

## TITULO DECIMOSEGUNDO

### DE LOS AUSENTES E IGNORADOS

#### GENERALIDADES

350. La palabra *ausencia* tiene dos significados: según uno, se entiende por ausente aquel individuo que no está en su domicilio, pero del que se sabe el lugar en que se encuentra; tal es la acepción vulgar de la palabra; según otro, por ausente se entiende aquel individuo que no se encuentra en su domicilio y cuya existencia se ha hecho incierta, por no tenerse noticias de él e ignorarse, en lo absoluto, el lugar de su residencia: tal es su acepción jurídica.

De acuerdo con las anteriores definiciones, se distingue una ausencia de otra, en que, en la primera, no se suscita duda ninguna sobre la existencia de la persona: ésta no se encuentra en el lugar en donde debe estar, pero se sabe a punto fijo que existe; en tanto que en la segunda, hay incertidumbre sobre si el ausente existe o no: la segu-

(3) García Goyeña, ob. y lug. cit.

ridad de que viva no se tiene, porque se carecen de noticias de él; tampoco se tiene la seguridad de que haya muerto, porque no se tienen pruebas de su muerte; es, en una palabra, un individuo incierto.

351. En el primer caso, la ley no se preocupa del ausente; siendo una persona cierta, a él sólo corresponde cuidar de sus intereses; si no lo hace, y por tal motivo, se pierden, culpa es suya, pues en sus manos ha estado evitar la pérdida. La intromisión de la ley vendría a ser, en el caso, un atentado a su libertad; quizás el ausente haya abandonado sus bienes con la intención de que se pierdan; obrando así, estaría en su derecho, y la ley atentaría a este derecho, pretendiendo evitar la pérdida. No es lo mismo en el segundo caso: del ausente no se tienen noticias ningunas: tal vez haya muerto; tal vez causas insuperables le impidan atender a sus bienes; la intervención de la ley, entonces, está justificada, pues no se trata ya de una persona que, por deliberada intención o por negligencia, ha abandonado sus bienes, sino de quien está incapacitado para atenderlos por sí mismo; ahora bien, sabemos que es una función del Estado velar por la persona e intereses de los incapaces.

352. Entendida de este modo la ausencia, responde a una necesidad social, que ha debido sentirse en todos los tiempos; sin embargo, sólo los códigos modernos han hecho de ella una institución sujeta a principios fijos y ciertos; ni la legislación romana, ni la antigua española, se ocuparon de la ausencia en una forma jurídica y ordenada; contienen, sí, disposiciones aisladas, relativas a ciertos aspectos de la ausencia y a muy especiales relaciones jurídicas que produce; pero una exposición científica y completa de los principios que la organizan no fué hecha, sino por los legisladores que formaron el Código de Napoleón, cuyas

disposiciones en esta materia han pasado, con muy ligeras modificaciones, a la mayoría de los códigos actuales.

353. La organización de la ausencia, acabamos de decirlo, responde a una verdadera necesidad social; nada más exacto que esto: cuando un individuo se aleja de su domicilio, sin decir en donde se encuentra, y transcurre bastante tiempo, sin tenerse noticias suyas, nace la duda de si vive o ha muerto: no se puede afirmar lo primero, porque no es lógico pensar que si viviera, habría dejado pasar tanto tiempo sin atender a sus bienes; pero tampoco se puede afirmar lo segundo, porque no se tiene la certeza de la muerte; dada esta incertidumbre sobre la existencia del ausente, sus relaciones jurídicas no deben regirse, ni por los principios que se aplican a los hombres, cuya vida es un hecho real y positivo, ni por los que reconocen su razón de ser en la muerte comprobada del individuo, pues tales principios están basados en hechos ciertos, y lo que caracteriza a la ausencia es precisamente la incertidumbre: el ausente tiene un estado especial que no es, ni la vida, ni la muerte; ahora bien, este estado especial debe estar regido por principios también especiales.

