

de la declaración de muerte admitida en otros Códigos (1), por largo que sea el tiempo transcurrido desde el nacimiento de una persona que, por ausencia o desaparición, se ignora si existe todavía, aun cuando hayan transcurrido cien años (que otros derechos consideraban como máxima duración de la vida), nuestra ley no considera muerta la persona en este caso.

Ello da lugar a inconvenientes y dificultades prácticas. Como se verá en breve, el único remedio en tales casos es el recurrir al procedimiento de la declaración de ausencia, que regula solamente las relaciones patrimoniales, no las personales y familiares (como, por ejemplo, el matrimonio) que por lo demás es complejo y a menudo inadecuado en sus normas. La necesidad de una reforma del Código en este punto ha sido advertida siempre por la práctica y señalada por la doctrina, especialmente en los casos—por desgracia no infrecuentes—de grandes calamidades, como guerras, catástrofes telúricas, naufragios (2), en que

(1) La presunción y declaración de muerte es acogida como institución regular en el Código austriaco (§ 24, 112) y en el alemán (§ 13 y 19). Según aquél, se presume muerto el ausente cuando hayan transcurrido ochenta años desde su nacimiento y se ignore en diez años su paradero o independientemente del tiempo transcurrido desde su nacimiento se ignore durante treinta años su paradero o falte tres años si fué gravemente herido en guerra o se halló en un naufragio u otro accidente. Según el Código alemán, a la declaración de muerte se procede si han transcurrido diez años sin tener noticias del ausente o cinco si el desaparecido había cumplido los setenta años de edad o se trate de desaparecido en guerra o accidente si no se tienen noticias de él en un período de tres años; variando de uno a tres años el término según criterios particulares en los casos de naufragio. El término de cien años que algunos creen seguido por el derecho romano para fundar en él una presunción de muerte se refiere a materia muy distinta (cesación del usufructo de las personas jurídicas) ya que tampoco el derecho romano conoció presunciones de muerte (Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 772).

Cuando para otros fines (duración de un usufructo, de una renta vitalicia) se debe preventivamente calcular la vida de una persona, no sirven los términos de duración máxima de la vida humana que la vieja doctrina había establecido; se recurrirá a las tablas estadísticas de mortalidad compiladas por las oficinas de estadística y por las compañías de Seguros.

(2) Para el caso de naufragio hay una disposición en el Código civil

son muchas las muertes que no se pueden comprobar. Para remediar estos inconvenientes se ha intentado dictar disposiciones especiales con ocasión de una u otra calamidad, pero éstas, por su carácter contingente, por su propia intrínseca limitación, no fueron aptas para colmar la laguna del Código.

Un primer ejemplo de normas que introdujeron la presunción de muerte se tiene en las leyes de 2 de Julio de 1896 y 11 de Julio de 1904, relativas a los desaparecidos en la guerra de Africa; la presunción fué admitida en este caso, no para todos los efectos generales que de la muerte pueden derivar, sino únicamente con relación a la liquidación de la pensión correspondiente a las familias de los presuntos muertos y a la sucesión. Otro ejemplo lo constituye el Decreto de 17 de Enero de 1909 relativo a la comprobación de las muertes ocurridas en el terremoto de 28 de Diciembre de 1908; los efectos aquí son más amplios en cuanto que la presunción de muerte se extiende a todos los efectos en general. Luego de una doble publicación en

que en definitiva es una presunción de muerte. En efecto, el art. 396, mientras en su párrafo 2.º prevé el caso de que en el naufragio se haya perdido parte de la dotación o de la gente embarcada de modo que los supervivientes puedan acreditar la muerte de los demás y sobre su testimonio se extiendan las certificaciones de defunción por las autoridades consulares en el extranjero, y por las autoridades marítimas en el Reino; por el contrario, en el párrafo precedente prevé que todos los embarcados hayan perecido de modo que ninguno pueda acreditar la muerte de los demás y dispone que comprobado el accidente se inserte una declaración auténtica del mismo en los registros de cada uno de los municipios a que pertenecían las personas muertas. La disposición habla de personas percidas o muertas, pero evidentemente quería decir desaparecidas, de las cuales, dada la ineluctabilidad del suceso, es forzoso considerar la muerte como ocurrida; es, pues, una presunción de muerte la que aquí se establece precisamente porque ningún superviviente puede certificar la muerte, y la anotación del accidente en los registros no es más que una declaración de muerte cuya eficacia podrá ser destruída con la prueba de supervivencia. Coviello, *Man. Dir. civ.* I, pág. 169; Balestrieri, *Foro it.*, 1906, I, pág. 487 y siguientes; 1908, I, pág. 821; Grazzieni en *Acque e trasporti*, 1918, pág. 87 y siguientes; ver el Decreto-ley de 2 de Septiembre de 1917 que atribuye a los derechohabientes de la gente de mar desaparecida, el seguro de riesgo de guerra luego de seis meses de perdida la nave.

la *Gaceta* oficial, con quince días de intervalo, de las listas de las personas desaparecidas en la catástrofe, y transcurrido el término de noventa días o de un año desde la segunda sin oposición y sin noticias, la muerte es registrada en la oficina del Estado civil. Esta disposición fué aplicada con Decreto de 14 de Enero de 1915 a las víctimas del terremoto de Avezzano de 13 de Enero de 1915, así como poco antes, con la ley de 22 de Mayo de 1913, se ponían de nuevo en vigor para la guerra italo-turca las normas de la ley de 2 de Julio de 1896 relativas a la guerra de Africa.

Donde especialmente se hacía sentir la laguna de nuestro Código fué en la gran guerra europea de 1914 a 1918, en que miles de militares desaparecieron. El Gobierno adoptó el peor de los sistemas, el de extender las normas de la ley de 1896 con todos los inconvenientes anejos, entre los cuales principalísimamente figuraba el que la muerte presunta no produjese la apertura de la sucesión hereditaria y que no disolviese el vínculo matrimonial del cónyuge sobreviviente. En efecto: con Decreto-ley de 27 de Junio de 1915 aplicando los artículos 1.º, 2.º y 3.º de la ley de 1896 se admitió que basándose en la declaración de no hallazgo del militar, éste se presumiese muerto en combate y pudiese dar lugar al pago de la pensión a favor de la viuda o de los huérfanos. Con posteriores Decretos-leyes de 22 de Agosto de 1915 y 17 de Febrero de 1916 el procedimiento para la consecución de las asignaciones personales, de las pensiones civiles y militares, de las sumas y objetos de la pertenencia del desaparecido, se hizo más sencillo y expedito, pero el sistema no se corrigió en su orgánico defecto. Más tarde, bajo la presión de la necesidad y accediendo a los votos de los juristas, una disposición más adecuada se dictó con el Decreto-ley de 15 de Agosto de 1919 (1).

(1) Las normas para la ejecución de esta ley están contenidas en el Reglamento aprobado con Real decreto de 11 de Enero de 1920 modificado en su artículo 5 con el Real decreto de 12 de Febrero de 1920. La nueva disposición si bien dictada por causa de la gran guerra y para proveer a las consecuencias de ésta, está redactada en forma que puede conside-

En virtud del mismo puede declararse presunta la muerte de todas las personas desaparecidas a consecuencia de operaciones militares o hechos de armas cuando haya transcurrido un año desde la cesación de las hostilidades, o desaparecidas a consecuencia de un naufragio u otro accidente marítimo, cuando haya transcurrido un año desde la comprobación oficial del naufragio, o desaparecidas a consecuencia de prisión de guerra o internado, luego que hayan transcurrido dos años desde la fecha en que se pactó la obligación de restituir los prisioneros o de repatriar a los internados. La declaración de muerte es pedida por los herederos legítimos, por el cónyuge, por los parientes o afines en línea recta o colateral hasta el cuarto grado inclusive, por quien demuestre tener interés o por el ministerio público y pronunciada por el Tribunal luego de las oportunas comprobaciones con procedimiento sencillo y rápido.

Declarada la muerte, los bienes son atribuidos a los herederos legítimos o testamentarios (1); el matrimonio se considera disuelto de modo que el cónyuge sobreviviente puede contraer segundas nupcias. Pero como la declaración se basa en una presunción, se admite siempre la prueba de la existencia de la persona o bien de su muerte en momento distinto del que se fijó en la sentencia. En cuanto a los bienes, el principio admitido es que si el desaparecido reaparece recobre los bienes en el estado en que se hallen, obtenga el precio de los enajenados que le sea debido o los bienes en que haya sido invertido (ver artículo 39 del Código civil), y el que se hallaba en la posesión

rarse como norma permanente de derecho aplicable a guerras futuras, al menos en tanto el Código civil no sea modificado.

