

supuesto raras veces se realiza, porque en el extranjero lo mismo que en la nacion originaria, las necesidades, los deseos, los proyectos del individuo le obligan á manifestar su actividad para satisfacerlos y realizarlos, y por otra parte son inevitables las ocasiones que aun contra su voluntad se presentan y que contra su voluntad le atraen dentro de la esfera jurídica; á lo cual se agrega la mayor intimidad y amplitud que con la progresiva civilizacion de las naciones han adquirido las relaciones de ciudadanos de un origen con los de otro. Así sucede frecuentemente que en su patria y en el extranjero es una misma persona objeto de las prescripciones del derecho, por varios conceptos y razones que en ella concurren. Un español, por ejemplo, dejando en España bienes, dejando obligaciones y derechos pendientes de cumplimiento, se ausenta á Francia donde verifica otros contratos, pasa despues á Inglaterra donde celebra matrimonio, y últimamente á su regreso por Portugal comete un delito. Cada uno de estos paises tiene su derecho peculiar y diverso. ¿Cuál de ellos le será aplicable? ¿Uno solo para todos los actos que hemos mencionado, ó todos respectivamente? En el primer caso ¿cuál será el que merezca la preferencia? En el segundo ¿en qué proporción le afectan? He aquí muchas dudas, ó, como dice la ciencia, muchos conflictos que la ausencia en el extranjero, y el tránsito por territorios de distintas leyes traen consigo.

Estos conflictos serían bien sencillos de resolver si se adoptasen principios universales, absolutos ó inflexibles cual parece exigirlos el rigor del derecho público. Según este tiene reconocido, las naciones son mutuamente independientes, de suerte que al paso que dentro de sus límites tienen el arbitrio de reglar cuanto concierne á las personas sean de la procedencia que quieran, y á los bienes, estén poseidos por tales ó cuales individuos, no pueden ser obligadas por la misma razon á reconocer en su territorio fuerza de obligar en las leyes de otro pais. Desde el momento que un Es-

tado fuera precisado á aplicar un derecho extranjero ó á consentir que por él se rigieran personas que se hallaran dentro de su territorio, habria perdido su soberanía, su independencia, y quedado supeditado á aquel otro en cuyo obsequio se hacia la aplicacion del derecho. Según estos principios incontrovertibles, un español que pasase á otra nacion quedaria sujeto en todo cuanto ejecutase en ella á las leyes del soberano extranjero. Pero supongamos que se admita una renuncia mútua de las independencias nacionales y que sobre esta base se quiera buscar otra regla también única, universal: la reciprocidad concede ó prohíbe al extranjero lo que al nacional se concede ó prohíbe en la nacion de aquel; entonces un español, por ejemplo, seria tratado en Francia como un frances en España.

No han admitido sin embargo las naciones de Europa el principio absoluto y á ciegas de su independencia, rechazando todo efecto de las leyes extranjeras, ni tampoco por eso han convenido en una completa reciprocidad. Lo primero, como demasiado riguroso, ha sido abandonado por todas ellas: lo segundo, ofreciendo muchas complicaciones en medio de su aparente sencillez, solo ha sido adoptado por algunas. A lo que se ha apelado generalmente es al mútuo consentimiento y concordia en aquellas reglas que consultaran mejor la conveniencia y utilidad recíproca entre las naciones; y por esta razon para decidir los casos de conflicto emanados de la ausencia en el extranjero, habrá de atenderse en primer y principal lugar á los tratados y convenios especiales que hayan celebrado las naciones entre sí, ó sea á su consentimiento expreso; en segundo lugar á aquellos usos que la práctica haya ido introduciendo y arraigando, como también á aquellos principios reconocidos y profesados por los publicistas de las diferentes naciones, ó sea al consentimiento tácito que no puede menos de suponerse y deducirse de aquella conformidad. En España hay varios tratados en que se arreglan mas ó menos explícitamente

te algunos casos de conflicto que pudieran ocurrir; pero como estén de acuerdo con los principios que la práctica y opinion comun de los publicistas han admitido, prescindiremos del contenido de aquellos para esponer estos con la mayor precision y sencillez que sea posible; y de modo que se comprenda el ejercicio de los derechos civiles de un español ausente en el extranjero.

A este efecto partiremos del principio fundamental segun el que es preciso distinguir y clasificar las diferentes especies de leyes, con arreglo al objeto sobre que recaen. Esas especies pueden reducirse á tres; en la una se reúnen todas aquellas leyes que se refieren al estado, á la capacidad de la persona, á lo que á esta es inherente; en la otra entran las leyes que establecen reglas acerca de los bienes en cuanto están adheridos á un territorio con un vínculo que no liga á las personas; últimamente la tercera especie se compone de las leyes que se dirigen á reglar las solemnidades, la forma con que exteriormente se revisten los actos del hombre. Todas juntas forman el derecho general de una nacion: no se consideran separadas en cuanto al interior; sino para tratarlas con mas método y comodidad, pero necesariamente han de distinguirse, porque surten diferentes efectos, cuando se trata de las relaciones del individuo con un Estado al que no pertenece, y en que ha residido mas ó menos tiempo. Designanse todas con los nombres de *estatutos*; palabra de origen latino, adoptada en la edad media, y que se aplicaba al distinto derecho de una ciudad ó de un territorio, y generalizada hoy dia sin haber variado su sentido y con sola la diferencia de aplicarse á territorios mas estensos, á las naciones: le adoptamos, porque ademas de ser unívoca y facilitar por lo tanto la aplicacion evitando inoportunas perifrasis, es la adoptada generalmente en el idioma científico, si bien conocemos que sin ella podríamos dar tambien una idea exacta de la doctrina que vamos á desenvolver. Estos estatutos se llaman *personal, real y formal*, segun que comprenden cada una de las cla-

ses antes mencionadas, si bien la denominacion del último no es tan antigua ni usada como las de los otros dos. Cuanto mejor se conozca la índole de cada una de ellos, la estension y límites en que respectivamente se contienen, cuanto mejor se deslinden los efectos que surten, tanto mas fácil y seguramente podrá decidirse el conflicto de las leyes de las naciones respecto al ausente fuera de su reino. Si considerásemos superficialmente esta materia, incurriríamos en graves errores ó en una completa confusion, porque los actos del hombre se enlazan con los derechos de su personalidad y de su estado, y unos y otros tienen tambien contacto con el ejercicio del derecho de propiedad. Ofuscarse con esta semejanza y analogia seria renunciar á decidir cada caso conforme su índole lo requiriese, y á comprender cuál es la verdadera situacion del español ausente en pais extranjero. Por esto y siguiendo los pasos de los autores mas acreditados, vamos á esponer lo que especialmente abarca cada estatuto y los efectos que produce.

Comencemos por el estatuto personal. Este comprende todo cuanto hace relacion directa y principalmente al Estado, á la condicion, á la capacidad, á las cualidades de un individuo. Hemos dicho que la relacion ha de ser directa y principal, porque hay leyes que afectan á la persona á la vez que á los bienes; y entonces para clasificarlas es preciso atender al concepto que prepondera, y solo cuando sea este el inherente á la persona, y el otro le esté subordinado, podrán clasificarse en el estatuto personal. Es, pues, preciso que la accion de la ley obre directamente y no por consecuencia accesoria ó mediata, sobre el estado de la persona, estableciéndole, cambiándole ó modificándole. Las dudas que puedan ocurrir sobre si el ausente es regnicola ó extranjero, noble ó plebeyo, domiciliado ó transeunte, sobre la capacidad para contraer matrimonios, las relaciones que origine entre los cónyuges, el modo de disolverse aquel, sobre la legitimidad y la legitimacion de los hijos, las relaciones

que tienen con sus padres y su emancipación, sobre la mayor edad y la venia ó concesion especial de ella, sobre el nombramiento, atribuciones y remocion del tutor, sobre el derecho de restitucion *in integrum*, sobre la capacidad de testar y de contratar, todas estas dudas se deben decidir por las reglas del estatuto personal, como que recaen sobre puntos que están comprendidos en la esfera de este estatuto.

Manifestada la estension á que llega el estatuto personal, veamos el efecto que produce sobre el ausente en pais extranjero. La regla es que este ausente queda bajo la influencia y la jurisdiccion de las leyes de su nacion; estas le siguen, le acompañan á cualquier otro país á que vaya, y le mantienen extraño á las leyes extranjeras: así el español se casará, se emancipará, cumplirá la mayor edad, saldrá de la tutela, etc., como lo dispongan las leyes españolas, y en esta parte en nada le obliga el derecho del territorio en que resida. Así lo tienen admitido las naciones, con pocos casos de excepcion: casi todas ellas han renunciado en esta parte á su rigorosa independencia, y han consentido que los extranjeros guarden sus propias leyes en todo aquello que sea objeto del estatuto personal.

Y la adopcion de este principio se funda en motivos de conveniencia y muy conformes á la razon. Se ha querido por una parte guardar una deferencia, muy natural por cierto, á las leyes del extranjero que le han acogido y han formado su estado y capacidad desde que nació ó eligió su patria; y por otra parte se ha querido evitar la inestabilidad y vicisitudes chocantes, y sobre todo perjudiciales, que habrian de resultar forzosamente si el extranjero quedara sujeto á las leyes personales del país ó países en los que sucesivamente permaneciera, de suerte que, por ejemplo, un español que se ausentara á los veinte años, se haria mayor á los veinte y uno en Francia, volveria á ser menor llegando antes de los veinte y tres en Holanda, al residir en Nápoles quedaria como en Francia mayor de edad, y regresando á España todavia pu-

diera ser menor como antes de su viaje, y así habriase cambiado cuatro veces en corto tiempo el estado de aquel individuo. Todo esto se ha evitado con conceder al estatuto personal los efectos que anteriormente hemos dicho.

Apreciemos ahora la índole del estatuto real. Abraza cuanto se refiere directa y principalmente á las cosas, dándolas, por decirlo así, una cualidad, una condicion en este ó en el otro sentido. Cierto es que todas las leyes que versan acerca de los bienes afectan á la persona, como que los bienes son el patrimonio de ella; pero tal influencia puede sentirse inmediata, directamente sobre los bienes y reflejar en la persona, ó inmediatamente en esta y solo como consecuencia en aquellos: en el primer caso se presentará el estatuto real, en el segundo, conforme á lo que antes esplicamos, se manifiesta el personal. Lo relativo á la clasificacion y distincion de los bienes, á la ocupacion; la prescripcion, la tradicion y los modos de adquirir, transmitir, perder el dominio, á las herencias, cantidad de legítimas, requisitos para las donaciones, celebracion de ventas, arrendamientos, hipotecas y derecho de retracto, todo esto entra bajo el dominio del estatuto real.

Este estatuto surte otros efectos muy diferentes que el personal. Donde quiera que los bienes estén situados, allí les comprende de lleno la ley del territorio; poco importa que el poseedor ó el dueño tengan esta ó la otra nacionalidad, que sean regnicolas ó extranjeros; á lo único que se atiende es á la situacion. Así es que el español fuera del reino estará sujeto á las leyes patrias por los bienes situados en España, al paso que si ha adquirido otros que lo estén en el extranjero, estará sometido á las leyes extranjeras, resida ó no en aquel país donde radican. Y al admitir unánimemente esta regla las naciones no han renunciado en manera alguna á su independencia, como vimos que lo habian hecho por mútua conveniencia en el estatuto personal; antes por el contrario, lo que han hecho es conservarla en toda su plenitud, no proceder á

limitarla ó restringirla, no desprenderse de la facultad soberana de reglar cuanto se encuentra ó se verifica dentro de sus fronteras. Por el estatuto personal las leyes patrias seguian á la persona donde quiera que fuesen; por el estatuto real las leyes patrias permanecen constantemente fijas sobre los bienes del territorio.

