

CAPITULO V.

REGLAS COMUNES A LOS TRES PERIODOS DE LA AUSENCIA.

SECCION I.—Del matrimonio del ausente.

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Sentencia de la corte de casación de 21 de Junio de 1831 y de 18 de Abril de 1838 (Daloz, en la palabra *Ausencia*, números 537 y 526).

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

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

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

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

bre de la vida del cónyuge ausente? Tal es tambien la opinion comun de los autores (1).

248. En el derecho antiguo se permitia á los cónyuges que habian contraido matrimonio, cuando uno de los dos estaba atado por los lazos de un matrimonio anterior con un ausente, á vivir separadamente; aun se les obligaba á ello, dice d'Aguesseau. Era imposible anular su union, porque no basta la incertidumbre para combatir un matrimonio, pero si es bastante para separar á los cónyuges. Es evidente que en nuestro derecho moderno no se puede obligar á los esposos á separarse; no conocemos otra separacion que la de cuerpos, y esta separacion no puede ser declarada sino por las causas que determina la ley. Sin embargo, hay autores que doctrinan que si uno de los cónyuges pidiera vivir separadamente, el tribunal deberia autorizar la separacion. Relusarla, dice Demante, seria impedir en nombre de la ley llenar un deber de conciencia, y el poder del legislador humano no va tan lejos (2). Demante olvida que la justicia no tiene que ocuparse de los deberes morales, miéntras la ley no los sanciona. Esta es la distincion elemental entre los deberes perfectos y los deberes imperfectos; estos permanecen en el dominio de la moral, no tienen ni pueden tener otra sancion que la conciencia (3).

249. ¿Si el ausente fallece despues de que su cónyuge ha contraido nueva union, podrá ser combatido el matrimonio? Conforme al derecho comun, la muerte del cónyuge no impide que el matrimonio contraido por su conjunta persona sea anulado por causa de bigamia. ¿Debe aplicarse este principio en materia de ausencia? Hay motivo de

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 526, 536 y 537.

2 Demante, *Curso analítico del código civil*, t. I, p. 286, núm. 177, bis, V.

3 Esta es la opinion comun (Demolombe, t. II, p. 343, núm. 262).

duda. Cuando se prueba la defuncion del ausente, tambien queda probado que hay bigamia; de consiguiente, cesa la incertidumbre que no permitia combatir el matrimonio, y parece, por ende, que se vuelve á entrar en el derecho comun. Sin embargo, generalmente se doctrina la opinion contraria. Se funda en los términos del articulo 139: «sólo el ausente es admisible para combatir el matrimonio. En concepto nuestro, el argumento es concluyente. Puede agregarse que en interés de la moral pública la ley autoriza á todas las partes interesadas á pedir la nulidad de un matrimonio contaminado de bigamia. Cuando fallece el ausente, desaparece ese motivo. El matrimonio ha sido contraido sin escándalo, y no es la noticia de la muerte llegada del extranjero, desconocida en la patria del ausente, lo que lo promoverá. De aqui que no haya lugar á la nulidad (1).

250. ¿Debe decidirse lo mismo si reaparece el ausente? Podria contestarse desde luego: No, acaba toda incertidumbre, hay escándalo público, puesto que resulta que el cónyuge vuelto á casar tiene dos consortes; hay crimen en ello, de consiguiente, debe permitirse á cualquiera persona interesada solicitar la nulidad de un matrimonio que es una confusión permanente del orden social. Esa es tambien la opinion general. Toullier enseña lo contrario, pero ha sido tratado muy mal por Marcadé, que le censura haber admitido una interpretacion que viene á parar en un escándalo repugnante. Marcadé olvida que de esta opinion participa Zachariæ, que es un maestro tan bueno como Toullier. Hay más. El mismo Marcadé confiesa que la interpretacion de Toullier está fundada en la letra de la ley, y esto es completamente claro. Trascribamos otra vez el texto: «Sólo será admisible para combatir este matrimonio el cónyuge