(1) A decir verdad el Decreto-ley no dispone que se abra la sucesión ni expresa de otro modo este efecto de la declaración. Pero se trata de defecto de redacción sin duda porque los efectos sucesorios se deducen con certeza de las disposiciones particulares (artículos 17-18) a más de por el espíritu y la finalidad del Decreto. No es esta la única imperfección como he hecho notar en otro escrito. *La dichiarazione ai morte per gli scomparsi in guerra*, en *Atti R. Acc. di Sc. mor. e pol. di Napoli*, XLVI, 1920, pág. 387, ver Ascoli en *Riv. Dir. civ.*, XI, 1919; pág. 357 y Coviello *ib.* pág. 547 con agudas observaciones aunque con crítica en parte divergente de la mía.

de los bienes es considerado como poseedor de buena fe y tratado como un heredero aparente (se le aplica el párrafo primero del art. 933); si resultó probado como tiempo de la muerte un momento distinto del fijado en la sentencia, los que hubieran sido sus verdaderos herederos o legatarios podrán recuperar los bienes de aquellos que erróneamente habían hecho propia la herencia, salvos los derechos adquiridos con la prescripción y los efectos de la buena fe con relación a los frutos percibidos (artículo 41).

En cuanto al segundo matrimonio, si el desaparecido vuelve, puede ser anulado a instancia de uno cualquiera de los tres interesados (1), pero del matrimonio anulado quedan a salvo sus efectos civiles con relación a la prole nacida del mismo, que es legítima y tiene derechos legitimarios.

III. *Presunción de premoriencia comoriencia.*—No solamente la muerte debe probarse por quien tenga interés en ella, sino también debe ser probado el momento en que ocurrió si alguno funda su derecho en la muerte de otro en cuanto ésta haya ocurrido en un momento determinado; lo cual tiene particular importancia en los derechos de sucesión cuando se trate de establecer quién de entre las dos personas entre las que existe una relación sucesoria haya premuerto.

Si esto es sencillo cuando conste el momento en que la muerte ocurrió (y por ello se prescribe que el acta de defunción determine el día y la hora, art. 387), puede ser difícil y harto imposible demostrarse cuándo varias personas hayan muerto juntas con ocasión de un accidente, como es un terremoto o un naufragio. El derecho romano introdujo, para resolver la difi-

(1) Al respecto hay que notar que quizá mejor sistema—por responder mejor a nuestras tradiciones jurídicas—hubiera sido el de declarar la nulidad *ipso jure* del nuevo matrimonio, salvos siempre sus efectos en cuanto a la prole. O por lo menos queriendo hacer depender su disolución del ejercicio de la acción de anulación, prefijar un término breve de caducidad a esta (por ejemplo, de seis meses como en el Código alemán § 1.350). Con el sistema acogido le deja indefinidamente expuesto el nuevo matrimonio al peligro de ser anulado, pudiéndose dar ocasión a ilícitos convenios y torpes *chantages* que pongan precio a la subsistencia o extinción del nuevo vínculo conyugal.

cultad, algunas presunciones de premoriencia limitadas a la hipótesis de que se tratase de padre e hijo; se presumía premuerto el padre o la madre si el hijo era púber, premuerto el hijo si era impúber, partiendo del concepto de la mayor resistencia que la juventud representada aquí por la pubertad opone al peligro (1), fuera de este caso regía la norma general de que quien funda un derecho en la prioridad de la muerte de una entre dos personas, debe probarla; y se derivaba de los principios imperantes en materia de prueba (según los cuales, no probado el hecho la razón que en él se fundaba era rechazada) la consecuencia que en la duda no debiese considerarse superviviente al otro a ninguno de los dos, sino que hubiesen muerto en el mismo instante los dos o los varios (2).

Las pocas y limitadas presunciones de premoriencia admitidas por el derecho romano fueron más tarde ampliadas y multiplicadas en el Derecho común, que reputa considerar el problema fuera de las relaciones de descendencia, y el Código francés, siguiendo aquel camino, dictó un sistema completo de presunciones fundadas en el doble elemento de la edad y el sexo. Por ello, entre dos perecidos en el mismo accidente, se presume: *a*) que sobrevivió el mayor si ambos eran menores de quince años; *b*) el más joven si mayores de sesenta años; *c*) y semejantemente al más joven si uno era menor de quince y el otro mayor de sesenta; *d*) siendo ambos de edad intermedia entre los quince y los sesenta, se presume que sobrevivió el más joven si eran del mismo sexo; *e*) que sobrevive el varón si de sexo diverso cuando tuviesen ambos la misma edad o la diferencia no excediese de un año (artículos 721, 722).

Este sistema de presunciones complicadas es, por lo demás,

(1) Los textos son numerosos, ver fr. 9. § 1. 2. 3. 4. D. 34. 5; 16. D. 18. D.

(2) Así precisamente decide Marciano si la decisión no se debe por interpolación a Justiniano en el fr. 18. D. 34. 5; *in quibus casibus si pariter decesserint nec appareat quis ante spiritum emisit, non videtur alter altere supervixisse*. Léase también el pasaje de Ulpiano, fr. 32. § 14. D. 24. 1: *Si ambo ab hostibus capti sunt et qui donavit et qui donatum est, quid dicimus et si quidem possit apparere, quis ante spiritum posuit, expedita est quaestio. sin vero non appareat, difficilis quaestio est* (interpolado?).

insuficiente (pues no se prevén todos los casos posibles) (1); si fué seguido por algunos Códigos italianos anteriores (2) al vigente ha sido abandonado por éste (3), que volviendo al principio general del Derecho romano ha declarado que a falta de prueba debe presumirse muertos todos a un mismo tiempo (art. 524). La consecuencia del principio acogido respecto a las sucesiones es: que no probada la premoriencia no hay lugar a la transmisión de derechos de uno a otro; los llamados a la herencia de uno recogerán todo su patrimonio y sólo su patrimonio, del mismo modo que los llamados a la herencia de otro; sin que entre ambos muertos se de la transmisión hereditaria que se hubiese verificado si uno hubiese muerto después del otro. Y aunque se hable del principio de la *comoriencia* sólo con ocasión del derecho sucesorio, no debe entenderse limitado a estos efectos tan sólo (4); se aplica a toda otra relación y a todo otro efecto jurídico que de la prioridad de la muerte hubiera podido derivar, prioridad que falta o se considera que falta cuando no pudiéndose probar la premoriencia las dos muertes se presumen simultáneas (5).

La comoriencia no constituye en sí misma (6) una presun-

(1) Crome, *Par. gen.*, pág. 120, núm. 15.

(2) Salvas las modalidades en los límites de edad y en los criterios sobre ésta y el sexo. Código Albertino, artículos 965, 966, Código parmense, artículos 867, 868, Código estense, artículos, 940, 941; Código napolitano, artículos 642-643.

(3) Así hizo el Código austriaco (§ 25) y han hecho luego el alemán (§ 20) y el suizo (art. 32) que contiene una disposición análoga a la del artículo 924 del nuestro.

(4) Por eso oportunamente los Códigos austriaco, alemán y suizo han asignado a la disposición un lugar más propio, desplazándola de las sucesiones y formulándola como lo hace el § 20 del Código alemán como regla general.

(5) Así, por ejemplo, la donación con pacto de reversibilidad (artículo 1.071); si alguien estipula que los bienes deban serle restituidos si el donatario premuere al donante sin dejar descendientes, la cuestión de la premoriencia se plantea aquí también cuando ocurra que donatario y descendiente perezcan en un mismo accidente y cuando la prueba de la premoriencia del donatario no pueda darse, se aplicará también aquí el principio de la comoriencia y resultando que los descendientes no sobrevivieron tendrá lugar la reversión en favor del donante.

(6) Ver Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand. I*, pág. 637 y siguien-

ción, no obstante que el Código emplee la palabra «presumir». Contraria a la realidad normal (puesto que por regla general las víctimas de una calamidad no mueren todas a un mismo tiempo), no es, como hemos dicho, sino la consecuencia natural y necesaria del sistema probatorio, el cual lleva a excluir que uno haya muerto antes que el otro cuando no pueda ofrecerse la prueba.

Una verdadera presunción de comoriencia y una presunción *juris et de jure* que no admite prueba en contrario, fué introducida por el Decreto de 17 de Enero de 1909 para los muertos a consecuencia del terremoto de 28 de Diciembre de 1908.

Mediante él se dispuso que salvo algunos casos la muerte de aquellas víctimas de la catástrofe se debiera considerar, a los fines del art. 924, ocurrida simultáneamente, quedando excluída toda prueba en contrario. La norma es, sin embargo, de derecho excepcional y aquí se halla limitada a los efectos sucesorios y, por tanto, es de aplicación restringida (1).

IV. *Ausencia*.—De lo dicho hasta aquí, aparece como una necesidad imprescindible para toda legislación proveer a la regulación de las relaciones jurídicas de una persona cuando haya desaparecido y se ignora si existe y donde está; necesidad que si es tanto más imperiosa en aquellos derechos que como el nuestro no admiten presunciones ni declaración de muerte (salvo las indicadas disposiciones excepcionales), no falta en aquellas que admiten tales presunciones y declaraciones de muerte para el período intermedio entre la desaparición y la declaración de muerte. Proveen a tal necesidad las normas relativas a la institución de la ausencia (2) que están en íntima conexión

tes; Venzi en Pacifici, *Ist.* II, pág. 33; Ascoli y Cammeo en Crome, *Par. general*, pág. 120, n. a. Melucci, *Dir. di successione*, Napoli, 1910, pág. 46.