Este principio en que descansa el estatuto real se justifica tambien por razones análogas al en que descansa el personal. ¿Qué cosa mas sencilla y mas indicada por el buen sentido y por los principios de equidad que lo que está unido al terreno, al suelo de la nacion, se gobierne por las leyes de esta misma nacion? Hacer distincion al efecto entre nacionales y extranjeros, lejos de conducir á la utilidad general de las naciones no serviria sino para entorpecerla creando nuevas dudas y nuevos conflictos sin razon alguna plausible. Nacen dos consecuencias importantes de los principios y razones en que se justifica el estatuto real. Es la primera que las cosas muebles no le son propiamente peculiares, puesto que por su indole no están, no suelen estar adheridas, fijas en un punto determinado, antes bien se presumen mas adheridas á la persona y siguiendo á esta en sus ausencias; natural es por tanto, que así como la persona, se rijan por el estatuto personal. Esta regla general reconocida en la práctica, solo admite por escepcion aquellos casos en que ya por disputarse la propiedad de las cosas, ó por estar dadas en prenda, ó prohibida su enagenacion ó esportacion, ó por otros motivos semejantes no sea posible hacer valer la ficcion de que están con la persona: como en este caso se ha destruido el vínculo que con la persona las unia, las será aplicable el estatuto real, esto es, el derecho del territorio en el que verdaderamente se hallen. La segunda consecuencia á que aludimos es que en caso de duda entre la preferencia del estatuto personal ó del real, se debe estar en favor de este, como que á las razones de conveniencia que le abonan se reune la de no ser como aquel, restrictivo de la independencia de las naciones: no

queremos decir con esto que baste una duda aparente, esto es, una dificultad; preciso es que el conflicto se presente de manera tan complicada, que tanto la ley pueda pertenecer al uno cuanto al otro estatuto.

Ultimamente, el estatuto que hace relacion á los actos del individuo llamado, no sin impropiedad, formal por algunos, es aquel que comprende las solemnidades, las formas estrínsecas, exteriores de aquellos actos que celebra el individuo. Si se trata-se de las solemnidades intrínsecas, esto es, de la materia misma del acto, entonces, segun lo espuesto, seria aplicable, ya el estatuto personal, ya el estatuto real. Así es que el formal solo se concreta á la exterioridad, á los requisitos ostensibles, formularios de los actos. Si se trata de las solemnidades de la adopcion ó de la emancipacion, de los testigos y protocolizacion de un testamento, del modo de otorgar un contrato ó de hacer una cesion, de la manera de estender una letra de cambio, y de otros casos análogos, todos serán materia del estatuto formal.

Sencillo es el efecto que este estatuto produce: el de someter al extranjero á la observancia de las leyes del pais en que el acto se celebra. Las aplicaciones de este estatuto á los casos particulares, suele sin embargo presentar grandes dificultades; y es preciso por lo tanto examinar en cada uno de ellos sus circunstancias y lo que sobre el acto de que se trata disponen las leyes del pais á que pertenece el ausente, y las de aquel en que se encuentra como extranjero; así sucede muchas veces que la regla enunciada sufre bastantes escepciones, ya porque es preciso aplicar los estatutos real ó personal, ya por las disposiciones especiales del derecho de una nacion que considera ciertas formalidades con distinto carácter y efecto que el de la otra de que se trata.

Mas aparte de los obstáculos que la práctica suscita, la regla no puede menos de ser considerada como prudente y conforme á la conveniencia de las naciones. Exigir que las formas de los actos pasados en el

extranjero por un ausente de su país, se arrojase á las leyes del territorio en que el acto había de surtir efecto, sería poner grandes trabas al extranjero, á los que habían de estender los documentos, en una palabra, imposibilitar la celebracion del acto ó hacerlo ineficaz. Estos perjuicios han querido alejar las naciones por su mútua utilidad admitiendo la eficacia del estatuto formal.

La doctrina que queda espuesta acerca de los estatutos personal, real y formal está reconocida en el proyecto de Código civil español, que la formula sencilla y claramente. Basta para demostrarlo transcribir sus mismas palabras. «Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan á los españoles, aunque residen en país extranjero. Los bienes inmuebles, aunque estén poseídos por extranjeros, se rigen por las leyes españolas. Los derechos y obligaciones relativas á bienes muebles, se rigen por las leyes del país en que su dueño está domiciliado. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, se regirán por las leyes del país en que se hubiere otorgado (1).»

Explicados los diferentes estatutos en cuanto lo permite la índole de este artículo, haremos alguna indicación sobre las leyes penales y de seguridad y policía, para acabar de dar á conocer la situación del ausente fuera del reino. Dos casos principales pueden ocurrir: que el que ha cometido un delito en España se ausente al extranjero; ó que delinca estando ya en este. En el primero podrá haber lugar á la extradición para ser procesado y castigado en España; si ya se hubiera notificado la sentencia no prescribe la pena según dispone nuestro Código penal (2). En el segundo caso el delincente puede ser castigado en el extranjero, porque ha violado las leyes del país en que reside, y también puede ser juzgado en España, si hubiera leyes ó trata-

dos que así lo autorizaran. Respecto á los reglamentos de seguridad y policía del país extranjero en que el español resida, no cabe duda que le obligan por lo mismo que de ellos recibe su protección.

Hemos hablado hasta ahora del ejercicio de los derechos civiles del español ausente del reino: falta examinar cómo se modifica el de los políticos, sobre los que hay bien poco que decir, despues de lo que ya indicamos en el párrafo anterior. De ellos unos quedan en suspenso por el hecho mismo de su ausencia, como son el de tomar parte en elecciones, el de no ser allanada su casa, etc.; otros que no exigen la presencia, permanecen íntegros. Por lo demás escusado es manifestar que el español ausente, como que en cualquiera otra nación tiene el concepto de extranjero, no es admitido á la participación de los derechos políticos que en ella puedan reconocerse.

## SECCION VI.

### DE LA AUSENCIA CONSIDERADA EN CUANTO A LAS RELACIONES DE FAMILIA.

En las secciones anteriores hemos hablado de la ausencia en general, y fijado algunos principios peculiares, ya al derecho público, ya al administrativo, ya al eclesiástico. Solo por incidencia y por no destruir el enlace y conexión de la materia, hemos tocado puntos del derecho civil; pero ahora es tiempo ya de que entremos en la esfera de este con algun detenimiento, y que indiquemos cómo influye la ausencia de la persona en las grandes instituciones que dentro de sí comprende. Entre ellas figura en primera línea la familia, la sociedad generadora del Estado, cuya unidad y desarrollo se mantienen y adelantan merced á los vínculos de unión, de protección y de subordinación: aparecen primero los conyugales, despues de estos los hijos, y cuando los hijos quedan huérfanos, reemplázase el amparo paternal en cuanto puede reemplazarse por personas que, si bien a veces son en rigor extrañas á la familia, no pueden me-

(1) Art. 1.º y 2.º.  
(2) Art. 1.º.

nos de ser consideradas en el derecho como parte armónica de ella en su mecanismo. Hé aquí la razón porque, debiendo apreciar la ausencia en cuanto á las relaciones á que dá lugar la familia, hemos dividido la materia de esta sección del artículo en tres párrafos distintos, según que la ausencia se mire: 1.º Con respecto á los cónyuges: 2.º Con respecto á padres é hijos: y 3.º Con respecto á guardadores y huérfanos.

§ 1.º *Ausencia de los cónyuges.*

Como lo indica el epígrafe de este párrafo, corresponde manifestar en él los efectos de la ausencia de las personas que se hallan unidas con el vínculo del matrimonio: sin embargo, si llevados de una nimia parsimonia nos concretásemos puramente á lo que en estos límites se contiene, dejaríamos en el conjunto de la materia vacíos muy notables y omitiríamos cuestiones importantes á que puede dar lugar la ausencia, si no de los cónyuges, al menos de aquellas personas que tienen resuelto unirse con los lazos del matrimonio, y están próximas á contraerlo. En este supuesto, habremos de ocuparnos de los esponsales y del acto de la celebración del matrimonio, en lo que directa y principalmente se refiera á la ausencia, y después pasaremos á examinar la de los cónyuges que propiamente constituye el fondo de este párrafo.

Ninguna duda puede haber en que por derecho romano los esponsales podían celebrarse, ausentes los que querían ligarse con ellos: siempre que ambas partes tuvieran cabal conocimiento del acto que iban á consumir, no se exigía la presencia, sino que bastaba el nudo consentimiento expresado por procurador, por cartas ó por otro medio que hiciera constar la voluntad del ausente (1). Este principio evidente en el derecho romano, y que tampoco repugnaba al canónico, no pudo menos de hallar favorable acogida en las leyes de Partidas. Autorizábase en ellas los desposorios entre

ausentes como si estuvieran presentes, y se les dá perfecta validez, á no ser que el poderdante se arrepintiera antes de que el apoderado consintiese en su nombre. La ley (1) que así lo establece pudiera suscitar algunas dudas atendidos los términos poco expresivos de su redacción; pero como quiera que en ella misma se haga extensiva su declaración, así á los esponsales como al matrimonio, aplazaremos para cuando tratemos de este, el modo de interpretarla y de suplirla. Por lo demás, la conformidad de todos los derechos en cuanto al principio, se explica bien fácilmente: háñese mirado los esponsales como una mútua promesa, como un contrato, en el que se atiende principalmente al mero consentimiento, y siempre se ha reputado á los ausentes hábiles para celebrar entre sí esta clase de convenciones. Si por derecho patrio ha querido fortificarse la de que hablamos, exigiendo como requisito indispensable y esencial la intervención de escritura pública, esta garantía en nada ha afectado al principio que dejamos espuesto, y que domina hoy sin dificultad en la práctica: lo único que se sobreentenderá en este supuesto es, que el apoderado del ausente habrá de celebrar con la persona que designare el poder, la escritura pública que prescribe el derecho Novísimo español.

Efecto notable y muy digno de examen es el que produce la ausencia disolviendo los esponsales; esta materia ha sido objeto de diferentes disposiciones del Derecho romano, ha sido también considerada en el canónico, y ha motivado una resolución muy importante en las leyes de Partidas. Tratada por otra parte con especial predilección por los intérpretes y pudiendo suscitar dificultades en la práctica, no podemos prescindir de tratar de ella en toda la extensión que abarca. Comencemos por el Derecho romano: al tratarse en el Digesto de los esponsales, entre las justas causas que pueden retardar su cumplimiento, se cuentan las peregrinaciones que se hacen por

(1) Leyes 4.ª y 18.ª, tit. 4.º, libro 2.º del D.  
TOMO IV.