354. Tres géneros de intereses reclaman la atención del legislador en la situación dudosa que crea la ausencia: el interés del ausente, cuyo patrimonio es preciso conservar para que, si regresa, disfrute de él; el interés de los terceros, y muy principalmente, de los herederos del ausente, en cuyo favor debe buscarse también la conservación de los bienes, ya que, de resultar comprobada la muerte, o de no volverse a presentar el ausente a su domicilio, ellos vendrán a ser los legítimos propietarios, y el interés de la sociedad, que exige que la riqueza no se pierda por falta de cuidado y que el curso normal de la trasmisión

sión de la propiedad no permanezca indefinidamente interrumpido.

Los dos primeros intereses: el del ausente y el de los terceros, no dominan, por igual, durante toda la ausencia: en el tiempo inmediato a la desaparición del ausente, no hay motivos muy poderosos para pensar que haya muerto; la probabilidad de que regrese es muy grande, y siendo así, es natural que la ley no dé importancia al interés de los terceros, dominando, por el contrario, en todas sus disposiciones, el interés del ausente; pero cuando ha transcurrido un plazo largo desde la fecha de la desaparición, la incertidumbre de que exista, aumenta de punto; cabe la duda de si habrá muerto, pues se hace difícil explicarse que, viviendo, no hubiera regresado a su domicilio para atender sus bienes, y en estas circunstancias, la ley, sin descuidar el interés del ausente, se preocupa del de los herederos, al que, con el transcurso del tiempo, le va dando mayor importancia, hasta hacerlo prevalecer sobre el de aquel.

SE

355. Estas diferentes etapas por que atraviesa la ausencia han hecho dividir ésta en tres períodos: el primero, llamado por la doctrina de *presunción de ausencia*, que se abre desde que dejan de tenerse noticias del ausente y dura hasta que se hace la formal declaración de ausencia; el segundo, llamado de *declaración de ausencia*, que comienza después de cinco años desde la fecha en que se tomaron las primeras medidas en favor del ausente, si desapareció del lugar de su domicilio sin dejar apoderado, o después de diez años, si lo dejó, y el tercero, que se llama de *presunción de muerte*, que comienza al terminar el anterior y se prolonga indefinidamente.

En el primer período, la ley se preocupa exclusivamente del interés del ausente, cuyos bienes pone, primero, ba-

jo la guarda de un depositario, y después, bajo la de un representante, a quien confiere iguales facultades que a los tutores.

En el segundo período, la ley, sin dejarse de preocupar de los intereses del ausente, toma en consideración también los de los terceros, a quienes confiere la facultad de ejercer provisionalmente, y previa garantía, los derechos subordinados a la muerte de aquel. Durante este período, los herederos del ausente son puestos en posesión provisional de sus bienes, concediéndoseles, para administrarlos, las facultades que tienen los tutores.

Finalmente, en el tercer período, la ley da más importancia a los intereses de los terceros, que a los del ausente. Los herederos cambian la posesión provisional de los bienes que tenían, por la posesión definitiva, sin estar obligados a dar garantía ninguna, y en lugar de tener el carácter de administradores, adquieren el de propietarios de los bienes; esto, sin embargo, no es más que con respecto a terceras personas, pues con relación al ausente, no tienen tal calidad, toda vez que si éste se presenta, están obligados a hacerle restitución de los bienes que han poseído, así como de los que se hubieren adquirido en su lugar, y del precio de los que se hubieren enajenado.

356. ¿Cuál es la condición jurídica del ausente durante los tres períodos de la ausencia, que hemos indicado? El punto tiene una importancia capital, pues de la solución que se le dé dependen las consecuencias distintas que producirá la ausencia, en orden a los derechos y obligaciones que haga nacer, así como las medidas de protección que debe suscitar. Conviene, a este respecto, exponer las diversas teorías que existen en el derecho francés, ya que, en materia de ausencia, como en otras muchas materias, nues-

tro. Código está modelado en las disposiciones del Código de Napoleón.