1 Demonto, en la Enciclopedia de derecho de Sebire y Carteret, en la palabra *Ausente*, núm. 134.

ausente de aquel que ha contraido nueva union.» Ciertamente, si la cuestion debe ser decidida por el texto, ya no hay cuestion. El código supone que el ausente regresa ó da noticia de su persona; ya no hay incertidumbre; la bigamia es patente; y por eso el código permite pedir la nulidad del matrimonio, pero ¿á quién? *Sólo al ausente.* Eso es tan claro, tan evidente, que se pregunta cómo es posible escapar á la letra de la ley. Se invoca la discusion habida en el consejo de Estado. Vamos á relatarla.

El proyecto presentado en la sesion del 4 de enero año X, contenia dos disposiciones; decia una: «La ausencia de uno de los cónyuges, por larga que sea, no será bastante para autorizar al otro á contraer nuevo matrimonio; esto no podrá admitirse sino con la prueba positiva de la defuncion del otro consorte.» Luego venia un art. 27 concebido así: «Si, no obstante, sucediere que se hubiera contraido nuevo matrimonio, no podrá ser disuelto bajo el único pretexto de la incertidumbre de la vida ó de la muerte del ausente, en tanto que éste no se presente ó reclame por un competente poder especial.» Así, el proyecto decia claramente que el matrimonio contraido por el cónyuge presente era inatacable, mientras el ausente mismo no pidiera la nulidad. La letra del proyecto decia, pues, lo que dice la letra del código. ¿Por qué se sustituyó la redaccion primitiva por la actual? ¿Quizá porque el consejo de Estado queria dar á cualquiera parte interesada el derecho de pedir la nulidad? Hé ahí lo que deberia demostrar la discusion para que se pudiese invocar contra la letra del art. 139 que dice lo contrario. ¿Qué pasó? Bérenger dice: «que los articulos 26 y 27 parecian contrariarse, que el primero decidia que la ausencia de uno de los cónyuges no autorizaba en ningun caso al otro á contraer nuevo matrimonio; mientras que el art. 27 suponia que tal matrimonio podia ser contraido. Se ve en qué descansa la objecion y por

ende la discusion: en una contradiccion aparente entre dos articulos. Tronchet contestó con justicia que no habia contradiccion, que el proyecto no hacia más que reproducir la maxima formulada por Gilbert des Voisins. Thibaudeau insistió sobre la critica y agregó que habia algo de inconveniente en cuanto á que la ley parecia admitir la posibilidad de semejantes matrimonios. Hasta aqui ni una palabra sobre nuestra cuestion: no se ha tratado siempre más que de hacer desaparecer una pretendida contradiccion que existia á lo más en los terminos. Cambacérès propuso suprimir el art. 26 y agregar esta disposicion al art. 27: «Sin embargo, si el cónyuge ausente se presenta, se declarará nulo el matrimonio.» ¿Entendia Cambacérès resolver la cuestion de saber por quién seria pedida la nulidad? Absolutamente, porque esta cuestion no habia sido suscitada, y en realidad, la redaccion propuesta por Cambacérès no decidia la dificultad. Todo lo que él queria era redactar más claramente el articulo del proyecto; ahora bien, el proyecto consagraba expresamente el principio de que nadie podia combatir el matrimonio, con excepcion del ausente. Thibaudeau, relator de la seccion de legislacion, declaró que redactaria un articulo en el sentido de que *sólo el cónyuge ausente podría combatir el matrimonio de su consorte*. Despues de esto quedó cerrada la discusion. El expediente dice que fué adoptada la proposicion del cónsul Cambacérès. (1).