(1) Ley 1.ª, tit. 4.º, Part. 4.  
68

necesidad (1), lo cual significa claramente que ni la ausencia ni la necesaria como la voluntaria no podia eximir al esposo de cumplir su compromiso sin que la otra parte contratante quisiera tambien romperle; pero como la ausencia necesaria mereciera cierto favor, se autorizó por ella, no la disolucion, sino la dilacion de los esponsales. De muy distinto género son las disposiciones que hallamos en el Código de Justiniano; por una parte se establece que cuando el varon desposado dejase pasar dos años habitando en la misma provincia, sin efectuar el casamiento convenido, pudiera la esposa sin fraude ni obstáculo verificar otro matrimonio (2); y por otra que pudiera hacer lo mismo á los tres años de peregrinacion de su esposo (3). Como se ve estas leyes hablan ya de disolucion de los esponsales por razon de ausencia, y distinguen en esta la que se aproxima á la presencia y la que se hace por peregrinacion á mayor distancia; pero fuera de esta pequeña diferencia las dos disposiciones se fundan, como su mismo contesto lo convence, en igual razon, á saber: el de que la muger no sea condenada á dejar pasar el tiempo en que tiene proporciones de verificar su enlace: *ne opportunum nubendi tempus amittat*. Por esto no se concede al varon facultad de separarse de los esponsales contraidos por ausencia de la muger: por esto, y en beneficio de ella misma, no se señalan los términos de dos ó tres años para que una vez cumplidos queden disueltos los esponsales, sino que, el valor de estos está pendiente, y solo se estingue cuando efectúa su enlace la desposada: hasta entonces no queda libre su esposo.

Veamos ahora lo que establecieron las Decretales: redúcese á que cuando los que, mediante juramento, se obligaron á unirse con una muger se ausentaran de aquel territorio, pueda esta libremente unirse con nuevos vínculos, si bien quedando sujeta

á la penitencia del perjurio, en el caso de que por causa de ella no se haya llegado á efectuar el matrimonio (1). Esta disposicion es á nuestro juicio demasiado absoluta y al mismo tiempo muy incompleta. No hace distincion de ausencias, sino que toma el supuesto de la ausencia en general; y sobre todo incurre en una grave omision, cual es la de no fijar tiempo corto ni largo en que se dé la facultad para separarse de los esponsales. Así es que los glosadores de las Decretales han tratado de restringir, de precisar la vaga y genérica disposicion del papa Alejandro III, y se han esforzado en sostener que por ella no debian entenderse derogadas las leyes del Código de Justiniano de que antes hemos hecho mérito; no nos toca tomar parte en esta cuestion, siendo suficiente á nuestro objeto hacer notar que el espíritu que predomina en la Decretal mencionada no puede negarse que es exactamente el mismo que presidió á las leyes del Código; el favor, el privilegio de la muger, cuyos enlaces se quisieron facilitar.

Sentados estos antecedentes entremos en el exámen de nuestro derecho, en el cual no se encuentra otra disposicion sobre la materia que la que consignan las Partidas. Hízose en estas, como acostumbraban sus autores, una fusion del Derecho romano y del canónico; pero en esta parte fué el legislador bastante feliz, mucho mas si se repara en la originalidad que demuestra; de suerte que quedó establecida una regla mas cierta, completa y plausible que las contenidas en los Códigos romanos y canónicos. Tratándose de las razones porque se disuelven los esponsales (2) enumérase entre ellas la ausencia de uno de los esposos, de suerte que se ignore su paradero, que no se sepa donde buscarle, porque entonces el otro debe aguardar hasta tres años, transcurridos los cuales sin que el ausente regrese, podrá pedir licencia para casarse, la cual deberá serle concedida haciendo penitencia por el juramento con que se hu-

(1) Ley 17, tit. 1, lib. 25 del Dig.

(2) Ley 2, tit. 4, lib. 5 del Cód.

(3) Ley 2, tit. 17 id.

(1) Cap. 5, tit. 1, lib. 4 de las Decretales.

(2) Ley 8, tit. 1, part. .

biere ligado en el caso de que el matrimonio no se haya verificado por su culpa. Hé aquí llenos varios vacíos que se notaban en el derecho hasta entonces conocido: se estableció un plazo fijo; se tomó por base la ausencia mas digna de considerarse en la materia, la ausencia incierta, y de cuya mención espresa se había prescindido anteriormente; se equipararon el varon y la muger y se niveló el derecho que estaba indicado en favor de esta; se buscó un medio aunque formulario, decoroso para disolver un compromiso respetable; en fin, se tocó tambien el caso de la culpabilidad de alguno de los desposados. Sin embargo, aun pueden ocurrir algunas dudas para la completa inteligencia de esta ley. La ausencia cierta ¿qué efecto producirá en la subsistencia de los esponsales? Los tres años señalados para la incierta, ¿desde cuando comenzarán á contarse? Una vez trascurridos, ¿cómo y ante quién se habrá de pedir la licencia para el casamiento? En fin, ¿en qué sentido debe entenderse el cumplimiento de la penitencia? Aclararemos todos estos puntos que embarazan algun tanto á primera vista.

Como dejamos dicho, la ley de Partidas no cuenta entre los motivos de disolucion de los esponsales sino la ausencia incierta; este silencio que guarda respecto á toda otra ausencia, hace ver patentemente que ha sido el ánimo del legislador excluirle. El que se ausenta y consta su paradero puede ser buscado y reconvenido para que cumpla los esponsales que celebró, puesto que no son en suma sino un contrato que descansa en la voluntad de las dos personas que en él intervinieron, y no únicamente en la del ausente. Y en esta parte no nos desagrada la opinion que manifiesta Gregorio Lopez, apoyándola en la de otros intérpretes anteriores, segun la que conviene hacer distincion entre la ausencia necesaria y la voluntaria. Esta distincion produce los mismos efectos que indicamos al esponer antes la ley del Digesto: el ausente por causa necesaria, que en el presente caso creemos poder equipa-

rar con el que lo está por causa pública, podria ser no considerado como libre de los esponsales, pero si como colocado en una situacion en virtud de la que se dilatasen; lo cual no seria aplicable al ausente por causa voluntaria. Sin embargo, como quiera que estas reglas generales á pesar de su claridad y de su justicia aparentes no serian equitativas en la práctica algunas veces, ya que en el silencio de la ley admitamos la distincion sobredicha, creemos que debe conciliarse con el arbitrio prudente de los tribunales, los cuales con mas seguridad y acierto podrán decidir en cada caso á qué ausentes deberá otorgarse un plazo de dilacion para el cumplimiento del contrato de esponsales.

Da tambien lugar á dudar el cómputo del término de los tres años que la ley señala para que se aguarde al esposo ausente. ¿Han de comenzar desde que este partió de su domicilio, desde que emprendió su viaje, ó no empiezan á correr sino desde la última noticia que se recibió de su existencia y paradero? ó lo que es lo mismo, el plazo de los tres años, ¿comprende el tiempo de ausencia cierta y el de la incierta, ó solamente el de esta última? Nada podemos inferir de la letra de la ley, que dice únicamente que cuando alguno de los desposados «se va á otra tierra, é non lo pueden fallar»..... «debe el otro esperar fasta tres años;» pero lo que no espresan las palabras de este testo parece que se infiere de su espíritu. Quiso el legislador tratar y en efecto trató tan solo de la ausencia incierta, prescindiendo de la cierta y proponiéndose en esta parte que no se disolviese fácilmente el vínculo de los esponsales; pero adoptando la opinion de que el plazo comienza desde el día de la salida podria fácilmente suceder que mas bien la ausencia cierta que la incierta fuera motivo de concluir el pacto esponsalicio, y que esta conclusion se verificara demasiado pronto: porque bastaria por ejemplo, que durante dos años y gran parte del tercero se conociese la residencia del ausente, si al final de esto se ignoraba. A nuestro entender, pues, los tres años de-



berán contarse desde que se tuvo la última noticia del que salió de su domicilio, desde que pasó de ausente cierto á ausente incierto. Parece que esta inteligencia produce un inconveniente, á saber, que es posible el caso de que el esposo tenga que aguardar al ausente demasiado tiempo, doble quizás que el de tres años por la ley señalados, haciéndose así para él muy duradero el vínculo de los esponsales y gravoso por lo tanto, puesto que podría tener ocasiones favorables de otros enlaces ventajosos en que no le sería lícito comprometerse. Sin embargo, aunque está en lo posible que así llegue á suceder, nunca será la dilacion imputable á la ley, ni consecuencia necesaria, inevitable de la inteligencia que la damos; lo será únicamente de la propia apatía. Quien ligado por el contrato de esponsales á otra persona la vé alejarse con indiferencia, sabe que reside en punto determinado y sin embargo no le reconviene al cumplimiento de su promesa, no puede culpar á nadie mas que á sí mismo de dilacion: su situacion será con efecto poco grata, pero nadie mas que él se la ha buscado. Por disposicion de la ley, y disposicion cuerda y prudente, solo tiene que aguardar los tres años de la ausencia incierta; todo otro tiempo de ausencia conocida, por largo que sea, mantiene eficaz la promesa, y queda al interés y al arbitrio de los promitentes el realizarla ó quedar libres de ella. No encontramos por tanto injusticia ni inconvenientes verdaderos para abandonar la interpretacion que dejamos indicada acerca del cómputo del tiempo de ausencia por el que los esponsales se disuelven.

Pero la ley de Partidas no ha fijado el término trienal para que produzca *ipso jure* la disolucion del contrato; preciso es para esto que se llene una formalidad, cual es que el esposo abandonado pida licencia para celebrar matrimonio distinto del contratado: formalidad puramente nominal, puesto que la ley añade que esa licencia debe ser concedida. A propósito de ella ocurre preguntar si está vigente todavía esta ley,

y si en caso de estarlo ha de ser exigido su cumplimiento ante la autoridad civil ó ante la eclesiástica. Sencilla es la solucion de estas dudas. La licencia á que la ley alude es claro que está vigente, y aunque no se hubiera espresado, su peticion se hallaria implícitamente incluida entre las demas formalidades que tiene que cumplir previamente el que quiere contraer matrimonio. Para que este se autorice, menester es que conste que no tiene impedimento alguno el que va á celebrarlo; y en el caso presente buen cuidado tendrá el que se halla libre de los esponsales de alegar su disolucion para que se allane toda dificultad á su enlace, lo cual no pasará tampoco desapercibido, aunque por su parte no se alegara. La peticion y concesion de la licencia no son cosas especiales, sino uno de tantos requisitos previos, uno de tantos trámites preliminares que anteceden á la celebracion del matrimonio. Por lo demas no cabe duda acerca de la autoridad ante la que habrá de solicitarse y obtenerse la licencia; no se trata ya de la mera disolucion del contrato público y civil de los esponsales, cuya disolucion declara la ley; trátase, sentado este supuesto, de proceder sobre él á celebrar un matrimonio, y esto es sin disputa del resorte esclusivo de la autoridad eclesiástica.

En cuanto á la penitencia de que habla tambien la ley de Partida respecto al esposo que por ausencia del otro quiere contraer matrimonio en el caso de que el anteriormente pactado no se efectuase por su culpa, es punto que no nos corresponde tratar con detencion. Sea suficiente indicar que no serán frecuentes los casos en que aparezca culpable uno de los desposados y en que trate de eludir la obligacion cuando el otro se ausenta sin reclamar fraude, sin manifestar sospecha alguna. Aun prescindiendo de esto, es de reparar que la ley, siguiendo la decretal de Alejandro III, de que hicimos mencion, procede en el supuesto, no de la celebracion de meros esponsales, sino de esponsales en que intervino juramento; solo existiendo este y

como pena del perjuicio procedería la imposición de penitencia al desposado culpable. Pero repetimos que no es de interés estenderse en esta materia, la cual sobre ofrecer escasa aplicación, es mas bien propia del foro interno que del externo.

