncion. Falta saber si tambien es necesaria esta prueba para que los hijos nacidos despues de la desaparicion del ausente sean declarados ilegítimos.

Estos hijos, dice la corte de casacion, nada tienen que probar, tienen para sí una acta de nacimiento confirmada con la posesion de estado; en consecuencia, los que niegan su legitimidad tienen que probar que el marido de la madre habia muerto en la época del nacimiento de aquellos. Creemos que está mal planteada la cuestion. Se trata de saber si en caso de ausencia del marido, los hijos que nazon de su mujer pueden invocar la presucion de legitimidad que resulta del matrimonio. No es el acta de nacimiento la que prueba su legitimidad, ni la del matrimonio, si no únicamente la presucion que sobre éste establece el art. 312, la presucion de que el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido. Ahora bien, basta leer el final del art. 312 para convencerse de que la ley supone con vida al marido, lo cual, por lo demas, nos lo dice el buen sentido. El marido vivo está presente; ha podido, pues, cohabitar con su mujer; esta posibilidad de cohabitacion es el fundamento de la presucion. Si, pues, la coabitacion es imposible, no puede ser cuestion ya de una legitimidad fundada en esta coabitacion. Sentado es

to, ¿habrá necesidad de probar que el marido no podía co-habitar con su mujer, cuando nacen los hijos seis ó ocho meses después de que aquél ha desaparecido? Desde ese punto, no puede ser cuestión ni de presunción de legitimidad, ni de posesión de estado de hijo legítimo. ¡Cómo! ¡un hijo concebido cuando el marido de la madre está ausente desde hace seis ó ocho años, es decir, cuando no se sabe si vive todavía, cuando hay ya graves probabilidades de que haya muerto, se dirá que este hijo tiene la posesión de estado de hijo legítimo! Es notoriamente hijo natural; ¿cómo, pues, sería considerado en la opinión pública como hijo legítimo?

Hay otro error, además, á juicio nuestro, en la sentencia de la corte de casación. Supone que el hijo que invoca la presunción del art. 312 nada tiene que probar desde que presenta el acta de su nacimiento y que es constante el matrimonio. Eso no es exacto. Es de principio que el que alega una presunción debe probar que está en el caso previsto por la presunción; debe por lo mismo establecer todas las condiciones requeridas por la ley existente. ¡Y cuáles con esas condiciones, cuáles los elementos esenciales de la presunción de legitimidad? ¡Basta presentar las actas de nacimiento y matrimonio? Si, si es cierta la existencia del marido. Sería, por cierto, absurdo invocar esta presunción, cuando el marido no existiera ya en el momento de la concepción; la ley declara que puede ser disputado el estado del hijo nacido más de trescientos días después de la disolución del matrimonio (art. 315). Pues bien, la ausencia forma un estado intermedio entre la vida y la muerte; desde que es declarada, hay duda legal sobre la vida del ausente. Desde ese instante hace falta uno de los elementos que constituyen la presunción de legitimidad, la certidumbre de la vida; en consecuencia, el hijo no puede invocar la presunción del art. 312. El es, pues, quien debe

ser declarado no admisible (1). En concepto nuestro, no ha lugar ni á denegacion ni á disputa de legitimidad. La denegacion supone la existencia del padre en el momento de la concepcion. La disputa de legitimidad supone la muerte, y en caso de ausencia no hay ni vida ni muerte.

§ 5º Fin de la presuncion de ausencia.

131. La presuncion de ausencia acaba cuando reaparece el ausente ó da noticia de su persona. En el primer caso, caen de pleno derecho las medidas tomadas por el tribunal. El curador y el notario, si ha lugar á ello, rinden cuentas de su administracion al propietario, quien toma la administracion de sus bienes. Es inútil decir que acaba igualmente la vigilancia ó tutela provisional. Si el ausente da noticia de su persona, sin reaparecer, acaba igualmente la ausencia; pero por analogia de lo que dice el art. 131, en caso de declaracion de ausencia, el tribunal podrá prescribir medidas, ya para los bienes, ya en interés de los hijos.

La presuncion de ausencia acaba tambien si el ausente muere, ó se tiene la prueba de su fallecimiento. En ese caso se abre su herencia en beneficio de los herederos llamados á sucederle en esta época. Es necesario que los herederos sean capaces de suceder. Es preciso, pues, que hayan sido concebidos en aquel momento. Si hubiese nacido un hijo de la mujer presente más de trescientos días despues de la muerte del marido, podrán rechazarlo las partes interesadas, disputando su legitimidad (art. 315).

Finalmente, la presuncion de ausencia termina por el fallo que declara la ausencia y abre el segundo periodo.

1 Esta es la opinion de Demolombe, *Cours d. l. Código de Napoleón*, t. II, p. 365, núm. 267. Consultese á Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 116. Acerca de esta cuestion existe una disertacion de M. Duprez, profesor de la universidad de Lieja (*Revista de derecho francés y extranjero*, por Félix, t. I (1844), p. 740 y siguientes).