(1) En cuanto a su contenido por la prohibición de la prueba contraria es justamente criticada por Polacco, *Di alcune deviazioni del diritto comune* (*Riv. Dir. civ.*, I, 1909, pág. 352).

(2) Para la historia de la institución son fundamentales los trabajos de Bruns, *Die Verschollenheit* (*Jahrbh. d. gen. dent. Rechts*, I, 1857, pág. 90 y siguientes y también en *Kl. Schriften*, 1882, I, pág. 73 y siguientes); Fammassia, *L'assenza nella storia del diritto italiano* (*Arch. giur.* XXXVI, 1886, pág. 474 y siguientes); ver Sacchi, *Sulla teoria degli assenti nel di-*

con la materia tratada. Las providencias de la ley para este caso relativas al patrimonio del ausente, a sus derechos familiares y, en general, a toda otra relación de la que era o podía ser sujeto, son análogas a las aplicadas a la sucesión, pero no se llega jamás en nuestro Derecho a una completa equiparación de la condición jurídica del ausente con la del difunto, porque (conviene repetirlo) en ningún caso la ausencia, aun prolongada más allá de la vida del hombre, puede transformarse en muerte.

Ausencia en sentido técnico es la desaparición de una persona de su domicilio o de su última residencia sin que se tengan noticias suyas. Es este el concepto que nuestro Código (artículo 20) acoge y que es substancialmente igual al de los romanos (1), si bien era positivamente diferente la regulación de la institución, y es más: una institución verdadera y propia de la ausencia como se ha formado en la Edad media y en el Derecho moderno, puede decirse que les fué desconocida.

Un doble requisito se exige para que se dé la figura de la ausencia legal (2): la desaparición de la persona del lugar donde tenía su sede (domicilio o residencia) y la incerteza de su existencia (*au sit et ubi sit*). No bastaría una incerteza limitada al *ubi sit* ni se requiere el transcurso de un determinado período de

ritto civile e giudicario dei Romani (Arch. giur. LI. 1892, pág. 493 y siguientes); Andrich, *Lo scomparso secondo il diritto reneto* (Nuovo Arch. Ven. XIII, 1907); la literatura citada por Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, página 720, n. z. y los escritos recientes de Losana, *La condiz. giuridica di dichì sottentra all'asente* (Rolandino, 1916, pág. 273); *L'istituto dell'asenza e le sue riforme* (Riv. Dir. civ., XI, 1918, pág. 209 y siguientes); Luzzatto, *La condizione giuridica dello scomparso*, Padova, 1920.

(1) Ver Paulo, fr. 10. D. 23. 2. *Si ita pater alsit ut ignoretur ubi sit et an sit quid faciendum est unerito dubitatur et si triennium effluxerit, postquam apertissime fuerit pater ignotus ubi degit et an superstes sit non prohibentur liberi eius utriusque sexus matrimonium vel nuptias legitimas contrahere*. El período final *et si triennium...* *contrahere*, es seguramente interpolado.

(2) Con la cual no se confunde la ausencia simple o de hecho el alejarse alguien por un período más o menos largo de su sede. La distinción la expresa exactamente la terminología alemana con dos expresiones distintas, también *Abwesenheit* (ausencia de hecho) y *Verschollenheit* (desaparición, ausencia legal), ver Regelsberger, Pand. I, págs. 249, 285.

tiempo para que se produzca. Pero el tiempo, como se comprende fácilmente, ejerce en toda la materia una influencia decisiva, y sobre el mayor o menor decurso del mismo, desde el momento de la desaparición, se basa todo el sistema positivo de nuestro Código, el cual, partiendo del concepto de que a medida que tal momento es más remoto menores son las probabilidades del regreso del desaparecido, regula sus relaciones jurídicas primeramente de un modo provisional y poco a poco más definitivamente, sin que por lo demás ni en el último estadio de la regulación se llegue a la exclusión absoluta de toda posibilidad de regreso.

La exigencia de atemperar la protección debida al ausente y los derechos que sobre su muerte podrían fundar otras personas llamadas por la ley o por el testamento a sucederle en el patrimonio y poderes familiares, ha llevado al legislador italiano a distinguir tres períodos distintos en la ausencia caracterizados por haberse dado o no una declaración judicial de la misma (*ausencia presunta, ausencia declarada*) y cuando tal declaración se haya habido por haberse conferido a sus herederos presuntos la *posesión temporal o definitiva*. Las normas particulares dictadas por los artículos 20 47 se agrupan según esta distinción.

I. *Ausencia presunta*.—Los requisitos necesarios para que se dé la presunción de ausencia son los que caracterizan la ausencia en sentido técnico: desaparición de la persona de su domicilio o residencia e incerteza cerca de su existencia. En este primer período, predominando las probabilidades de vida y de regreso del desaparecido, las medidas adoptadas miran exclusivamente a preservar sus derechos y su patrimonio garantizándole su integridad; entre los derechos de los presuntos herederos y el interés del ausente prevalece el último.

En cuanto a la tutela de sus intereses, son posibles dos hipótesis: que exista una representación suya en cuanto haya conferido un mandato para que una persona gestione sus negocios, o que no exista tal representación porque falte el mandatario o porque exista, pero su mandato no se extienda a todos los negocios del ausente. La necesidad de providencias particulares

sólo se presenta en la segunda hipótesis; y en ella la ley dispone:

a) Que si falta completamente un mandatario, pueda el Tribunal del último domicilio o residencia: 1) nombrar quien represente al ausente en juicio, en la formación de inventarios, cuentas, liquidaciones y divisiones en que esté interesado; y 2) adoptar otras medidas necesarias a la conservación de su patrimonio.

b) Que si existe un mandatario el mismo Tribunal pueda proveer a aquellos actos que ni el mandato ni la ley autorizan al mandatario a ejecutar.

Pueden provocar la intervención y providencias de la autoridad judicial representada por el Ministerio fiscal, los herederos presuntos del ausente y, en general, cualquier interesado cuando conste el interés (interés patrimonial o apreciable jurídicamente) que tiene en obtener la providencia, la cual podría ser negada cuando al Tribunal no resultase ni la necesidad ni la urgencia.

II. *Ausencia declarada: Primer estadio.*—A la ausencia presunta puede seguir, cuando los interesados provoquen su declaración oficial y haya transcurrido un cierto tiempo desde la desaparición, un segundo período caracterizado por la declaración judicial, y este período se subdivide en dos estadios, según que en correspondencia con la mayor o menor probabilidad del regreso sea más o menos limitado el derecho de goce y de disposición de los presuntos herederos en los bienes a ellos conferidos.

Del primer estadio son requisitos, a más de aquellos necesarios a la ausencia presunta: a) el transcurso de un período de tiempo no inferior a tres años (seis si el ausente ha dejado un administrador desde que se tuvieron las últimas noticias del desaparecido); b) una sentencia del Tribunal que declara la ausencia y hará posibles los efectos de este primer estadio, incluso (concurriendo otras condiciones) los que son propios del segundo, como la inmisión definitiva en los bienes.

Se hallan autorizados a provocar la declaración (art. 22) los presuntos herederos legítimos o los testamentarios y cualquiera que crea tener en los bienes del ausente derechos sujetos a la condición de su muerte (no el público ministerio). El procedi-

miento que se sigue constará (cuando la demanda sea reconocida admisible por el Tribunal): 1) de una primera providencia que ordena que se practiquen informaciones; 2) de la publicación de la providencia mediante su fijación en la puerta del último domicilio o residencia, notificación de la misma a los interesados y al Procurador del ausente y doble inserción en los diarios oficiales del reino y del distrito, a fin de provocar la información por quien esté en situación de suministrarla, y 3) de la coordinación, no antes del transcurso de seis meses, de una sentencia que declara la ausencia y que, publicada y notificada como la primera providencia, no produce efectos sino después de transcurridos otros seis meses (artículos 23 al 26).

Estamos en el primer estadio de la ausencia declarada en el cual, no prevaleciendo la probabilidad del regreso, sino que contrapesándose con la probabilidad de la muerte, la ley concilia los derechos del desaparecido con los de sus presuntos herederos, concediendo a éstos la posesión temporal y confiriéndoles un derecho de goce de las rentas más o menos pleno, según el criterio del parentesco más próximo, para reservar al ausente si regresa una parte de las rentas y restituirle íntegros los bienes mismos sustraídos a toda disponibilidad.

El efecto substancial de la declaración de ausencia es, pues, la inmisión en la posesión temporal, pero ésta debe ser pedida al Tribunal y por él ordenada, y como para pedirla se hallan facultados los herederos testamentarios, a falta de éstos, los que hubieran sido herederos legítimos si el ausente hubiese muerto el día en que se tuvo la última noticia de su existencia o bien sus respectivos herederos; podrá preceder la orden de apertura de las disposiciones o actos de última voluntad del ausente si hay (art. 26).