De los esponsales pasemos al matrimonio, y comencemos por averiguar si puede celebrarse entre ausentes. Por derecho romano estaba admitido este principio sin dificultad; sin embargo, tenía cierta particularidad su aplicación. Era si no necesaria, al menos frecuente y generalizada la entrada de la muger en la casa del marido (*deductio in domum mariti*) cuando se celebraba el matrimonio en señal de la unión de los cónyuges, y de la absorción de la personalidad de la muger por la del jefe de la familia: de aquí resultaba que el varón ausente podía contraer nupcias por medio de cartas ó de enviado, lo cual no era permitido á la muger ausente (1), segun espresa con suma concisión el jurisconsulto Paulo, cuando dice: *Vir absens uxorem ducere potest; femina absens nubere non potest* (2). Por lo demas, era tan válido, tan verdadero el matrimonio que el varón ausente contraía, que caso de morir antes de reunirse á su muger debía ser llorado por esta, con lo que podia darse la anomalía de que una doncella tuviera dote y acción para repetirla (3).

A imitación de los romanos admitió el derecho canónico y el derecho civil español el matrimonio entre ausentes, si bien ya no podemos en ellos señalar la distinción enunciada, como que la faltaron los principios característicos y especiales que dominaban en el pueblo-rey. Las Decretales y nuestras leyes de Partidas hacen mención y autorizan la celebración del matrimonio por procurador. Pero como quiera que el Concilio de Trento posterior á unas y á otras haya prescrito como solemnidad indeclinable para la validez del matrimonio la presencia del párroco, y declarado absolu-

tamente inhábiles á los que de otro modo le contraigan, preciso es poner en claro si por esta disposición se ha quitado la capacidad á los ausentes, si se ha prohibido la intervención de procurador que les represente en un acto tan solemne é importante. Nada ha estado mas lejano de la mente de los padres tridentinos. Estos sin mezclarse en la forma bajo que se había de prestar el consentimiento, exigieron únicamente que fuera espresado á presencia del párroco y de testigos: su objeto fué estirpar los matrimonios clandestinos, anulando todos cuantos se celebrasen sin aquella publicidad. Y ¿por ventura se defraudan tales objetos porque sea un procurador el que provisto de un poder suficiente haga cuanto se exigiria al poderdante? ¿Se deja de espresar un verdadero consentimiento, se sus-traen los contratantes á la autoridad del propio párroco, se elude la presencia de este y de los testigos, se disminuye en lo mas mínimo la publicidad del acto? No ciertamente: hecha de ese modo la celebración del matrimonio, queda tan ajustada á las prescripciones del Concilio Tridentino, se hace tan conocida y manifiesta como sucederia si no se hubiera enviado procurador, y el poderdante hubiera concurrido personalmente. No ha derogado por lo tanto el Concilio de Trento el matrimonio por procurador, y si para convencerse de ello no bastaran las razones que dejamos espuestas, ni la opinion general de los intérpretes del derecho canónico y del civil, invocariamos la práctica de la Iglesia, que en el largo periodo transcurrido hasta nuestros dias, no solo ha consentido, sino que ni ha mirado desfavorablemente los matrimonios entre ausentes; y lejos de reputarlos nullos les ha dado los mismos efectos y consecuencias que los contraídos por presentes. La rectificación posterior en nada altera estos principios.

Subsisten por lo tanto vigentes las disposiciones canónicas y civiles que contienen la forma en que los ausentes pueden contraer matrimonio; y por lo tanto debemos tratar del examen de tan importante

(1) Ley 5, tit. 2, lib. 23 del Dig.

(2) Sentent. recept. lib. 2, tit. 19, párr. 8.

(3) Leyes 6 y 7, tit. 2, lib. 23 del Dig.

materia, á la que nos remitimos cuando anteriormente hablamos de la celebracion de los esponsales. Que los ausentes pueden contraer matrimonio por medio de personas que les representen, lo mismo que si estuviesen presentes, no arrepintiéndose el que envió el procurador antes que el otro á quien le envia haya consentido: tal es lo que disponea las leyes de Partidas (1). Mas esplicito el derecho canónico, tiene establecido que el procurador necesita poder especial para contraer matrimonio, cuyo poder no le será lícito delegar á no ser que á ello le facultara especialmente su poderdante; y que si antes que el procurador contrajese, el mandante hace revocacion, será de ningun valor el matrimonio que despues celebrara aquel, aun cuando ni él ni la otra parte contratante tuvieran el menor conocimiento de la revocacion (2). Esta Decretal de Bonifacio VIII, posterior á las leyes de Partidas, es la que debe servir para suplir las omisiones que en estas se advierten, y para fijar el sentido que parezca dudoso. No es esta interpretacion estraña ni arbitraria bajo ningun concepto; porque aunque sea cierto que el derecho canónico no tiene autoridad bastante para ser citado en la práctica en materias civiles, falla esta regla en las que al matrimonio se refieren, las cuales están sometidas á las disposiciones canónicas. Por esta razon combinando la ley de Partidas con la Decretal de Bonifacio VIII encontraremos bases sólidas sobre que desenvolver la doctrina del matrimonio entre ausentes, desarrollo en el que seguiremos las huellas de los espositores regnicolas de mas nota y criterio.

No bastará al ausente que trate de contraer matrimonio otorgar un poder general; sabido es que en el derecho es este insuficiente cuando se trata de actos y obligaciones de gravedad y de consecuencia que puedan llegar á ser perjudiciales al poderdante. El matrimonio es un compromiso de esta naturaleza: uniendo á los cónyuges

para toda su vida, y llevando tras de sí deberes y cargas de mucha trascendencia, bien se concibe cuan necesario es que exija un poder especial, como ya establecieron los romanos (1). Aun puede decirse que ni siquiera es suficiente un poder especial, sino que se requiere que sea singular, especialísimo; porque nada conseguiria el ausente con encargar á un apoderado que contrajese á su nombre matrimonio; semejante poder aunque dado para objeto determinado seria inadmisibile, porque en virtud de él no constaria el verdadero consentimiento entre dos personas ciertas, sobre cuya base descansa el matrimonio; y así para que surta efecto el poder, el ausente tendrá que espresar primeramente su voluntad de celebrar matrimonio, y despues designar clara y especialmente la persona con la que quiera enlazarse, de suerte que no quede la menor duda sobre su eleccion espontánea.

Por lo que hace al procurador que representa la persona del ausente no puede sustituir su poder á no ser que tuviera para ello facultad especial, y en este caso determinada la persona. Es un asunto tan delicado, tan grave el de la celebracion del matrimonio, que no puede admitir la sustitucion libre del mandatario: supónese, y con razon, que en el mero hecho de haber sido este, y no otra persona, el designado por el ausente, en él se ha depositado una confianza particular, personalísima, de la que abusaria el favorecido si delegase sus facultades en quien quizás no fuera del agrado del ausente. Aseméjase este caso á aquellos en que se busca el talento, la habilidad, la industria, la probidad, la posicion de una persona, y no es por lo tanto estraño que se haya prohibido la sustitucion del poder. Por lo que se refiere al modo con que ha de contraer el matrimonio el procurador, baste decir, que ha de cumplir exacta y escrupulosamente el mandato recibido, y espresar claramente que obra en virtud de este mandato. Nues-

(1) Leyes 13 del tit. 1 y 5 del tit. 2 de la Part. 4.

(2) Cap. 9, tit. 19, lib. 1 del 6 de Decretales.

(1) Ley 34, tit. 2, lib. 23 del Dig.

tros intérpretes aunque en último resultado se conforman con esta doctrina, aconsejan que el procurador adopte una fórmula en cuyas palabras haya un enlace mas íntimo con la persona del ausente que con la suya, y en que aparezca mas que como procurador como un mero enviado ó nuncio; así prefieren la fórmula: «Antonio »te recibe por muger por medio de mi» á la de: «Yo te recibo por muger á nombre »de mi poderdante Antonio (1).» Aunque reconocemos y aplaudimos el deseo de exactitud y de escrupulosidad que ha promovido esta advertencia, no nos detenemos en ella por no ser muy interesante en la práctica.

Llegamos al punto mas importante que presenta la materia del matrimonio entre ausentes, ó sea á la regla segun la cual no surte valor alguno el matrimonio que el apoderado contrae cuando ha precedido arrepentimiento del ausente, por mas que este arrepentimiento no haya llegado á noticia del procurador ni de la persona con quien contrajo. Esto es una especialidad notable que se aparta de los principios generales, en virtud de los que carece de eficacia la revocacion del mandante cuando no ha llegado á conocimiento del mandatario, pero una especialidad que se explica satisfactoriamente á poco que se considere la índole del acto de que se trata: el matrimonio es un contrato en que se atiende más que en ningun otro al consentimiento, y de aquí el que los intérpretes hayan mirado al procurador en estas materias como un mensajero, como un mero instrumento y órgano, cuyas palabras son inútiles si al mismo tiempo en que se pronuncian falta el consentimiento que es el alma y la esencia del matrimonio; de suerte que este deriva su nulidad mas que de la revocacion, del mismo hecho de faltar voluntad de contraerle. Y basta reflexionar las consecuencias que seguirian de dejar en pie un enlace válido en apariencia, pero que desde

su mismo origen descansa en la voluntad de uno solo, enlace que ya repugna y pronto odiaria el ausente, para comprender con cuanta prudencia y acierto ha admitido el derecho el efecto de la revocacion con tal que preceda al acto de celebrarse el matrimonio y sin atender á ninguna otra circunstancia.

Este principio, y sobre todo el pensamiento que encierra, no debe pasar desapercibido si se ha de conocer su estension y las importantes consecuencias que de él se derivan. ¿De qué serviria, por ejemplo, que el poderdante se ligara con juramento á no hacer revocacion? Si despues, mas examinado el compromiso que iba á contraer, se convence de que debe separarse de él, si su voluntad es manifiestamente contraria al enlace que en un principio pudo parecerle conveniente, si espresa su arrepentimiento, no podrá obligársele á pasar por el acto á que procedió su procurador, siempre que haya sido anterior el cambio de voluntad. El juramento no puede surtir efecto en tales casos, porque entonces se incurriria en el absurdo de que daria eficacia á un acto que ni estaba perfecto ni consumado, sino solo pensado cuando se prestó. ¿No seria extraordinario y aun chocante que el hombre abdicara su libre albedrío, y se comprometiera á no mudar de voluntad cuando aun no ha hecho promesa alguna, cuando no ha contraido ninguna obligacion? El consentimiento en el matrimonio se exige al tiempo en que se celebra; y así como despues la falta de él no le anula, tampoco antes le puede hacer válido.

Tambien deducimos del principio que antes dejamos sentado, no ser necesaria la revocacion espresa del poder conferido para contraer matrimonio, sino que bastará que el ausente haya manifestado de cualquier modo, si bien cierto y positivo, su voluntad de desistir del enlace proyectado para que este sea nulo si con posterioridad hubiera llegado á efectuarse. Así, por ejemplo, si el ausente dió un segundo poder para casarse con otra persona, si llegó á enlazarse efectivamente, no puede caber duda de

(1) Gregorio Lopez en la glosa 8 de la ley 5, tit. 2, Part. 4, y Diego Covarruvias en su *Epitome in quartum Librum Decretalium* parte 2, cap. 4, núm. 8.

que esta revocacion, aunque tácita, es tan poderosa, quizás mas todavía que la que espresa y solemnemente hubiera podido hacerse. Tal es la doctrina generalmente seguida por los intérpretes, y que adopta tambien nuestro juriconsulto Covarruvias (1), doctrina por otra parte que ha prevalecido en la práctica, y que tiene en su favor una constante jurisprudencia de los tribunales españoles, revelada por casos notables, algunos de los cuales cuentan no ya años, sino hasta siglos de antigüedad (2).