Hé ahí, se dice, la discusion que debe probar que cualquiera parte interesada puede solicitar la nulidad del matrimonio contraido por el cónyuge presente. ¡Y ni siquiera se ha dicho una palabra acerca de esta cuestion! ¡y la redaccion propuesta por Cambacérès dejaba indecisa la cuestion! ¡y Thibaudeau, relator, resumiendo el debate, formulaba

1 Loeré, *Legislacion civil*, t. II, p. 240, núms. 43 y 44.

el voto del consejo en los términos que reproduce el texto actual! Dícese que el consejo adoptó la proposición de Cambacérès. Si, pero tal como acababa de ser interpretada por Thibaudeau. De consiguiente, el principio del proyecto, principio que no había sido combatido por nadie, es el que pasó en el código. ¿Se quiere una nueva prueba de ello? Bigot Préameneu asistió á la discusion; designado por el primer cónsul para exponer los motivos del título de la Ausencia, nos dirá en qué sentido se debe interpretar: «Se ha querido, dice, en la ley propuesta, que el matrimonio contraido durante la ausencia, no pueda ser combatido, *más que por el cónyuge mismo, á su regreso*, ó por el que estuviere encargado de su poder (1).

¿Qué significa el art. 139, si no tiene el sentido que presenta la letra de la ley? Escuchemos á Marcadé. «El art. 139, dice, no tiene por objeto decidir *por quién* podrá ser combatido el matrimonio del cónyuge presente, sino cuándo podrá serlo. En consecuencia, la ley quiere decir: El matrimonio contraido por el cónyuge de un ausente no podrá ser combatido sino cuando el ausente estuviere de regreso, ó cuando hubiere dado pruebas de su existencia.» Nosotros preguntaremos á Marcadé quién le ha enseñado que tal era la voluntad del legislador. No es ciertamente el texto, porque el texto dice precisamente lo contrario; no dice *cuándo*, dice *por quién* podrá ser combatido el matrimonio. ¿Será que la discusion del consejo de Estado, será que el discurso del orador del gobierno nos hacen conocer por ventura que los autores del código han querido otra cosa distinta de la que han dicho? En la discusion, no se ha tratado ni del *cuándo* ni del *por quién*; y Bigot Préameneu no se ocupa más que de los que podrán combatir el matrimonio. La interpretacion de Mar-

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

cadé es, por lo mismo, completamente imaginaria. Bastaría para condenar la opinion general, porque prueba que es necesario alterar los trabajos preparatorios tanto como el texto, para encontrar otro sentido que el de la letra de la ley. Lo cual quiere decir que se hace de nuevo la ley, que se corrige; ¿es esta la mision del intérprete? ¡Se pregoná el escándalo! ¡Hay bigamia, crimen, escándalo, y de la inaccion del cónyuge ausente que regresare, dependería perpetuar ese escándalo! ¿Y cuál será el estado de los hijos que nazcan del segundo matrimonio? ¡Subsistiendo el primero, tendrán dos padres ó dos madres! Podriamos dispensarnos de contestar á esta objecion, se dirige al legislador. No se trata de saber si la disposicion del articulo 139 sanciona un escándalo; la cuestion que debatimos consiste en determinar el sentido de la ley. ¿Puedé dársele otro sentido que el que resulta juntamente del texto y de la discusion? Tal es la única cuestion que tiene que examinar el intérprete. ¿Es cierto, sin embargo, que la ley, interpretada en su sentido literal, es injustificable? Pongámonos en la realidad de las cosas. El nuevo matrimonio se contrae durante la ausencia del cónyuge. Para que el oficial del estado civil haya consentido en celebrar esta union, debe suponerse que el ausente está considerado como muerto, hasta el punto de que se ha olvidado si ha existido. Sin embargo, vive y regresa. Pero regresa sin ser conocido de nadie, en el lugar en donde ha contraido matrimonio su consorte. De consiguiente, no hay ningun escándalo. Se decide á guardar silencio para no turbar la nueva union de su cónyuge. No obrando él, nadie sabrá que hubo un primer matrimonio. ¿Dónde está, pues, el escándalo? El escándalo estaría en una accion de nulidad que quisieran intentar los parientes colaterales, cuando el principal interesado cree deber guardar silencio. En consecuencia, para evitar el escándalo es por lo que la ley se refiere al

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Todavia hay diversas interpretaciones (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núm. 533.