Esta inmisión confiriendo un goce de las rentas debe, sin embargo, dejar a salvo los derechos del ausente en su patrimonio; por ello se reconoce el principio que a aquellos a quienes se confiere el goce de las rentas y la representación del ausente debe oponerse también los derechos que se hubieran hecho valer contra el ausente (artículos 28 a 35); una serie de limitaciones establece la ley con relación a los poseedores:

a) Deben previamente los presuntos herederos, para conseguir la inmisión en la posesión, y los legatarios, donatarios y otro cualquiera que tenga un derecho supeditado a la condición de muerte del ausente, para ser admitidos al temporal ejercicio del respectivo derecho, prestar caución en la suma que el Tribunal determine; cuando no puedan prestarla darán las garantías que en interés del ausente el Tribunal estime oportuno determinar, según la calidad de las personas, el parentesco y las demás circunstancias, y que aseguren al ausente, en el caso de que regrese, contra los peligros de destrucción de su patrimonio (artículos 26 y 27).

b) Obtenida la inmisión deben los poseedores proceder a hacer el inventario de los bienes muebles y a la descripción de los inmuebles (art. 29).

c) No pueden disponer de los bienes realizando actos que excedan de la simple administración; cuando precise un acto dispositivo debe intervenir la autorización judicial para enajenar o hipotecar los bienes inmuebles o vender todos o parte de los muebles, cuyo precio deberá conservarse, empleándose convenientemente (art. 29).

d) No pueden gozar sino de una parte de las rentas, salvo el caso que los poseedores sean ascendientes, descendientes o cónyuge del ausente, y la medida del goce viene determinada según el doble criterio de la proximidad del grado y del tiempo transcurrido, del modo siguiente:

α) los parientes dentro del sexto grado deben reservar la quinta parte en los primeros diez años desde el día de la ausencia y la décima en el período sucesivo hasta los treinta años;

β) los parientes más remotos (I) y los extraños, la tercera

(1) Adviértase que consecuencia de la radical modificación introducida por la guerra en la sucesión de los parientes legítimos (reducción de los parientes con derecho a suceder hasta el sexto grado) también el artículo 31 del Código civil ha sido modificado con Decreto-ley de 16 de Noviembre de 1916. En efecto, el párrafo 1.º que habla de parientes de grado más remoto (refiriéndose a los parientes desde el séptimo hasta el décimo grado) y de extraños y ha sido corregido modificando la dición en esta otra forma: «Los demás poseedores deben reservar», etc.

parte de las rentas en los primeros diez años y la sexta parte en el período sucesivo.

Solamente después de transcurridos los treinta años cesa la obligación de reservar y el goce se convierte en pleno (art. 31).

Con estas garantías y reservas la posición del ausente y de sus definitivos causahabientes resulta oportunamente tutelada, de modo que si vuelve o si se prueba su existencia o si, comprobado el momento de su muerte resulte que la sucesión, debiendo abrirse en favor de aquellos que en aquel tiempo eran sus herederos legítimos o testamentarios o de sus descendientes, debiendo ser entregada a personas distintas de los actuales poseedores, estos restituirán a él o a sus verdaderos herederos los bienes o su precio, así como la cuota reservada de las rentas; y desde tal momento cesarán todos los efectos de la declaración de ausencia, abriéndose la sucesión regular por causa de muerte cuando ésta haya ocurrido o manteniéndose las oportunas medidas de conservación y administración cuando resulte que el ausente vive, si bien no haya regresado a su sede (artículos 33 y 34).

III. *Ausencia declarada: Segundo estadio.*—El último período en el que tiene lugar la inmisión en la posesión definitiva de los bienes es aquel en que las probabilidades de muerte del ausente prevalecen sobre las probabilidades de vida, de modo que puede conferirse a los presuntos herederos un pleno derecho de goce y de disposición análogo al que le correspondería si se tratase de verdadera sucesión *mortis causa*. Y es, en substancia, una verdadera sucesión la que se abre en favor de los herederos, si bien falte formalmente el requisito fundamental indispensable de toda sucesión, la muerte. Pero es una sucesión de carácter especial en cuanto que es revocable cuando se verifique el regreso del ausente o cuando, conocido el momento de su muerte, se compruebe ser diversos de los presuntos y poseedores actuales los herederos testamentarios o legítimos a quienes la herencia correspondía.

Los requisitos necesarios para que haya lugar a la inmisión definitiva, son:

a) El transcurso de un período de treinta años desde la in-

misión en la posesión temporal o de un período de cien desde el nacimiento del ausente, con la condición en este segundo caso que las noticias del ausente daten de tres años por lo menos;

b) Una sentencia del Tribunal que conceda la inmisión en la posesión definitiva, ya convirtiendo en definitiva la posesión temporal, ya ordenando *ex novo* si una precedente inmisión temporal no ha tenido lugar (art. 36). Adviértase que los dos términos de treinta y de cien años son independientes entre sí y puestos alternativamente de modo que, aún durando un año la posesión temporal, puede convertirse en definitiva cuando haya transcurrido un siglo desde el nacimiento; así, la inmisión definitiva no exige necesariamente una precedente posesión temporal, pudiendo llegarse a ella de modo directo cuando, concurrendo la doble condición del siglo transcurrido desde el nacimiento y del trienio transcurrido desde que se unieron las últimas noticias, pidan los presuntos herederos la posesión de los bienes por primera vez. El Tribunal ordenará en este caso la inmisión definitiva, previa la declaración de ausencia cuando ésta no haya sido hecha antes (art. 38).

Los efectos de la posesión definitiva consisten en la cesación de aquellas limitaciones que en la temporal restringían el poder de los poseedores. Se retiran las cauciones y demás garantías que hubieran sido fijadas por la sentencia que declaraba la primera inmisión (art. 36); cesa toda vigilancia de administración y toda dependencia de la autoridad judicial, así como la obligación de reservar una cuota aparte de las rentas; se confiere la libre disposición de los bienes a los poseedores y a sus herederos y sucesores, los cuales podrán proceder a divisiones definitivas y a enajenaciones (art. 37).

Pero si la disponibilidad de los bienes resulta tan libre e ilimitada, el derecho que se confiere a los poseedores (1) queda

(1) Se discute mucho la naturaleza de este derecho. ¿Se trata de un derecho derivante de una verdadera y propia apertura de sucesión aunque sujeta a resolución o de un derecho de propiedad pero revocable? Ver notas de Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 725 y siguien-

siempre sujeto a revocación en favor del ausente si vuelve o de los verdaderos herederos testamentarios o legítimos si se prueba el tiempo de su muerte y resulta que otros distintos de los poseedores eran en aquel tiempo sus herederos. Sin embargo, la revocación no produce los mismos efectos en una y en otra hipótesis, puesto que la ley ha querido proteger más completamente al ausente que no a sus verdaderos herederos testamentarios o legítimos. Si el ausente vuelve o se prueba que existe, deberán serle restituídos todos los bienes en el estado en que se hallen o el precio de los enajenados debido por los adquirentes y también los bienes en cuya adquisición haya sido invertido, sin que jamás pueda oponerse por los poseedores como título de adquisición la prescripción, aunque sea de treinta años (art. 39); si, por el contrario, probado el tiempo de su muerte resulten ser otros sus herederos, podrán éstos ejercitar sus acciones, pero contra ellos es oponible por los poseedores, como título de adquisición irrevocable, la prescripción de treinta años (art. 41). En una posición intermedia son colocados los hijos y descendientes del ausente más favorable, por un lado, en cuanto pueden hacer valer frente a los poseedores los propios derechos en los bienes del ausente sin necesidad de probar la muerte, y por otro menos favorable, en cuanto que a ellos es oponible la prescripción de treinta años (art. 40).

✓ A más de producir la ausencia efectos jurídicos en los bienes del desaparecido, los produce también en otras relaciones; entre éstas se toman en particular consideración los derechos de familia por un lado, y por otro los derechos patrimoniales que nazcan a favor del ausente luego de su desaparición y de los cuales no era titular aún cuando la ausencia comenzó. No tiene aquí importancia la distinción de los tres períodos examinados ni la de la ausencia presunta y declarada; todos aquellos que produjo la presunción de ausencia subsisten invariables luego de su declaración; ésta ni quita ni añade.

De las relaciones familiares subsiste el vínculo matrimonial,

tes y de Venzi al Pacifici, *Ist. II*, pág. 215 y siguientes; (n. a.), pág. 210 y siguientes (n. t.) donde la cuestión es ampliamente tratada.

que no se disuelve por largo que sea el período de ausencia de uno de los dos cónyuges; consecuencia lógica del doble principio aplicado con excesiva rigidez de que el matrimonio no se disuelve sino con la muerte de uno de los cónyuges (art. 148) y que la ausencia no da nunca lugar a la declaración de muerte (1). La ausencia produce efectos en lo que respecta a los poderes familiares: cesa el marital y cesaba también antes de la ley de 17 de Julio de 1919 la necesidad de la autorización marital para los actos de la mujer que la exigían (art. 135); la patria potestad se transfiere a la madre (art. 46) como en todo otro caso en que el padre no pueda ejercitarla (art. 220), y si la madre no vive o se halla también ella en la imposibilidad de ejercerla, se provee con la curatela que se confiará por el consejo de familia a los ascendientes próximos, y a falta de éstos a un tutor temporal.