Peró puede suceder que á pesar de no

(1) En su obra citada núm. 11 de la misma parte y capítulo.

(2) A propósito de lo que esponemos, no será inoportuno referir un caso notable por las personas que en él intervinieron, por las circunstancias particulares que le acompañaron, y por la gravedad de su conjunto, todo lo cual contribuyó á darle celebridad é interés. Ocupábase de él algunos antiguos juriconsultos, y no creíamos fuera de propósito darle lugar en nuestra Enciclopedia. Hé aquí como ocurrió el caso á que aludimos: el duque de Alba obligado por las reiteradas instancias y sugerencias de un hermano de su abuelo, dió poder para casarse con una hija del duque de Alcalá que se hallaba ausente. Desde el mismo momento del otorgamiento del poder, manifestó su disgusto bien á las claras; disgusto que aumentándose de dia en dia, le resolvió por fin á abandonar el cumplimiento del enlace á que estaba comprometido, y á contrair otro que fuera mas de su agrado. Resolvió pues casarse con una hija del duque del Infantado; y habiéndola pedido en matrimonio, quedó este pactado y resuelto. Con esta seguridad llamó el duque de Alba á su abogado para que redactara la revocacion espresa y solemne del mandato que antes otorgara; vino el letrado despues de haberse hecho aguardar toda la mañana, y por fin se estendió la solemne y formal revocacion. Pero en aquel mismo dia, y solo dos horas antes de la revocacion espresa, el procurador del duque de Alba habia celebrado el matrimonio con la hija del duque de Alcalá. Contrajo tambien despues personalmente el duque de Alba con la del Infantado. De aqui surgió una grave cuestion iniciada por parte del duque de Alcalá: ¿era válido el matrimonio contraido por procurador, ó el contraido personalmente por el duque de Alba? Parecia por una parte que debia serlo el primero por ser anterior en tiempo, y por no hallarse aun revocado espresamente el poder del procurador; pero por otra parte parecia tambien que el segundo era válido por la voluntad decidida del duque, y por el disgusto y mareada repugnancia á cumplir con un poder que no muy á su gusto habia otorgado. El pleito comenzado se siguió por todos sus trámites y se dilucidó con gran esmerpulosidad: los abogados hicieron alegaciones llenas de erudicion y de doctrina, en que tocaron todos los puntos de la cuestion, todas las circunstancias que en el caso concurrían: consultóse á los mas célebres juriconsultos, en especial á los de Salamanca. Pero al cabo de todo, resultando plenamente probadas las influencias que habian ejercido en el ánimo del duque de Alba, y sobre todo, puesta en evidencia la revocacion tácita que con señales inequívocas habia hecho del poder, en última instancia se decidió la validez del matrimonio contraido entre el duque de Alba y la hija del duque del Infantado, y en consecuencia nulo el que se habia verificado á nombre de aquel con la de Alcalá. Así se consignó en la sentencia definitiva dictada en el año de 1595 en el Consejo del rey, por siete jueces apostólicos que habian sido electos por D. Felipe II, siendo muy de notar que la sentencia se pronunció por completa unanimidad. Esta relacion puede verse mas estensamente en el tratado de *Matrimonio* de Juan Gutierrez, canónigo de Ciudad-Rodrigo y abogado de Plasencia, que fué uno de los jueces del pleito (cap. 46); y en la obra de *Ritu nuptiarum* que escribió Francisco Molino, juriconsulto de Lérida, el cual asegura haber visto las consultas del mismo pleito. (Lib. 1, comp. 25, núm. 25.)

haber habido revocacion espresa ó tácita por parte del ausente antes de la celebracion del matrimonio, existan dudas acerca de la validez de este, y dudas de bien difícil resolucion. Aludimos al caso que proponen tambien los intérpretes de que el ausente se volviera demente en el intermedio del otorgamiento del poder y de la celebracion del matrimonio. No faltan quienes suponen este matrimonio tan válido como si el ausente estuviera en cabal juicio, y aducen para probarlo ejemplos y razones. Así como el que quiere recibir el bautismo es bautizado aunque le sobrevenga demencia, así como el furioso retiene la posesion en cuanto al ánimo de poseer (1), así tambien subsiste el matrimonio del ausente. A lo cual añaden que no se requiere el consentimiento real y efectivo en el acto de la celebracion, sino que basta que exista virtualmente, como existe en el loco ausente, lo mismo que en el ausente ocupado ó dormido, á cuyo matrimonio nadie ha pensado en negar la validez. Insisten en fin en que el procurador es un mero órgano para espresar el verdadero consentimiento, esto es, el consentimiento que recibió cuando fué nombrado, que es al tiempo á que segun ellos se debe atender.

Tales son los argumentos que han discurrido varios intérpretes; pero si en otros puntos que anteriormente hemos tocado, les hemos seguido y adoptado su opinion y sus razones, en el que actualmente ventilamos tenemos una conviccion enteramente contraria. En primer lugar no vemos esa analogia que tan inoportunamente se quiere establecer entre el bautismo y el matrimonio; ambos son ciertamente sacramentos, pero separados por grandes diferencias entre las que descuella la de que el bautismo es un sacramento necesario para pertenecer al gremio de la Iglesia, lo cual por sí solo es bastante para destruir por su base la induccion que de él se hace al matrimonio. Y no es menos inadmisibile e ejemplo tomado de las leyes romanas sobre

(1) Ley 27, tit. 2 y párr. 4 de la 31, tit. 3 del lib. 4 del Digesto.

la retencion de la posesion. Ellas establecian que el que poseyendo comenzaba á estar demente no perdía la posesion, porque ni en un hecho ni tampoco en ninguna presuncion podia fundarse que queria abdicar la intencion de poseer; y si el derecho no hubiera adoptado ese principio, grandes perjuicios hubieraa sobrevenido al que tuvo la desgracia de caer en demencia: de quitarle esa posesion hubiérale sido despues imposible el recuperarla. Pero ¿es esto lo que sucede respecto al matrimonio del ausente furioso? ¿Estaba ya casado, así como el otro demente estaba ya en posesion? ¿pueden sobrevenirle aquellos perjuicios, impidiéndole que cuando recupere la razon vuelva á casarse? Y sobre todo la incapacidad de prestar ó de revocar el consentimiento en la posesion, ¿puede entrar en parangon con esa incapacidad en el matrimonio? Ciertamente es que el dormido tampoco tiene su atencion al tiempo en que el apoderado contrae por él; pero el furioso sobre no tenerla, está incapacitado para ello; y entre ambas cosas hay una inmensa distancia que no se puede quitar sin incurrir en el absurdo. Ni se alegue que el procurador es un mero instrumento, un mero anuncio; porque de esto se deduce todo lo contrario de lo que pretenden los que parten de ese principio, á saber, que se atiende al tiempo de la celebracion para conocer el consentimiento y en manera alguna al tiempo del otorgamiento del poder. Hay mas todavia: los intérpretes á quienes combatimos han caido en una verdadera contradiccion: defienden por una parte que la revocacion expresa ó tácita del ausente, anterior al matrimonio, le invalida aunque no sea conocida, porque se fijan en la falta de consentimiento al tiempo de la celebracion, y prescindan del tiempo en que se dió el poder; al paso que por otra parte defienden la validez del matrimonio del ausente furioso, porque se fijan en la existencia del consentimiento al tiempo en que se dió el poder, y prescindan del tiempo de la celebracion.

En suma, nosotros vemos en la cuestion propuesta dos hechos innegables: uno que

el consentimiento del ausente no ha sido revocado, otro que cuando el procurador está verificando el matrimonio el poderdante se halla inhábil para dar el consentimiento, que es la esencia de aquel acto, y ni siquiera puede comprender qué es lo que pasa á su nombre y se está haciendo, ni siquiera recordar lo que él hizo. No ya las leyes ni la equidad, sino el sentido comun se revelaria contra la validez de un acto en que exigiéndose dos voluntades, ni hay ni puede haber mas que una. Pero los intérpretes no solo cayeron en este error, sino que llegaron á hacer alarde de una opinion que aunque fuera conforme al derecho debieron abandonar como repugnante y que mengua la dignidad del hombre, la del contrato y la del sacramento. ¿Cómo podria nunca autorizarse la validez de un acto en virtud del cual el que unió su consentimiento al del procurador reciba en vez del esposo á que aguarda, un sér miserable que solo tenga de hombre la figura? ¿No seria esto dar mas fuerza á la ficcion que á la verdad? Demos el valor y la significacion que en sí tienen á los vínculos conyugales y abandonemos opiniones abortadas por el error y antipáticas á los buenos sentimientos de la humanidad.

Hemos ya explicado el medio que el derecho reconoce y admite para que los ausentes puedan contraer matrimonio. Visto que este medio es de otorgar su poder especial, y cumpliéndose los demas requisitos que quedan manifestados, debemos ahora examinar si habrá otro medio análogo igualmente legitimo para efectuar el matrimonio de los ausentes. A nuestro entender no le hay: así el derecho canónico como el civil, no mencionan sino el de procurador. Hacer una interpretacion lata para idear otro medio seria inútil, arbitrario y peligroso; inútil, porque existiendo ya el medio válido del procurador al que ninguno está impedido de apelar, ¿á qué introducir otro que no podria dar resultado mas ventajoso? Arbitrario, porque á pretexto de interpretacion se induciria una verdadera novedad en que no pensó, ó que quiso re-

chazar el legislador; peligroso en fin porque el medio que se quisiera introducir en la práctica necesitaria reglas sobre su uso, como hemos visto que las necesita el de procurador, y esas reglas serian ilusorias, dado caso que se fijaran, y darian solo ocasion á las dudas sin término de los intérpretes. Por esto creemos que actualmente no sea válido el matrimonio por cartas que algunos conceptúan tan legítimo como el contraido por procurador: verdad es que el Derecho romano le tenia admitido, pero por lo mismo no es sostenible entre nosotros; aquel derecho hacia de él mencion espresa (1), al paso que el nuestro y el canónico guardan completo silencio; por otra parte es sabido que el Derecho romano no tiene autoridad sino en quanto está adoptado por las leyes nacionales. Y aun los mismos autores que admiten la validez del matrimonio por cartas, se ven en la necesidad de confesar que es mas cuerdo y seguro contraerlo por procurador.

Terminada ya la materia de la celebracion del matrimonio entre ausentes, pasemos á considerar los efectos principales de la ausencia una vez verificado el matrimonio. No hay para qué detenerse en explicar cuando existirá esta ausencia: fácilmente se comprende que se atiende al domicilio del marido, porque la muger desde que se casa no le puede tener por sí; siempre, pues, que el marido ó la muger estén en otra parte, serán reputados por ausentes.

Veamos primeramente como influye la ausencia en la percepcion y division de los gananciales. Conceptúanse como tales los bienes que el marido y la muger compraren ó ganaren *de consuno* (2) *estando en uno* (3), *estando de consuno* (4); estas palabras de que nuestras leyes se valen, indican ciertamente algo mas que la mera celebracion del matrimonio, porque si esto solo significaran serian una redundancia vana despues de hablarse de los cónyuges y calificarlos con los nombres de marido y muger.

(1) Ley 5, tit. 2, lib. 23 del Dig.

(2) Ley 1, tit. 5, lib. 5 del Fuero Real.

(3) Ley 203 del Castillo.

(4) Ley 1, tit. 4, lib. 10 de la Nov. R econ.