Según Proudhon, las disposiciones sobre la ausencia se basan en la presunción de muerte del ausente: «En el período de presunción de ausencia, dice, la vida o la muerte del ausente son igualmente inciertas, y ninguna es presumida más que la otra; pero el procedimiento seguido para llegar a la declaración de ausencia, rompe este equilibrio. Desde que el ausente no ha respondido a la invitación solemne y pública que le ha sido hecha; desde que ha guardado silencio; desde que ha dejado pronunciar su declaración de ausencia, sin que ni él, ni otras personas, hayan dado indicaciones sobre su suerte, la consecuencia que resulta de ahí es que se debe cesar de considerarlo como vivo, porque la presunción de muerte domina sobre su estado; es, pues, provisionalmente presumido muerto. Es presumido muerto, porque la ley abre su sucesión a sus herederos, y porque *non datur viventis hæreditas*. Es presumido muerto, porque se ponen en ejecución las disposiciones testamentarias que él mismo ha querido que no tengan efecto, más que después de su muerte. Es presumido muerto, porque la ley quiere que todos aquellos que tienen sobre sus bienes derechos subordinados a la condición de su muerte, puedan ejercerlos. Es presumido muerto, porque hay lugar a la repetición de la dote, si ha sido casado bajo el régimen dotal. Es presumido muerto, porque la ley no permite más que se le cite personalmente a juicio» (1).

Esta teoría no es la del Código, dicen los contradictores de Proudhon. Todas las disposiciones de la ley, durante el primer período de la ausencia, van encaminadas a proteger exclusivamente los intereses del ausente; los de

(1) Proudhon, ob. cit. t. I. pág. 277.

los terceros no son tomados en consideración para nada; ahora bien, esto indica que, en la mente del legislador, la idea de que el ausente vive prevalece sobre la de que ha muerto; pero a medida que el tiempo transcurre, esta idea se va desvaneciendo; la incertidumbre sobre la vida del ausente crece de punto; al lado de la presunción de que el ausente vive, nace la de que ha muerto y contrabalanceándose ambas presunciones, sin que la una domine más que la otra, resulta, de la contradicción que implican, la incertidumbre sobre la existencia del ausente, que es lo que caracteriza el estado de éste, durante el segundo período de la ausencia. «Cuando largo tiempo, dice Bigot Préame-neu, no ha transcurrido desde que el individuo se ha alejado de su domicilio, la presunción de muerte no puede resultar de esta ausencia; debe ser mirado como vivo. Pero si durante cierto número de años, uno no tiene noticias suyas, se considera, entonces, que las relaciones de familia, de amistad, de negocios, son de tal manera en el corazón y las costumbres de los hombres, que su interrupción absoluta debe tener causas extraordinarias, causas entre las cuales se coloca el tributo mismo rendido a la muerte. Entonces surgen dos presunciones contrarias: la una de la muerte, por falta de noticias, la otra de la vida, por su curso ordinario. La consecuencia justa de dos presunciones contrarias, es el estado de incertidumbre. Los años, que pasan en seguida, hacen más fuerte la presunción de la muerte, pero no es menos verdad que ella está siempre más o menos balanceada por la presunción de la vida, y si, a la expiración de ciertos períodos, es necesario tomar medidas nuevas, deben ser calculadas según los diferentes grados de incertidumbre, y no exclusivamente sobre la una o la otra de las presunciones de vida o de muerte, lo que con-

duce a resultados muy diferentes» (1). Según esta segunda teoría, con toda claridad expuesta en las frases antes transcritas, el estado de equilibrio entre las presunciones de vida y de muerte, que en el concepto de Proudhon caracteriza el primer período de la ausencia, no existe sino hasta el segundo, dominando, en el primero, más bien la presunción de vida. Pero el tiempo sigue pasando, sin tenerse noticias del ausente; transcurren treinta años desde su desaparición, y entonces, el equilibrio entre la presunción de vida y la de muerte se rompe, prevaleciendo ésta sobre aquella: tal es lo que sucede en el tercer período de la ausencia. Resumiendo, según esta teoría, los tres períodos de la ausencia se caracterizan en que en el primero domina la presunción de vida del ausente, en el segundo, esta presunción y la de muerte se balancean, sin que domine la una sobre la otra, y en el tercero, sin dejar de existir ambas presunciones, la de muerte prevalece sobre la de vida (2).