En cuanto a los derechos eventuales correspondientes al ausente, las disposiciones del Código se inspiran en este respecto en el principio de que nadie es admitido a reclamar un derecho en nombre de persona cuya existencia se ignore si no se prueba que ella existía cuando aquel derecho nació (art. 42); y así, si se abre una sucesión a la que sea llamado el ausente, no pueden los herederos de éste reclamarla en su nombre; ella se entregará a aquellos que a falta del ausente correspondería o bien a aquellos con quienes el ausente hubiera tenido derecho de concurrir, salvo el derecho de representación. Una obligación de los llamados a la herencia en lugar del ausente es la de proceder al inventario de los muebles y a la descripción de los inmuebles (art. 43), correspondiendo al ausente si regresa, o a sus herederos o causahabientes si se comprueba el tiempo de su muerte, el derecho de repetir la herencia de aquellos que la hubieran recogido (art. 44); pero este derecho se extingue con la prescripción y no pueden ejercitarse respecto de los frutos que

(1) El art. 113 prevé es cierto el caso que el cónyuge del ausente haya contraído nuevo matrimonio y dispone que éste no puede ser impugnado en tanto dura su ausencia; pero el segundo matrimonio se supone contraído por error o fraude. La disolución del matrimonio es, por el contrario, posible para el Código austriaco (§§ 112-114) y para el alemán (§§ 1.348-1.352).

aquéllos hayan percibido con buena fe (artículos 44 y 45) (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concordancias en materia de extinción de la capacidad.

Véase el art. 32 del Código civil.

Los artículos 144 y 400 del Código penal italiano referentes a la tutela jurídica de la memoria del difunto, concuerdan con el 480 del Código penal español.

La legitimación de hijos premuertos a que se refiere el art. 196 del Código civil italiano concuerda con el 124 del Código civil español.

Los artículos 539 y 546 del Código de procedimiento penal italiano referentes a la rehabilitación de la memoria del difunto corresponden al 961 de la ley de Enjuiciamiento criminal española que autoriza aun muerto el penado, a su viuda, ascendientes, descendientes legítimos, legitimados o naturales reconocidos para solicitar el juicio de revisión por alguna de las causas enumeradas en el art. 954; pero no se designa curador especial como en la legislación italiana, correspondiendo la representación del penado difunto a las personas designadas en el art. 961.

El Código de procedimiento italiano admite la responsabilidad del Estado (ver artículos 531 y 532). En la legislación española se desconoce la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por la causa a que se refieren los artículos citados del Código italiano; en cambio existe responsabilidad civil de los Jueces como consecuencia de la penal o independientemente de ésta; ver art. 361 del Código penal y siguientes en relación con el 18 y artículos 903 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

En nuestra legislación se desconoce el caso de declaración de quiebra a que se refiere el art. 912 del Código de comercio italiano que en el texto se cita pero en cambio es posible la quiebra de la testamentaria y el abintestato según el art. 1.053 de la ley de Enjuiciamiento civil.

El art. 42 del Código civil italiano corresponde al 33 del español.

Los artículos 350, 362, 385 y siguientes del Código de comercio italiano corresponden a los 325 y 326 del Código civil español.

Los artículos 364 a 466 del Código civil italiano concuerdan con el 327 del español.

El Código civil español regula la presunción de muerte como el último momento en la declaración de ausencia, cuando las probabilidades de muerte son notoriamente superiores a las de vida; equivale a lo que el autor denomina presunción definitiva y produce casi idénticos efectos; en cuanto a éstos y dentro de los de orden personal hay que hacer notar que a pesar de la terminante declaración de la Base 6.^a de la ley de 11 de Mayo de 1888 que disponía que la presunción de muerte del ausente no podría autorizar nunca al cónyuge presente para celebrar segundas nupcias el Código no contiene precepto alguno en tal sentido.

El art. 387 del Código civil italiano referente a la necesidad de que consten en el acta el día y hora del fallecimiento, concuerda con el artículo 79 de la ley española, provisional, del Registro civil de 17 de Junio de 1870.

El art. 924 del Código civil italiano referente a comorencia y premorencia corresponde al 33 del español.

El art. 20 del Código civil italiano da el concepto de ausencia, pudiendo deducirse análogo concepto del art. 181 del Código civil español, pudiendo completarse con la circunstancia de no dejar apoderado que administre sus bienes.

En los artículos 20 a 47 del Código civil italiano se agrupan normas referentes a la regulación del ausente. El español dedica a esta materia

§ 41.—*Actas de estado civil*

Pacifici, Ist. II, pág. 112; Chironi, Ist. I, §§ 42-44; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 275; Coviello, Man. I, § 60; Crome, Par. gen., pág. 140; Zachariae, Man. I, §§ 63-77; Aubry et Rau, Cours. I, §§ 55-68; Planiol, Traité, I, núm. 452 y siguientes (1).

Se ha visto cómo el nacimiento y la muerte son dos momentos solemnes que señalan el comienzo y el fin de la vida jurídica

el título 8.º del libro 1.º distinguiendo la *ausencia presunta*, medidas provisionales en casos de ausencia (capítulo I), la *ausencia declarada* (capítulo II) y administración de los bienes del ausente (capítulo III) y la *presunción de muerte* (capítulo IV). Dedicó el capítulo V a los efectos de la ausencia en lo referente a derechos eventuales del ausente. En materia de quienes pueden pedir la declaración de ausencia de los artículos 181 a 183 del Código civil español se deduce idéntica doctrina a la expuesta en el texto, pudiendo aceptarse también la doctrina que expone el autor en cuanto a las personas que son parte legítima para reclamar las medidas provisionales en casos de ausencia, problema que se plantea al comentar el art. 181 del Código civil y es resuelto en ese sentido por la mayoría de los tratadistas.

Los requisitos referentes a la declaración de ausencia y plazos de tres años si no dejó representación el ausente y seis si la dejó corresponden a los exigidos en los artículos 184 a 186 del Código civil español, variando únicamente los plazos que se reducen a dos años si el ausente no dejó administrador de sus bienes y a cinco si lo hubiera dejado.

El art. 22 del Código civil italiano referente a quienes pueden pedir la declaración de ausencia, concuerda con el 185 del Código civil español que adiciona a las personas enumeradas por el italiano el cónyuge presente.

Los artículos 23 al 26 del Código civil italiano se refieren a los trámites para obtener la declaración de ausencia. En el título XII de la ley española de Enjuiciamiento civil, se establece el procedimiento para obtener la administración de los bienes de los ausentes en ignorado paradero, cuyos trámites son muy parecidos a los que indica el autor, suprimiéndose tan sólo el requisito de que entre la primera providencia y la sentencia hayan de mediar al menos seis meses. También el Código civil español suspende los efectos de la sentencia que declara la ausencia hasta pasados seis meses de su publicación en los periódicos oficiales (artículo 186). Declarada la ausencia se confiere la administración de los bienes del ausente a las personas enumeradas en el art. 220 y por el orden señalado en el mismo (ver art. 187 del Código civil español).

El art. 26 del Código civil italiano dispone que cuando la declaración de ausencia haya sido solicitada por los herederos testamentarios presentes, se procederá a la apertura de los actos de última voluntad del

(1) Piola, *Degli atti dello Stato civile*, Napoli, 1909; Berriat-Saint-Prix, *Recherches sur la législation et la tenue des actes de l'état civil*, París, 1843; Rieff, *Comm. sur la loi des actes de l'état civil 1844*; Mercier *Traité théorie et prat des actes de l'état civil*, París, 1892.

de la persona física; cómo la ciudadanía es decisiva para la aplicación de la ley italiana a las relaciones jurídicas de la misma y para la atribución de sus derechos políticos; cómo el matrimonio sea el supuesto necesario de la familia legítima.

ausente. Efecto natural, cuando sean los herederos testamentarios los que soliciten la administración de bienes del ausente, no está mencionado por el Código español pero se deduce del art. 2.044 de la ley de Enjuiciamiento civil.

La obligación a que se refieren los artículos 28 al 35 del Código civil italiano no resulta expresamente determinada en el español. Los 26, 27 y 29 del italiano confróntense con los 2.040 y 2.041 de la ley de Enjuiciamiento civil.

El art. 29 del italiano referente a la necesidad de autorización judicial para actos de disposición compárese con los 188 y 189 del español.