No pueden por lo tanto significar mas que la union de los cónyuges bajo un techo comun, su mútua cohabitacion, la coparticipacion de sus respectivas fortunas; interpretacion adoptada por los mas juiciosos intérpretes, tales como Covarruvias (4) y que se adapta perfectamente á los motivos y á la índole de la institucion de los gananciales. La ausencia, segun se deduce de lo que decimos, puede ser causa de que los frutos de los bienes de los cónyuges y las adquisiciones que hagan sean propiedad esclusiva de cada cual sin tener el concepto de gananciales, sin dividirse entre ambos. Pero es menester no partir de ligero, ni encerrarse en principios absolutos, no sea que á toda ausencia se atribuya la suspension de la sociedad de gananciales, cosa que á nuestro juicio seria un error que si en todo rigor podria hallar apoyo en la letra de la ley, falsearia por completo su espíritu y su razon.

Cuando aunque se ha contraido matrimonio los cónyuges están ausentes, y no se han reunido ni comunicado sus bienes, cuando los patrimonios de cada cual subsisten con la misma independenciam que antes del casamiento, cuando tanto uno como otro viven exclusivamente por su cuenta, falta el motivo y el fundamento de los gananciales. Lo que produzcan los bienes será accesion de estos bienes; lo que uno ú otro compren, suyo será por completo; así pues la ausencia tiene en suspenso la sociedad legal, porque esta no es consecuencia de la mera celebracion del matrimonio, sino de la reunion de las personas y de los bienes.

Pero y en el caso de que, ya reunidos, se ausente alguno de ellos, ¿se volverá á suspender la percepcion y division de los gananciales? Entendiendo literalmente las frases «estando en uno, estando de consuno» parece que deberiamos sacar aquella consecuencia. Sin embargo este caso es esencialmente distinto del que anteriormente propusimos; ya las personas

(4) *Epitome quartum librum Decret.* parte 2, cap. 7, párr. 4, núm. 6.

de los cónyuges se reunieron, aunque después se han separado momentáneamente; y sobre todo ya se comunicaron las fortunas, surtieron su efecto los pactos matrimoniales, y esa comunicacion, esos pactos no se alteran de modo alguno por la ausencia que después sobrevenga. Así es como las palabras *estando de consuno*, de que el derecho se vale, ni son tan latas que se refieran á la mera cualidad de cónyuges, ni tampoco estrictas hasta tal punto que requieran para la existencia de los gananciales la union constante y nunca interrumpida de las personas. Adoptar esta última inteligencia seria á nuestro entender perjudicial é injusto; puesto que un cónyuge, sabiendo que ausentándose hacia esclusivamente suyo cuanto adquiriese, tenia el medio mas seguro de defraudar al otro, apartándose de su lado cuando estuviera próximo el feliz éxito de su industria ó especulaciones, y esta desigualdad seria contraria á la índole del matrimonio, produciria recelos continuos entre los cónyuges alojando los vínculos que deben de unirlos, además de ser un manantial perenne de dificultades, de continuas vicisitudes é incertidumbres y de litigios odiosos.

Averiguado ya hasta qué punto influye en la sociedad legal la ausencia de uno de los cónyuges, veamos los efectos que surte la del marido, como jefe de la administracion de los bienes del matrimonio, y cabeza de la familia, ó lo que es lo mismo, veamos cómo varía la consideracion legal de la muger cuando su marido se ausenta. Si esta ausencia fuese corta y durante ella no ocurriera un negocio que interese concluir sin pérdida de tiempo, el marido, aunque ausente, es conceptuado como presente, y por lo tanto de tan insignificante ausencia, no se ha ocupado el derecho. Pero si no se esperase pronto el regreso del marido ó corriera peligro en aguardarlo, el juez, con conocimiento de causa y averiguando su legitimidad, necesidad ó provecho, puede dar á la muger licencia para cuanto el marido tendria facultad de dárse-

la, y lo que la muger hiciera autorizada de esta manera, será válido y subsistente (1). Hé aquí como nuestro derecho ha provisto á las necesidades y negocios del matrimonio, cuando falta el que hace cabeza en él, prueba elocuente que confunde á quienes pretenden rebajar la condicion de la muger y la creen incapaz de dirigir los negocios domésticos. El derecho español no ha admitido esa incapacidad: lo único que ha admitido, y esto debía admitirlo, es el principio de orden en el matrimonio, el cual exige la subordinacion y dependencia de la muger al marido; por esto, mientras este se halla presente, nada puede hacer aquella de lo que sea capaz de perjudicar á la sociedad legal, sin su licencia; por eso cuando se ausenta por largo tiempo, ó si hay razones de urgencia, aunque la ausencia sea breve, como que exigir su licencia seria perjudicial á veces, y siempre embarazoso, la ley ha dado al juez una intervencion protectora en la familia para que reemplace al marido y otorgue la licencia que él debería otorgar, para que de este modo se precavan los daños y perjuicios que la paralización de los negocios traeria al matrimonio.

Es esta materia demasiado importante para que prescindamos de esclarecerla como conviene, y así penetraremos en el verdadero sentido de la ley de Toro ya citada, en que se contiene toda ella, fijando cuando comienza la facultad de otorgar la licencia que se concede al juez, cómo deberá usar de esa facultad, dentro de qué límites se contiene, y en fin, los efectos que produce la licencia en virtud de la que obre la muger.

Siempre que se trata de llevar á cabo contratos ú otros actos que interesen concluir con urgencia, y de cuya dilacion pudiera seguirse perjuicio, puede la muger acudir en solicitud de autorizacion al juez y el juez debe concedérsela; esto es un caso en que no se ha de atender á la brevedad ó prolongacion de la ausencia: basta que

(1) Ley 15, tit. 1, lib. 10 de la Nov. Recop.



corra peligro en la tardanza y no esté presente el marido. Pero aparte de esto, la ley habla de las ausencias, en que no se espera un próximo regreso; lo cual puede suceder primeramente si se ignora el paradero del ausente, y no se tienen noticias de él, porque así como es posible que aparezca en su domicilio en breve, es también posible, y aun puede ser probable, que no se efectúe su regreso sino hasta después de largo tiempo; y en esta incertidumbre, siempre resulta que no hay fundamento para aguardar una pronta vuelta. Aunque el paradero del ausente sea conocido, si á pesar de esto hubiera emprendido un largo viaje y se encontrara en punto muy distante, puede de la misma manera tener lugar la autorización de la muger, puesto que á proporcion de la distancia ha de ser larga la vuelta. En fin, aun en el caso de hallarse el marido ausente en parage cercano, tendria igual facultad la muger, puesto que pudiera suceder que el marido se hallara ocupado en asuntos de tardía conclusion que no le fuera posible desatender. Todo esto sin duda ha querido comprender la ley al mencionar al ausente que «no se espera de próximo venir.» Mientras tanto notemos, que este caso y el anteriormente mencionado del peligro en la tardanza, no se expresan en la ley de una manera copulativa, sino disyuntiva, observacion que ahorra de cuestiones impertinentes y superfluas: de suerte que aun cuando no corra peligro en la tardanza, si no hay esperanza de pronto regreso, podrá y deberá la muger ser autorizada para administrar, contratar, etc.; y no podía menos de haber sido este el espíritu del legislador, pues de otro modo faltaria en el matrimonio una cabeza, un gefe, un administrador que velara por sus intereses y por la direccion de la familia.

Respecto á los negocios para cuyo seguimiento necesita la muger impetrar la autorización, parécenos evidente la inteligencia de la ley de Toro que estamos examinando, y la perfecta armonía que guarda con otras de la misma coleccion, referentes á la autorización de la muger por el marido. Para

contraer obligaciones, hacer renunciaciones y transacciones, presentarse en juicio, en una palabra, para todo aquello que no podria hacer estando presente su marido sin obtener licencia de este, para todo eso necesitará la autorizacion judicial; y por el contrario, todo lo que ella podria hacer presente su marido, por sí y ante sí, porque no cabe perjuicio próximo ni remoto para el marido, ni para la sociedad conyugal, como por ejemplo, aceptar una herencia á beneficio de inventario, recibir donaciones, etc., todo esto podrá también hacerlo ausente el marido sin necesidad de recurrir al juez. Es esta doctrina cierta y segura, como que se funda en la misma ley que no ofrece duda alguna cuando dice, que el juez puede dar á la muger la licencia «que el marido le habia de dar.» Así, conformarse con las leyes que de esta hablan y comprenderlas en su espíritu, y sin embargo, no comprender igualmente la de que tratamos que tan estrecha conexión y correlación guardan entre sí, es cosa inconcebible, á no dejarse llevar los que así proceden de un censurable prurito de presentar cuestiones y proponer dificultades infundadas y aéreas, con que confundir leyes claras de suyo con poco miramiento al legislador.

También la ley ofrece pauta bastante segura al juez cuando se implora su oficio por la muger. Su principal cuidado ha de dirigirse escrupulosamente á que la informacion, base del otorgamiento de la licencia, comprenda todos los extremos necesarios y que estos extremos aparezcan suficientemente probados. Tanto por la naturaleza de estas autorizaciones, como por tratarse de ausentes, será muy conveniente, y así lo ha reconocido la práctica, que se cite al promotor fiscal y que se oiga el dictámen que este emita, como antes se hacia con los procuradores síndicos, garantía de mayor acierto en asuntos que tocan tan de cerca á las familias. La informacion, segun de la ley se infiere, habrá de versar primeramente sobre la certeza de la ausencia segun hemos explicado esta, y después sobre el conocimiento de causa verdadera que sea

legítima, necesaria ó provechosa á la muger; si ambos extremos, que á veces tienen tanto enlace que llegan á confundirse, aparecieren suficientemente probados, el juez procederá á otorgar la competente autorizacion, que tanto puede ser especial como general, segun la naturaleza del caso lo exija; si no apareciere esta prueba, será denegada la peticion de la muger. Algunos de nuestros intérpretes, como Palacios Rubias y Acevedo, hablan de la conveniencia ó necesidad de que el juez en ciertos casos, antes de conceder la autorizacion á la muger, requiera al marido para que la conceda, y que solo la otorgue si la denegacion es injusta; pero creemos que en esta parte se olvidan de que se trata de un acto de jurisdiccion voluntaria y de sumaria resolucion, y sobre todo de un negocio civil en el que el juez no puede proceder de oficio á dar pasos semejantes. Desde luego, y esto lo reconoce el mismo Acevedo, cuando hubiere peligro en la tardanza, ó cuando se ignore el paradero del ausente, ó cuando la ausencia fuera á lugar lejano, seria imposible ó perjudicial por la dilacion que el juez requiriera al marido; y así procede únicamente que conceda ó deniegue simplemente la autorizacion, segun los méritos que la informacion y las circunstancias del caso requieran. Pero nosotros ni aun en el caso de que sin haber peligro en la tardanza no haya de regresar en breve el marido, admitimos la necesidad ni la conveniencia de que el juez haga á este intimacion alguna, antes por el contrario, creemos que esta seria un paso embarazoso que no cabe dentro de la ley ni es conciliable con el sistema que en la materia adoptaron las leyes de Toro. ¿Qué es la hipótesis que proponen los intérpretes, única á que se concretan y á que podian concretarse, sino el mismo supuesto de la ley que examinamos, esto es, la ausencia en que no se espera el pronto regreso aunque sea en paraje no lejano? Y por ventura, ¿hay alguna frase, alguna palabra en la ley que haga deducir el previo requerimiento del marido? ¿Se habla de otra cosa sino del conoci-

miento de causa, en que ciertamente no entra ese requerimiento? Por otra parte, no fueron tan poco previsores los legisladores de Toro que pueda presumirse que dejaran de mencionar esa diligencia si la hubieran conceptuado conveniente, cuando en otra de sus leyes hablando del marido presente que se niega sin razon á dar la licencia, atribuyeron facultad al juez de otorgarla, y al efecto encargan que antes requiera y compela al marido. Además, aun en el supuesto de que fuera conveniente conocer antes la voluntad del marido, no seria al juez á quien corresponderia hacer esta indagacion, sino á la muger que es la directamente interesada, la cual si no obtenia la licencia acudiria al juez, y este entonces solo podria requerir al marido, no en virtud de una solicitud de licencia por parte de la muger, sino por consecuencia del recurso que esta entablara contra la denegacion injusta. Insistimos, pues, en que no es necesario ni oportuno que se haga intimacion alguna al marido, puesto que este es reemplazado por el juez durante su ausencia. Lo que sí creemos conveniente es que en caso de que se dude si la ausencia va á terminar pronto ó á dilatarse, y siempre en el supuesto de que no haya peligro en la tardanza, señale el juez un término prudencial para aguardar al marido, cuyo término fenecido, si signiera ausente, conceda la licencia solicitada por la muger.