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

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

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

rante la presuncion de ausencia? Sin vacilar contestamos quo sí. El texto del art. 135 está concebido en los términos más generales: “Cualquiera que reclamare un derecho perteneciente á un individuo *cuya existencia no estuviere reconocida*.” Ahora bien, desde que hay presuncion de ausencia, la existencia de aquél que ha desaparecido no está reconocida, puesto que es dudosa; eso basta para decidir la cuestion. Hay más. El proyecto del código se servia de la palabra *ausente*; esta expresion habria podido dar lugar á una duda, toda vez que no se emplea de ordinario más que para designar á aquél cuya ausencia es declarada; para quitar toda duda, se sustituyó con estas palabras: *cuya existencia no estuviere reconocida*. Haciendo abstraccion de los textos, bastarian para decidirlo así los principios generales del derecho. Sin embargo, Maleville sostiene la opinion contraria; esta doctrina no ha encontrado eco, y si hacemos mención de ella es solo para demostrar que es necesario precaverse de seguir á tan grande autoridad en las discusiones preparatorias; Maleville es uno de los autores del código, tomó parte en las deliberaciones del consejo de Estado, hablando acerca del art. 135; ¿quién no creeria que ninguno mejor que él debia conocer el espíritu de la ley? No obstante, en el sentir de todos, está engañado. Hay una consideracion que lo ha ofuscado y que realmente fué presentada como objecion en el consejo de Estado. ¡Cómo, se dice, bastará que una persona deje su domicilio, para que desde el siguiente dia se le rechace de una suencion á la cual está llamado! No, no bastará que los coherederos del ausente declaren que no reconocen su existencia. El tribunal es el que decidirá, en caso de disputa, y el tribunal no admitirá la presuncion de ausencia, si no hay realmente incertidumbre y duda sobre la vida de aquél que ha desaparecido sin dar noticia de su persona. La juris-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. II, p. 243, núm. 214.

El art. 437 agrega que los derechos del ausente no se extinguirán sino por el lapso de tiempo establecido para la prescripción. ¿Por qué no ha señalado la ley el plazo de la prescripción? Porque puede diferir según los diversos derechos y según las diversas acciones que pertenezcan al ausente. ¿Es una petición de herencia? La prescripción es de treinta años. ¿Son atrasos de una renta vitalicia? La prescripción es de cinco años (art. 2277). El ausente puede también promover en reclamación; mejor dicho, debe intentar esta acción contra los que poseen los bienes que reclama, no como heredero, sino bajo otro título, tal como de venta, donación o cambio. Existe una notable diferencia entre la acción de reclamación, y la de solicitud de herencia, en lo que concierne a la prescripción. La primera dura también treinta años; pero el poseedor puede oponer la usucapión al propietario que reclama; en este caso, el derecho del ausente extinguirá a los diez o veinte años, si el poseedor reúne todas las condiciones requeridas para usucapir.

259. El código de Napoleón no habla de la acción en solicitud de herencia. De ahí nacen numerosas dificultades, que examinaremos en el título de las Sucesiones. Por el momento, nos limitaremos a mencionar el art. 438, que dice: «Mientras el ausente no se presente o no fueren ejercitadas las acciones por su parte, los que hubieren recibido la sucesión harán suyos los frutos percibidos de buena fe.» Esta es la aplicación del principio de que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos (art. 349). En derecho romano no se aplicaba este principio al heredero aparente sino con modificaciones que no fueron admitidas por la jurisprudencia francesa. El código acepta, pues, un principio tradicional. De aquí resulta una notable diferencia entre los que adquieren la posesión provisional y los coherederos presentes que poseen la parte del ausente. Estos ganan

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

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