El art. 31 del Código civil italiano dispone que como consecuencia de la posesión temporal que se confiere en el primer estadio de la ausencia declarada y en garantía del ausente se obliga al poseedor a reservar: si es pariente dentro del sexto grado $1/5$ de las rentas en los diez primeros años y $1/10$ en los siguientes hasta los treinta años; si es pariente en grado más lejano o extraño reservará $1/3$ ó $1/5$ en los plazos indicados en el supuesto anterior. En el Derecho español el administrador de los bienes del ausente no tiene otro derecho que el de percibir la retribución que el Juez le señale, la cual no excederá del 10 por 100 del producto total de los bienes (art. 2.042 de la ley de Enjuiciamiento civil) claro es que deberá aplicar las rentas al levantamiento de las cargas que pesaban sobre el ausente: alimentos, educación de los hijos, etc., pero llevando de todo cuenta que rendirá al ausente, si vuelve, o en otro caso a sus causahabientes.

En el Código italiano (art. 31) el transcurso de treinta años produce el efecto en favor del administrador de percibir la totalidad de la renta cesando su obligación de reservar. En el español no se adquiere otro derecho que el de solicitar del Juez la declaración de presunción de muerte del ausente (art. 191).

Los artículos 33 y 34 del Código italiano corresponden al 190 del Código español.

El art. 36 del italiano exige para declarar la posesión definitiva, el transcurso de cien años desde el nacimiento; en el español quedan reducidos a noventa sin exigirse el requisito de que las noticias daten de tres años cuando menos en este caso (ver art. 191 que en lo demás concuerda con el citado del italiano).

El art. 36 del Código italiano concuerda con los 192 y 193 del español que requieren también una declaración judicial instada por parte interesada; no siendo ejecutoria, la sentencia que se dicte hasta seis meses después de su publicación en los periódicos oficiales. El efecto de la declaración de presunción de muerte es el de dar lugar a la sucesión en los bienes del ausente.

El art. 38 del Código italiano referente a la posibilidad de declarar la posesión definitiva sin previa declaración de la temporal por transcurso de cien años desde el nacimiento y tres desde las últimas noticias, no tiene equivalente en el español pero puede deducirse aquel efecto que se producirá naturalmente por ser independientes entre sí los términos de treinta y noventa años que señala el art. 191.

Estos estados personales fundamentales pueden dar lugar a ulteriores condiciones o posiciones jurídicas que se refieren a instituciones diversas: el ser menor o mayor de edad, el hallarse sujeto a interdicción o inhabilitado por enfermedad mental, el ser hijo legítimo, simplemente natural o natural reconocido o declarado legitimado o adoptivo, el haber sido sometido a condena penal que implique interdicción, el haber quebrado o hallarse en estado de ausencia legal, etc. Todas estas y otras condiciones personales semejantes, que más o menos intensamente influyen en la capacidad de la persona en sus relaciones patrimoniales o familiares, en la sucesión, en el proceso, etc., derivan de hechos se enlazan con ellos no precisándose que su prueba se produzca en cada caso, sino que es necesario que emerja de modo indubitable de los registros públicos. Sólo el Estado, mediante los órganos de la administración pública puede organizar tales registros y dotarles la fe pública y hay que esperar que en un ordenamiento perfecto todas las vicisitudes jurídicas referentes al estado de las personas reciban completa y rigurosa documentación en los registros públicos; del mismo modo que un ordenamiento perfecto de la propiedad inmobiliaria debe presentar en

El art. 37 del Código civil italiano no tiene concordancia en el español que no distingue los períodos de posesión temporal y definitiva sino los de simple administración y atribución a los herederos del ausente.

Los artículos 39, 40 y 41 del Código civil italiano corresponden al 194 del español, según el cual, la revocación de la presunción de muerte tiene lugar cuando el ausente se presenta o si prueba su existencia sin necesidad de presentarse, recobrando entonces sus bienes en el estado que tengan y el precio de los enajenados y la propiedad de los adquiridos con aquél pero no podrá reclamar frutos ni rentas. La presentación de herederos sean o no hijos o descendientes del ausente cuando no hubieran sido parte en el juicio de testamentaría o abintestato, sólo les facultará para exigir su parte en la herencia en el juicio que corresponda. Los efectos de la prescripción respecto a los bienes del ausente, se rigen por las reglas generales de prescripción.

El art. 148 del Código civil italiano compárese con el 52 del Código civil español referentes a la subsistencia del vínculo matrimonial, el 135 del italiano referente a la cesación del poder marital, concuerda con el 188 del Código civil español y los 46 y 220 del italiano referentes a la transferencia a la madre de la patria potestad, concuerdan con el 154 del español del que se deduce como lógica consecuencia esa transferencia. Si la madre premurió o es incapaz se les designará a los hijos tutor según las normas del título IX del libro I del Código civil.

El art. 42 del italiano concuerda con el 195 del español y el 43 con el 196 y los 44 y 45 con los 197 y 198.

sus libros reflejadas con exactitud las vicisitudes jurídicas todas del fundo.

Sin embargo, no es este el sistema seguido por el legislador italiano, por el francés y muchos otros. En efecto, en los Registros del estado civil no constan sino algunos de los hechos y los más importantes que influyen en la capacidad de la persona y determinan su estado civil (1). Siguiendo la tradición histórica, nuestra ley se ha limitado al regular los actos del estado civil a los más esenciales que se refieren a la existencia de la persona (nacimiento y muerte) y que constituyen su estado de ciudadanía y de familia. Son, pues, cuatro los registros públicos que el Código civil y las leyes especiales ordenan llevar (artículos 350 y siguientes del Código civil, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865): registro de nacimiento, de muerte, de matrimonio y de ciudadanía. Se excluyen de la categoría de actas del estado civil, toda una serie de documentos y actas públicas que, refiriéndose al estado personal como las sentencias declaratorias de la interdicción o inhabilitación, la quiebra del comerciante, la emancipación de un menor, etc.

Pero no sólo los del nacimiento, la muerte, el matrimonio y la ciudadanía son consignados en los registros, sino también otros hechos o circunstancias directamente relacionados con

(1) Los inconvenientes a que da lugar este incompleto sistema de publicidad se advierten todos los días en la práctica. Si es fácil averiguar en los registros de nacimiento la edad de la persona y en los de matrimonio su estado conyugal, en los registros de tutela y de quiebras, los hechos relativos a la tutela y a la quiebra, no es tan fácil comprobar la existencia de una interdicción o inhabilitación; si del casillero penal puede deducirse la existencia de una condena penal que implique interdicción, no es tan fácil comprobar la existencia de una curatela. Lo cual es tanto más grave cuanto que en materia contractual rige el principio de que nadie debe ignorar la condición jurídica de la persona con la cual se contrata y si ha ignorado la incapacidad sufrirá la eventual anulación del acto. Precisamente por una mayor y más eficaz protección de la buena fe de los terceros hay todo un movimiento que propugna la reforma del actual sistema de los actos del estado civil con la implantación análogamente al casillero penal de una especie de casillero civil que deberá recoger y probar todas las vicisitudes referentes a la condición jurídica de la persona y al lugar de su nacimiento. Planiol, *Traité I*, pág. 458.

aquellos más esenciales. Así, en el registro de nacimientos, se consignan, a más de las declaraciones de nacimiento, las actas de reconocimiento de hijos naturales, los decretos de adopción, legitimaciones, decreto de cambio o añadido de nombres y apellidos, concesiones de títulos de nobleza; los registros de matrimonio que son dobles, unos para las publicaciones matrimoniales, los otros para la celebración del matrimonio, reciben, además, las declaraciones de reconocimiento de hijos naturales hechas por los cónyuges simultáneamente a la celebración del matrimonio, las sentencias definitivas con las cuales se anula un matrimonio, las sentencias de divorcio pronunciadas en el extranjero y hechas ejecutivas en el reino mediante el oportuno juicio; los registros de ciudadanía acogen las declaraciones de fijación de domicilio en el reino, las de traslado del mismo de un Municipio a otro, las de elección, renuncia y readquisición de la ciudadanía (ver artículos 44, 52, 62 y siguientes del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865; ver también Decreto-ley de 28 de Diciembre de 1919, relativo al ordenamiento de los registros de ciudadanía).

La documentación de la condición personal y la compilación el modo de llevar y conservar las actas del estado civil se ha convertido en función propia del Estado que se ha atribuido tal misión como prerrogativa suya indiscutible. En el pasado, y por largo tiempo, fué en Italia y en otros países una función de a Iglesia. En efecto, durante toda la Edad Media, y hasta los tiempos recientes de la Edad Moderna, la Iglesia, por exigencias espirituales, primero, y de orden público después, asumió este servicio mediante los registros parroquiales de nacimientos, muertes y matrimonios.