Hasta aquí hemos visto que la licencia del marido y la autorizacion del juez tienen gran semejanza, y que ambas, cada cual en su caso, se dirigen á igual objeto y recaen sobre igual materia. Sin embargo, tambien habrá podido notarse una diferencia, á saber, que á la licencia del juez debe preceder una informacion y un conocimiento de causa que no se necesitan cuando el marido autoriza. A esta diferencia, cuyo motivo no necesita explicarse, porque desde luego se percibe, debemos añadir ahora otra mas interesante y trascendental. El marido puede ratificar lo que hizo la muger cuando debiendo obtener su licencia, obró sin ella;

pero el juez no puede ratificar lo que en ausencia del marido hiciera la muger sin autorizacion judicial. Así, pues, la autorizacion del juez está reducida á mas estrechos límites que la licencia del marido; de ello convence palpablemente no solo la letra, sino el espíritu de la ley. Esta no habla de ratificacion, sino solamente de licencia otorgada por el juez, prueba evidente de que aquella está escluida y prohibida por la ley; además, exigiéndose para que el juez dé la licencia conocimiento previo de causa, requisito que la ley prescribe como esencial, no puede tener lugar la ratificacion porque versa sobre hechos consumados. Así los actos celebrados por la muger en ausencia de su marido, por este y por nadie mas son ratificables, lo cual es tanto mas justo cuanto que ya no se trata sino de un hecho verificado que ha de haberle sido ventajoso ó perjudicial, y cuya apreciacion queda reservada esclusivamente á su juicio; á él pues, toca decidir si pasa ó no por los actos que llevara á cabo su muger, si los ratifica ó quedan nulos.

Pero si en esto el marido es libre en aprobar ó desaprobar, no así respecto á los actos de la muger para que obtuvo la autorizacion judicial, los cuales adquirieron desde entonces tal validez y eficacia, que no pueden ser impugnadas ni por los que con ella contrataron, ni por otros estraños, ni por el mismo marido. Esplicita está la ley: dada la licencia por el juez «vala como si el marido se la diese.» De suerte que la personalidad de la muger está completada é íntegra; y así como el marido cuando está presente, una vez dada su licencia no la puede revocar respecto á los casos verificados y tiene que pasar por ellos, lo mismo sucede cuando durante su ausencia el juez ha prestado autorizacion. Decimos mas: aun en el caso, no probable, atendida la informacion que debe preceder, de que un contrato celebrado por la muger autorizada por el juez resultara perjudicial, no podria ser rescindido ni desaprobado por el marido, porque lo mismo sucederia si él mismo hubiera dado su licen-

cia. Esto es lo que se deduce del principio que la ley consigna.

Pero para evitar las cuestiones que con este motivo pudieran suscitarse, las dilaciones que son inevitables cuando se trata de recurrir al juez, las dudas que puede tener la muger acerca de la necesidad de la licencia judicial, y para precaver los muchos conflictos análogos que pudieran sobrevenir, parece lo mas conveniente y seguro que cuando el marido se ausente cuide la muger de proveerse de una autorizacion dada por este en términos generales, con la que desde luego quede hábil para proveer á las necesidades de la administracion de la sociedad conyugal, y al cuidado y prosecucion de los negocios que pueden surgir ó que están pendientes. Esté medio sin duda es el mas provechoso, no tanto á la muger sino al marido.

Sobre la misma materia acerca de que versa la ley de Toro que dejamos explicada, existe en el derecho aragonés una disposicion muy notable que debemos consignar. Cuando el marido se encuentre ausente, la muger conserva, administra y está al cuidado de sus bienes, á no ser que él hubiera dejado al efecto un procurador especial (1). No hay necesidad de entrar en explicacion de una regla que se presenta con la suficiente claridad; segun de ella misma se deduce la muger no podria ser escluida de la administracion por el apoderado que hubiera dejado el marido provisto con un poder general; y tambien parece, aunque no se espresé, que la observancia aragonesa debe entenderse dada para el caso de una ausencia de alguna consideracion; pues que si fuera corta y transitoria el marido mas que ausente deberia suponerse que estaba presente, y no seria útil ni necesario que la muger tomara la administracion de los bienes del matrimonio. Asimismo es digna de tenerse presente una advertencia que han hecho los intérpretes y espositores del derecho de Aragon, reducida á que la autorizacion lata que á la muger se concede no

(1) *Observ. et Jure dotiu n.*, tit. 1, lib. 3.

es extensiva á la adición de una herencia que estuviera deferida al marido ausente, y para justificar esta escepcion suele darse por motivo, que los bienes en que consista la tal herencia, no son propiamente bienes del marido todavía, no forman aun su patrimonio, á cuyo patrimonio y bienes propios se circunscribe la facultad concedida á la muger segun la letra de la referida observancia. Comparando ahora la disposición de Aragon con la de Castilla, nos agrada mas la primera como mas conforme á la dignidad de la muger y á la naturaleza del matrimonio. Indudablemente es preferible que, puesto que se parte de la capacidad de la muger, entre esta á administrar desde luego y por ministerio de la ley, que el que se la obligue á implorar la autorizacion del juez abriéndose una informacion prévia. El adoptar este segundo medio parece que envuelve cierta desconfianza, cierto recelo que no cuadran bien á la presuncion que debe tenerse en este punto, de que la muger sabrá corresponder á la posicion que ocupa en la familia, y mirar con celo y con acierto por los intereses del marido, que son los suyos propios y los de sus hijos. Pero necesario es confesar que la ley de Castilla tiene toda la amplitud y elasticidad que la de Aragon, aunque esta al parecer avanza mas, puesto que solo prescribe el conocimiento de causa necesaria, legitima ó provechosa á la muger, con lo cual el juez no tiene obstáculo para conceder una autorizacion general y que comprenda todos los actos de administracion, la misma que el marido pudiera haber concedido si estuviera presente. Así, pues, en la forma, no en el fondo, encontramos mas aceptable la legislacion aragonesa que la castellana.

Réstanos para concluir de tratar los efectos mas principales de la ausencia de los cónyuges, hacernos cargo de una cuestión de grande importancia: ¿habrá algun caso en que la ausencia de un cónyuge autorice al otro para volverse á casar? Si se admite ese caso, ¿qué efectos producirá el segundo matrimonio? Para tratar este punto con

claridad examinaremos sucesivamente el Derecho romano, el canónico y el español, procurando despues fijar una opinion segura y apoyada en consideraciones exactas.

El Derecho romano ofrece en esta parte á la consideracion del que no se contenta con estudiar superficialmente, distintos periodos y con ellos distintos principios que deben distinguirse cuidadosamente, si bien por desgracia han sido generalmente confundidos. A nuestro entender deben separarse dos épocas, de las que una concluye y otra empieza en tiempo del emperador Justiniano. La primera, pues, comprende el derecho del Digesto, el del emperador Constantino, y el primer periodo del de Justiniano. La otra comprende el segundo periodo del Derecho justiniano y una novela del emperador Leon. A nuestro juicio esta distincion es la mas oportuna para apreciar el verdadero espíritu y desarrollo del Derecho romano, porque creemos que la division de épocas, por lo menos en puntos determinados, no debe hacerse por la sucesion de reinados, ó por los cambios políticos: esto seria quizás mas simétrico, pero mas arbitrario: allí donde cambian y se renuevan los principios fundamentales de legislacion, donde un derecho cae para ser sustituido por otro de diferentes tendencias, allí están los puntos culminantes, las señales seguras para trazar en cada materia especial la division de épocas.

Consultando el Digesto, hallamos fragmentos que convencen del siguiente principio: el matrimonio se disuelve por el cautiverio de uno de los cónyuges; así la muger del cautivo aunque quiera contarse entre el número de las casadas, aunque permanezca en la casa del cautivo, no está ligada con el vínculo de las nupcias (1). Solo las consideraciones reverenciales que concurrían en el matrimonio del patrono con la liberta, hacían modificar aquel principio (2). Por lo demas la disolucion del matrimonio no se efectuaba por la simple

(1) Ley 1, tit. 2 y 66, tit. 3 del lib. 24, y párr. 4 de la ley 43, tit. 16, lib. 49 del Dig.

(2) Párr. 6 de la ley 48, tit. 2, lib. 25 del Dig.

desgracia de caer el cónyuge en cautiverio, de suerte que desde entonces pudiera el que quedaba libre pasar á unas segundas nupcias: interin sabia este que el cautivo vivia, no le era lícito dejar unos vínculos que estaban subsistentes; pero si habia incertidumbre sobre si era vivo ó muerto el cautivo, sin obstáculo podia contraerse el segundo matrimonio, luego que hubieran trascurrido cinco años, disposiciones que no solo se concretaban al caso del cautiverio de la muger, sino que tambien comprendian al marido cuando su muger caia en poder de los enemigos (1). La adopcion del cristianismo como religion del imperio parece que debia exigir el completo trastorno de todo este derecho, y adoptándose la base de la indisolubilidad del matrimonio, hacer de ella otras aplicaciones esencialmente distintas: mas no fue así; antes bien se conservó el antiguo principio aunque modificando su desarrollo, en lo que no hubo ninguna contradiccion, puesto que la potestad civil legisló entonces acerca del matrimonio en cuanto á su concepto de contrato, sin dependencia alguna de la potestad eclesiástica á la que corresponde bajo el concepto de sacramento. Así fue que el emperador Constantino, ya abrazada la religion cristiana, dió una constitucion en virtud de la cual podia la muger libertarse del matrimonio y pasar á contraer otro, en el caso de que hubieran transcurrido cuatro años sin tener noticia de la vida de su marido que partió á una expedicion militar, siempre que hubiera acudido con demanda al jefe del ejército, y su segundo enlace fuera público y manifiesto (2). Como se vé esta disposicion no afectó en nada al derecho que está consignado en el Digesto, puesto que aquella habla de los militares que se ausentan siguiendo sus banderas; y esto hacia relacion al caso de cautiverio. Tal era el estado del Derecho romano cuando ocupó el sόlio el emperador Justiniano, que afanoso de legislar no dejó de tocar

á la materia que examinamos. Y en un principio siguió las huellas del derecho ya vigente, estableciendo respecto de los cautivos que interin fuera manifiesta al cónyuge su existencia no se disolvia el matrimonio, pero sí podia contraer un segundo cuando hubieran pasado cinco años sin haber recibido noticia de su vida ó de su muerte (1), todo lo cual ya se hallaba así anteriormente dispuesto, segun dejamos manifestado. Respecto á los ausentes por el servicio militar, hizo una innovacion en la constitucion de Constantino, porque si bien conservó la base en que descansaba, amplió á diez años el término de cuatro, que le pareció demasiado breve para que se considerara disuelto el primer matrimonio y pudiera contraerse legítimamente otro nuevo (2).