Finalmente, según una tercera teoría, ni la presunción de vida, ni la de muerte, entran para nada en el concepto jurídico de la ausencia. Cuando un individuo se ha alejado de su domicilio, sin dar noticias de su paradero, y transcurre cierto tiempo, surge la duda de si vive o ha muerto, y esta duda, esta incertidumbre sobre la existencia, es lo que caracteriza el estado del ausente, durante los diversos períodos de aquella; pero de esta duda, de esta incertidumbre, no se puede inferir la presunción legal de vida o de muerte. «Ningún texto, dice Baudry-Lacantinerie, ha consagrado, lo que habría sido necesario, si hubiera debi-

(1) Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos.

(2) Aubry et Rau, ob. cit. t. I, § 148; Daflöz, ob. cit., palabra «absence» núms. 457 y siguientes.

do ser así, esta pretendida presunción; por lo mismo no existe, pues no hay presunción legal sin ley. La suerte del patrimonio del ausente puede, sin duda, parecer arreglado en ciertos puntos, a veces como si estuviese vivo, a veces como si hubiera muerto; pero estas apariencias no deben hacer que él sea considerado, como siendo lo uno o lo otro, tanto menos cuanto que ellas se explican suficientemente, por el grado de incertidumbre que se cierne sobre su existencia. Es esta incertidumbre sola, la que constituye la ausencia, y no hay lugar a transformarla en una probabilidad legal de vida o de muerte, contrariamente a la voluntad muy netamente expresada del legislador» (1). Esta es también la opinión de Laurent y de Ricci (2).

¿Cuál de estas teorías es la de nuestro Código? A no dudarlo la segunda: si examinamos las disposiciones relativas al primero y al segundo período de la ausencia, veremos que en las primeras, domina en el legislador la idea de que el ausente vive, supuesto que todas ellas van encaminadas a la protección exclusiva de sus intereses, en tanto que el de los herederos para nada es tomado en consideración; no se piensa en lo absoluto en ellos; en cambio, en las que conciernen al segundo período, se ve perfectamente destacada la idea de que el ausente puede vivir o puede haber muerto; en este período se protegen, a la vez, los intereses del ausente y los de sus herederos: los del primero, porque si vive, él es el legítimo propietario de los bienes; los de los segundos, porque si aquel ha muerto, ellos vendrán a ser los propietarios; ahora bien, esta doble protección marca perfectamente la incertidumbre que, so-

(1) Baudry-Lacantinerie, ob. cit. t. II. núm. 1061.

(2) Laurent, ob. cit. t. II. núms. 122 y siguientes; Ricci, ob.

bre la existencia del ausente, reina en el ánimo del legislador; pero donde se ve en forma indubitable que la segunda de las teorías expuestas es la aceptada por nuestro Código, es en las disposiciones relativas al tercer período de la ausencia: el capítulo que las contiene se denomina: «De la presunción de la muerte del ausente» y en él está establecido que cuando hayan transcurrido treinta años desde la declaración de ausencia, el juez, a instancia de parte, *declarará la presunción de muerte*; esta declaración de presunción de muerte es, pues, el fundamento de todas aquellas disposiciones: en virtud de esta presunción, se abre el testamento del ausente y los herederos entran en posesión definitiva de los bienes; en virtud de esta presunción, todos los derechos, en general, subordinados a la muerte del ausente, se ejercen, ya no de un modo provisional, como en el período anterior, sino en forma definitiva.

357. Para terminar esta exposición, que hemos hecho de los principios generales sobre la ausencia, debemos hacer observar que la incertidumbre de la vida del ausente o la presunción de muerte, en su caso, se retrotraen, en cuanto a sus efectos, a la época en que tuvo lugar su desaparición, o a la en que se tuvieron las últimas noticias de su persona. Este principio, fecundo en consecuencias, como en su oportunidad lo veremos, está fundado en la consideración de que, siendo imposible fijar a la muerte del ausente una época determinada, es lo lógico pensar que tuvo lugar desde el primer momento en que dejaron de tenerse noticias de su vida (1).

(1) Aubry et Rau, ob. cit. t. I. § 148; Demolombe, ob. cit. t. II núm. 12; Baudry-Lacantinerie, ob. cit. t. II. núm. 1062.