Ya que a estos tres momentos de la vida de la persona se refería la administración de los Sacramentos y el Concilio de Trento (1564) confió a los párrocos el cuidado y custodia de los registros de nacimientos, muertes y matrimonios. Con la Revolución francesa, proclamado el Estado independiente de la Iglesia, el ordenamiento del estado civil no podía seguir encomendado al clero, queriendo hacer a todo ciudadano libre de la observancia de tales actos religiosos, debía el Poder civil asumir tal

función, que fué confiada a las autoridades municipales de modo que, desde tal momento, sólo los registros civiles tuvieron valor probativo y se privó de éste a los libros parroquiales, salvo (bien entendido) en lo que se refiriese al pasado. Lo mismo ocurrió en Italia; en virtud de los principios acogidos por la nueva legislación, sólo el Estado tiene el poder de formar y conservar por medio de las autoridades municipales los registros del estado civil y de otorgar a éstos fe pública, de conservarlos y de extender copias (artículos 350 y siguientes del Código civil, art. 152 de ley municipal y provincial de 4 de Febrero de 1915). Podrá también la autoridad eclesiástica continuar llevando los suyos con fines exclusivamente religiosos sin valor alguno a los efectos civiles; un acta parroquial de bautismo no puede substituir un acta de nacimiento. Subsisten todos los efectos, incluso civiles, de los libros eclesiásticos en lo que se refiere al tiempo anterior, y los párrocos son sus legítimos depositarios; con la obligación de facilitar copias, que tienen el mismo valor que las extraídas de los registros del estado civil, habiéndose declarado en las disposiciones transitorias del Código civil (art. 48), que continúan en vigor las disposiciones vigentes en las diversas provincias referentes al modo de conservar las actas públicas o privadas y a los oficiales facultados para expedir copias.

Las actas del estado civil son públicas, atestados de un hecho y tienen el mismo valor que las actas auténticas; se reciben y redactan, en efecto, bajo declaración del interesado a presencia de testigos por un funcionario público, que es el oficial del estado civil y hacen fe en tanto no se impugnen por falsedad. El lugar en que se reciben las declaraciones es el Ayuntamiento; el oficial es el Alcalde del Municipio o quien hace sus veces o mediante delegación puede serlo un asesor o consejero municipal; puede también el Secretario municipal ser delegado, pero sólo para actas de nacimiento o de muerte. Oficiales del estado civil son, además, los agentes diplomáticos y consulares en orden a los ciudadanos que se hallen en el extranjero (art. 386 del Código civil, art. 167 Sentencia consular de 15 de Noviembre de 1865); los Comisarios de Marina, Capitanes o patrones de navés, para los nacimientos o muertes que ocurran durante el viaje ma-

rítimo o en una arribada (art. 10, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865); los empleados y militares designados por los reglamentos, en cuanto a los militares en campaña (artículos 389 y siguientes del Código civil) (1). Excepcionalmente, y por especial prerrogativa de la Corona, es oficial del estado civil en orden al nacimiento, matrimonio, muerte del Rey y de las personas de la Real familia, el Presidente del Senado, asistido del Notario de la Corona (art. 396 del Código civil).

Principio fundamental en la formación del acta del estado civil, es que en ella intervienen tres personas o grupos de personas: *a)* el oficial del estado civil, que recibe la declaración, forma el acta y la firma (art. 353 del Código civil), dándole fe pública. Es su presencia la que imprime al acta carácter auténtico; él atestigua, no la sinceridad de la declaración recibida, sino la que ha ocurrido y lo que ha sido dicho en su presencia; hace fe hasta que se entable querrela de falsedad (art. 363 del Código civil), mientras que las declaraciones de los comparecientes hacen fe hasta prueba contraria y las indicaciones extrañas al acta no tienen valor alguno (art. cit.); *b)* el declarante o declarantes, que es la parte interesada en hacer constar el hecho (el padre, que denuncia la muerte, el ciudadano, los que contraen matrimonio). Por regla general, es la misma parte interesada la que comparece, pero cuando no se imponga expresamente la comparecencia

(1) Las normas especiales en orden a las actas del estado civil de los militares y sus asimilados en campaña se hallan contenidas en los artículos 398-400 del Código civil y en las instrucciones del apartado 2.º del Reglamento para el servicio de guerra aprobado con Real decreto de 10 de Marzo de 1912.

Durante la gran guerra europea se declararon nuevas normas para simplificar y abreviar este importante servicio en los ejércitos y en la marina. Con Decreto-ley de 30 de Enero de 1916, se sustituyeron las predichas instrucciones, ordenándose mejor los registros de los nacimientos y de las defunciones (se comprenden también normas especiales sobre los testamentos); con Decreto-ley de 27 de Enero de 1916, se facultó a los Ministros de la Guerra y de Marina para corregir las actas de defunción de los militares en campaña; con otro Decreto-ley de 26 de Julio de 1917, fué concedida a la Cruz Roja la facultad de recibir de las extranjeras las actas de defunción de los militares prisioneros o caídos en el campo.

personal (como en el matrimonio), la parte podrá ser representada por persona provista de mandato especial y auténtico (artículo 354) y la declaración valdrá como hecha por ella misma, y c) los testigos que normalmente son dos personas que acreditan la identidad del declarante, la verdad de su declaración y que con el declarante firman el acta (art. 353).

El carácter e importancia de estas actas requiere una serie de formalidades y garantías relativas a su formación y conservación. Toda acta debe enunciar el Municipio, la casa, el año, el día, la hora en que ha sido formada; el nombre, apellido, la edad, la profesión y el domicilio o la residencia de los declarantes o sus representantes y de los testigos; la indicación de los documentos presentados; la mención de que se ha cumplido la formalidad de la lectura del acta a las partes (art. 352), la firma de los declarantes, de los testigos y del oficial, con indicación del impedimento si no ha sido firmado por alguno (art. 353). Deben consignarse en registros y no en hojas volantes; los registros se llevarán por doble original (art. 356), cuyas hojas para impedir eventuales sustracciones y sustituciones, llevan el visto del Presidente del Tribunal o de un Juez por él delegado (art. 357); la redacción o escritura debe ser hecha seguida e ininterrumpidamente sin ningún espacio en blanco; las borraduras y las apostillas deben ir aprobadas y firmadas antes de la clausura del acta; están prohibidas las abreviaturas, las fechas escritas en letra y por extenso (art. 358); toda anotación legalmente ordenada debe ponerse en el margen del acta sin modificar el texto original (artículo 359). Finalmente, para asegurar la conservación de su contenido, se dispone que de los dos registros originales, cerrados a fin de año con la declaración del oficial del Registro civil uno sea depositado en la Cancillería del Tribunal y el otro en los Archivos del Municipio. La vigilancia de su custodia, formación y modo de ser llevados, es confiada al Procurador del Rey, el cual la ejercita directamente o por medio de los «pretorios», quienes deben proceder a la comprobación cuatrimestral de los registros en cada Municipio; a él sólo corresponde solamente el promover la aplicación de las penas pecuniarias a quien haya incurrido en irregularidades o infracciones (artículos 365, 404).

Las actas así llevadas documentan los hechos que son registrados y están al servicio de los particulares, que no con las actas mismas, sino con certificaciones legalmente extendidas, suministrarán la prueba de los hechos mismos. Los certificados podrán probar el hecho de un modo positivo o negativamente del hecho contrario (ejemplo: que alguien no es ciudadano italiano o no ha contraído matrimonio) y deberán expedirse a quien las solicite, reproduciendo siempre las anotaciones todas que el acta contenga (art. 362).

Puede ocurrir, sin embargo, que el acta haya sido formada erróneamente (un nombre o una fecha fueron escritos equivocadamente) que en ella se haya incurrido en una omisión, que contenga una enunciación que no debió ser acogida. Puede suceder también que una declaración que debía hacerse no haya sido hecha de modo que no hay acta (ejemplo: un nacimiento, una muerte no fué declarada). Puede ocurrir finalmente que el registro debidamente firmado haya sido destruído en el doble original o que páginas del mismo se hayan sustraído o hecho ilegibles. En todos estos casos ha pensado el legislador, dictando disposiciones minuciosas y precisas y distintas según los casos. Hay que distinguir las hipótesis de errores, inexactitudes y otras irregularidades, puesto que aquí se trata de mera *rectificación* o *corrección* del acta de aquellas otras de extracción, extravío, mutilación de los registros o su hojas. La hipótesis intermedia de acta que, debiendo ser formada no se formó, es atraída por la primera hipótesis, ya que el acta que se forma tardíamente es concebida como *rectificación* de las actas del estado civil.

La reparación de los errores u omisiones materiales en que haya incurrido el interesado en su declaración o el oficial en la redacción del acta, no puede hacerse sino mediante un procedimiento especial de *rectificación*. El recurso será dirigido por el Ministerio fiscal o por el interesado ante el Tribunal, en cuya jurisdicción se halle emplazada la oficina del estado civil; la sentencia es dictada como resultado de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Cuando la demanda es debida a iniciativa del Ministerio fiscal, el Tribunal puede ordenar la comparecencia de las partes interesadas y convocar el consejo de familia o de tute-

la para oír su parecer. La rectificación se ordena con sentencia y se ejecuta sólo cuando ésta, que es siempre apelable, sea definitiva; materialmente se verifica con la transcripción de su parte dispositiva al margen del acta que se quiere rectificar sin alterar su primitivo estado (artículos 401 y siguientes del Código civil, 845 y siguientes del Código de Procedimiento civil, 133 y siguientes del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865).

Con el mismo procedimiento se provee al caso que una declaración que debió ser hecha no lo haya sido; la sentencia, que es también aquí de rectificación, autorizará al oficial del estado civil a recibir la declaración tardía, por ejemplo, de nacimiento o de muerte.

En la tercera hipótesis de que los registros no hayan sido llevados con regularidad o hayan sido destruidos o se hayan extraviado total o parcialmente o haya habido interrupción en ellos, no hay más remedio que recurrir a sustitutivos; la ley autoriza al interesado a probar el nacimiento, el matrimonio o la muerte por documentos, escrituras o testigos (art. 364 pre.). A reprimir la conducta ilícita del interesado se encamina el excluir la prueba cuando la falta, destrucción, extravío o interrupción fueren motivados por dolo del reclamante (art. 364).

Al procedimiento de rectificación no puede recurrirse cuando se trate de declarar inexistente un acta por falta de requisitos esenciales constitutivos o cuando se trate de una controversia de estado (por ejemplo: averiguación de la filiación) en la que se hace necesario un juicio en forma contenciosa ordinaria. Como consecuencia del juicio podrá resultar declaración de anulación del acta o eventualmente su rectificación.

De la rectificación del acta hay que distinguir la anotación marginal: una supone error u omisión originarios en el acta, la otra por el contrario la regularidad inicial de la misma; una se verifica en virtud de sentencia, la otra por precepto legal o reglamentario o también en virtud de sentencia (art. 133 del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865). La anotación, en definitiva, presupone que el acta inicial sea exacta y completa y que, habiéndose producido una circunstancia posterior a ella, exige el ser anotada y hecha pública, porque influye en el estado per-

sonal tal y como resulta el acta originaria; así, la anotación de la legitimación de un hijo, de la adopción, de la anulación del matrimonio, el añadir o cambiar nombres o apellidos, no son rectificaciones del acta originaria sino documentación de un hecho nuevo que por razón de oportunidad es registrado en relación con otro en que se halla ligado íntimamente

Los registros del estado civil y los extractos o certificaciones a éstos relativos, tienen fuerza probatoria en cuanto que las actas hayan sido regularmente formados y los extractos debidamente extendidos por el oficial competente. Se aplican a ellos como actos auténticos que son las normas generales que se refieren a estos últimos; su fuerza probatoria se pierde cuando no se hayan observado las formalidades substanciales prescritas por la ley. Hay discrepancia en cuanto a la determinación de las formalidades que se deben reputar esenciales y cuya inobservancia implique la ineficacia del acta, ya que la ley no declara cuáles son esenciales y requeridas bajo conminatoria de nulidad, y, por otra parte, no puede afirmarse tampoco que todas sean esenciales; hay algunas que indudablemente no llevan a la grave consecuencia de destruir la validez y la fuerza probatoria.

Un criterio idóneo es el que se fija en el fin que el acta persigue: según la finalidad propia de cada acta deberá juzgarse si la formalidad es o no esencial. Así, por ejemplo, como observa Zachariae (1), un acta cualquiera del estado civil no será nula cuando se haya omitido el indicar la edad de los comparecientes, ni un acta de nacimiento cuando no se haya indicado el lugar de éste. Sobre la base de este criterio pueden considerarse como esenciales las formalidades y requisitos siguientes:

a) La cualidad de oficial de estado civil en el funcionario que recibe y redacta el acta. Si tal cualidad la ha asumido o continúa asumiéndola indebidamente, el acta es nula, no obstante la buena fe de la persona que ha hecho la declaración; en efecto: el acta no ha sido formada por el oficial del estado civil, y la teoría que reposa en el conocido aforismo *error communis facit ius* no sirve a salvarlo de la nulidad. Diversamente debe decirse si el

(1) Dir. civ. I, § 73, pág. 178.

nombramiento del oficial ha sido ilegal o irregular, puesto que no puede ponerse a cargo del particular la averiguación de si aquel que se halle investido de una función pública lo ha sido regularmente; las actas por éste formadas son válidas y continuarán teniendo eficacia en tanto no se proceda a la revocación o anulación del nombramiento. Análogamente sucede si el oficial que ha recibido el acta fuere incompetente por razón de lugar o de la materia; el acta no debe considerarse nula. Esto no debe entenderse de un modo absoluto y general; hay casos en que la incompetencia (especialmente la incompetencia por razón de la materia) implica nulidad; en tal caso se aplicará la disposición del art. 1.316, según la cual el acta no tiene el valor de acto público, sino que valdrá como escritura privada cuando haya sido firmada por las partes.

b) Las indicaciones sustanciales de la persona a quien la declaración se refiere, la fecha y el lugar en que es recibida la indicación del oficial que ha formado el acta, la firma de éste. Los primeros elementos son indispensables para identificar la persona de cuyo estado se trata y fijar con certeza el tiempo y el lugar; el último, la firma del oficial del estado civil, sirve a acreditar que el funcionario público ha intervenido en el acta dándole carácter de autenticidad; aunque se discuta, nosotros creemos que el acta que carezca de la firma del oficial es absolutamente nula.

c) La redacción del acta en los Registros del estado civil, puesto que fuera de ellos no hay certeza, autenticidad ni garantía en orden a su seriedad y a su conservación.

Toda otra indicación, por importante e influyente que sea, no debe considerarse esencial, de modo que su falta no producirá nulidad, sino solamente imperfección o deficiencia en el acta. Así, por ejemplo, si se omite la indicación de la hora en un acta de nacimiento o de muerte, si no han intervenido los testigos requeridos o éstos o el declarante no han firmado; así igualmente si el acta contiene indicaciones que el oficial no debía haber recibido, como, por ejemplo, que el hijo sea incestuoso. En estas y otras semejantes hipótesis se procederá, cuando sea necesario, a la rectificación del acta, integrando su parte defectuosa o su-

primiendo la ilícita. Y cuando no se acuda o no pueda acudir a la rectificación, la consecuencia será que el acta hará fe pública por las declaraciones que contiene y por las que no contiene (por ejemplo, la hora de la muerte o del nacimiento); el interesado podrá recurrir a pruebas mediante otros documentos o escrituras y por vía de testimonios.

Normas especiales son dictadas por la ley para la redacción de las actas, en particular, según la naturaleza propia de cada una. A ellas debe recurrirse para juzgar de su integridad y exactitud y para resolver las frecuentes cuestiones que en la práctica se ofrecen sobre su nulidad (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. Concordancias en materia de Actas de estado civil.

Los artículos 350 y siguientes del Código civil italiano y el Real decreto de 15 de Noviembre de 1865 sobre Registros públicos, concuerdan con el art. 5.º de la ley española de 17 de Junio de 1870. Son también cuatro las secciones en que se divide el registro del estado civil en España (ver art. 5.º de la ley citada). La cuarta viene llamándose desde el Real decreto de 12 de Junio de 1899 «De ciudadanía y de vecindad civil». Todos los actos que modifiquen el estado civil del ciudadano y no deban ser objeto de inscripción principal se anotarán al margen de las partidas de nacimiento (ver art. 60 de la ley citada).

Los artículos 44, 52, 62 y siguientes del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865 y Decreto-ley de 28 de Diciembre de 1919 del Derecho italiano citados en el texto, sobre actos que causan inscripción en el libro de nacimientos concuerdan con los artículos 326 del Código civil y 2.º, 3.º y 4.º de la ley española de 1870.

Los artículos 350 y siguientes del Código civil italiano y 152 de la ley municipal y provincial de 4 de Febrero de 1915 citados por el autor, referentes a la facultad del Estado en la ordenación del Registro concuerdan con los 327 del Código civil español y 1.º de la ley citada de 1870. El art. 48 del Código civil italiano referente a la eficacia de Registros eclesiásticos comprensivos de actos anteriores a la promulgación del Código, corresponde al 35 de la ley española de 17 de Junio de 1870.

Los artículos 386 del Código italiano y 167 del Real decreto citado de 15 de Noviembre de 1865 referentes a las personas encargadas de llevar los registros, concuerdan con los 326 del Código civil español, 1.º, 2.º, 3.º y 4.º de la ley citada de 1870 y 1.º del Reglamento para su aplicación de 13 de Diciembre del mismo año, por virtud de los cuales están encargados de llevar en España el Registro civil los Jueces municipales, la Dirección general de los Registros si la persona a que se refiere el acto no tiene domicilio conocido y los Agentes diplomáticos y Consulares de España en el extranjero cuando el acto inscribible tenga lugar en territorio extranjero. Los artículos 389 y siguientes del Código civil italiano se ocupan de las personas encargadas en campaña de llevar el Registro ocupándose de esta materia en el derecho español los artículos 59, 71, 89 y 90 de la ley citada de 1870, segundo del Reglamento para su ejecución también citado y Decreto de 17 de Julio de 1874 y Reales órdenes de 16 de Octubre y 11 de Diciembre de igual año. El art. 10 del Real decreto ita-