Pero no tardó Justiniano en innovar su propio derecho, adoptando acerca de la dissolution de los matrimonios por ausencia de un cónyuge principios muy distintos, y mejor diremos, opuestos diametralmente á los que hasta entonces venian rigiendo: entonces comenzó otra nueva época. No permitió que el matrimonio se disolviese por cualquier número de años que estuviera ausente el cónyuge en expedicion militar, no ya aunque se supiese que vivia, sino aun cuando hubiera completa incertidumbre de su existencia; y por mas que llegase á saber que habia muerto, todavia la muger debia acudir á los archiveros ú otros empleados análogos del ejército en que militaba su marido para obtener un testimonio jurado de su muerte, despues de todo lo cual aun debia dejar pasar un año hasta poder contraer nuevo matrimonio, pues de lo contrario incurria en adulterio. Y en el caso de que el testimonio resultase falso y se presentase el marido, este era libre en reunirse de nuevo á su muger (3). Así el derecho habia sufrido un cambio radical, una completa reforma: sin embargo, aun faltaba desarrollar en toda su estension la

(1) Ley 5, tit. 2, lib. 24 del Dig.  
(2) Ley 7, tit. 17, lib. 5 del Cód.

(1) Cap. 7 de la Novela 92.  
(2) Cap. 14 de la Novela 92.  
(3) Cap. 11 de la Novela 117.

nueva base, y aplicar á los cautivos lo que respecto á los ausentes en expedicion militar se habia establecido; y esto fué lo que hizo el emperador Leon, quien prohibió al cónyuge pasar á segundo matrimonio por mucho tiempo que trascurriera del cautiverio del otro cónyuge, á no tener una prueba fehaciente de que habia muerto, aplicando al caso de cautiverio las mismas disposiciones dictadas por Justiniano para el de expedicion militar (1). De esta manera el Derecho romano despues de varias vicisitudes vino á desechar, á estirpar el principio por mucho tiempo vigente de que la ausencia incierta podia llegar á disolver el matrimonio, y á autorizar la celebracion de otro nuevo.

Veamos ahora qué es lo establecido por el Derecho canónico. Desde luego se comprende su espíritu; no siendo otra su base que la consideracion del sacramento, y por tanto la indisolubilidad, ha debido rechazar, y con efecto ha rechazado, la conclusion del matrimonio por ausencia de uno de los cónyuges. Ya de antiguo lo sintieron así los padres de la Iglesia, y lo digeron con toda claridad: «aquella mujer cuyo marido »ha partido y no parece, si se une, antes »de haberse cerciorado de su muerte, á »otra persona, comete adulterio» (2). En esta máxima emanada directamente de la doctrina de Jesucristo, descansa tambien la legislacion canónica que nos muestran las Decretales. El matrimonio permanece subsistente por mucho que sea el tiempo trascurrido desde la ausencia del cónyuge y en el que no se tenga conocimiento de si vive ó ha muerto, cualquiera que sea la edad, el temperamento ó las circunstancias de las personas; y que solo cesa cuando conste la muerte de una manera cierta; pero como pudiera suceder que un cónyuge creyendo bastante fehacientes las noticias recibidas pasara á segundo enlace, y que ya ligado con este nuevo vínculo aun dudara de la subsistencia del primero, el

Derecho canónico no reduciéndose en esta materia delicada á los limites del foro externo, recomienda que el cónyuge otorgue, pero no pida á su consorte el débito conyugal. Y si celebrado el segundo matrimonio constase despues la vida del ausente que se creyó muerto, no cabe duda que el subsistente es el primer consorcio, quedando sin efecto el segundo que por la existencia del antiguo esposo, mas que un vínculo conyugal ha sido su lazo adulterino (4). Tal es la doctrina de la Iglesia y la constantemente profesada como consecuencia lógica, forzosa é indeclinable del carácter de sacramento que acompaña al matrimonio.

Y esto es tambien sustancialmente el espíritu que prevalece en nuestro derecho: tampoco ha considerado el carácter de contrato, sino principalmente el de sacramento, cosa bien natural, siendo ese derecho el de una nacion tan apegada á la religion católica, y en la que casi siempre ha sido admitida como religion esclusiva del Estado. Si consultamos el Fuero Juzgo, encontraremos ya en él la huella del cristianismo profundamente trazada por los mas ilustrados preladados que contaba entonces la cristiandad: mándase que ninguna muger se case con otro marido cuando el suyo esté ausente, hasta que sepa ciertamente la muerte de este, cuyo conocimiento tambien debe tener quien con ella se case (2). Esta disposicion, como otras tantas del Código visogodo, se halla reproducida en el Fuero Real, si bien este insiste mas en que el que case con la muger del ausente apure cuantos medios estén á su alcance para obtener seguridad de la existencia ó de la muerte de aquel cuyo lugar va á ocupar (3). Quizás las leyes de Partidas no han exigido tan esplicita y rotundamente la importante garantia de la muerte del ausente: porque si bien no reconocen en manera alguna que sea suficiente motivo para arriesgarse á segundo

(1) Nov. 53 del emperador Leon.

(2) Can. 31 de la epístola canónica de San Basilio á Amphileco.

(4) Cap. 10 del tit. 1 y 2 del tit. 21, lib. 4 de las Decretales.

(2) Ley 6, tit. 9, lib. 3 del Fuero Juzgo.

(3) Ley 11, tit. 1, lib. 3 de id.

matrimonio la incertidumbre, la duda de la vida del ausente, se contentan para eximir á la muger de la nota de adúltera con que está tenga noticias de la muerte por alguna persona que merezca crédito (1). Las Ordenanzas reales de Castilla transcribieron sin variacion importante la ley del Fuero Real (2), y los Códigos posteriores nos ofrecen disposicion alguna sobre segundo matrimonio por ausencia, sino que hablan en general de los que se casan sin haberse disuelto los primeros vínculos, esto es, de los adúlteros y de los bigamos.

Por la reseña que del derecho patrio dejamos trazada se ha podido notar que solo se ha concretado á legislar acerca del marido ausente; pero esto no es obstáculo á que se hagan extensivas sus disposiciones al caso en que la muger fuera la que se ausentara. La igualdad del matrimonio, el espíritu del legislador, y el testo de los Cánones que en tales materias gozan de autoridad, inducen á creerlo así. Por lo demas, aunque la base que el derecho español tiene adoptada es bien segura y evidente, tenemos aun que hacer algunas observaciones que conduzcan á la buena deducción de sus consecuencias.

El punto principal que es como la llave de esta cuestion, se reduce á saber cuando existirá motivo suficiente para que un cónyuge crea fundadamente que está disuelto su matrimonio y que por lo tanto puede contraer otro nuevo; es decir, cuando habrá certeza de la muerte del ausente. Una sencilla consideracion nos debe hacer muy cautos y rigoristas, en cuanto á la facultad de proceder á un segundo enlace; supóngase el caso, tanto mas posible cuanto menos sean las seguridades de la muerte del ausente; que este viva y quiera volver á su antiguo hogar, ¿qué sucedería entonces? él creerá encontrar realizado un adulterio y de hecho verá ocupado su tálamo por otra persona; al paso que á sus hijos se habrán quizás reunido como hermanos otras personas para él estrañas: de aquí los mas

graves conflictos, los mas fecundos gérmenes de discordias, la confusion en la familia, y en una palabra, la infelicidad así del nuevo consorte como del ausente y del presente. Reflexiónese bien en semejante situacion, y no podrá menos de admitirse en interés de las familias y de la sociedad entera la exclusion de todos aquellos medios que no conduzcan á la mas completa seguridad, á la evidencia. Los indicios, las presunciones, las probabilidades, todo esto, como que puede dejar todavia cierta duda y desconfianza, debe rechazarse y solo admitirse aquello que convenza, que deje satisfecho el ánimo, en una palabra, la prueba plena; y á nuestro entender, todo cuanto sea menos que prueba plena, por mas que se garantice y se combine; por mas que se invoque el prudente arbitrio judicial, es no solo insuficiente sino hasta peligroso, como que por ello quizás lo que en apariencia pasara por un segundo matrimonio; fuera en realidad la profanacion del primero, el adulterio. Si para actos de menos trascendencia se exige una prueba plena, contentarse con la semiplena en el matrimonio, seria un contrasentido, un caprichoso absurdo. Por esto desechamos la fama pública, la noticia de un solo testigo, el trascurso de cierto número de años por largo que sea sin recibirse noticias, y cuanto tenga semejante carácter de conjetura, de mera probabilidad.

De este modo nos parece sostener la doctrina mas segura y prudente: sin embargo, por fuertes que sean las razones que la recomiendan, por mas que el derecho canónico exija la completa certeza, por mas que esta certeza igualmente se requiera en nuestras leyes antiguas, todavia en las de Partida se dá á entender que con pruebas semiplenas puede un cónyuge pasar impunemente á segundo matrimonio; porque aun que para estos casos creamos inaplicable la presuncion de muerte apoyada meramente en la fama pública al cabo de diez años (1), siempre queda en pié el principio

(1) Ley 8. tit. 9. Part. 4 y 8. tit. 17. Part. 7.

(2) Ley 7. tit. 6. lib. 4.

(1) Ley 14. tit. 14. Part. 3.

de ser suficiente al cónyuge la deposición de una sola persona que asegure la muerte del ausente (1). Mas ya que no podamos menos de prestar acatamiento á esa disposición expresa de nuestro derecho, corresponderá al juez, en todo cuanto á su arbitrio esté, reducirla á los mas estrechos límites, y no olvidar la necesidad de exigir grandes garantías cuando se trata de romper los vínculos del matrimonio.

Ultimamente, es muy de notar que como los medios con que el hombre forme su convicción son falibles, como es imperfecta en realidad toda evidencia legal, podrá suceder que á pesar de una prueba plena en la que se haya fundado un segundo enlace, resulte despues que el primero no pudo disolverse porque vivia ausente. Cuando este, pues, aparezca y resucite de su supuesto sepulcro, reanuda los lazos que en un falso supuesto se rompieron, y queda anulado el nuevo matrimonio en consecuencia; pero con esta distincion, si los cónyuges del segundo enlace se unieron y mantuvieron su union de buena fé, esta les exime de pena y no imprime nota de ilegitimidad á los hijos que tuvieren; pero si sabiendo que el ausente vivia no quisieron separarse, su union les sujeta á los castigos del adulterio, y adulterina tambien será su prole. Esta disposicion que recomiendan los sanos principios ha encontrado cabida en el derecho canónico.

#### § 2.º Ausencia de padres é hijos.

La naturaleza de la patria potestad produce estrechas y frecuentes relaciones que participan á la vez del afecto y de la subordinación. Ni esta ni aquel se estingue en tésis general por la ausencia; pero fuera de esto no puede negarse que los vínculos de la patria potestad tienen que aflojarse en ciertas ocasiones, necesariamente cuando la ausencia separa al padre de sus hijos. Aquel y estos se encuentran en una situación escepcional bajo cierto aspecto. Ha sido, pues,

necesario que los legisladores tomaran en cuenta la ausencia, y que introdujeran ciertas modificaciones, ciertas escepciones en la patria potestad, á fin de que aquella no viniera á ser perjudicial á los hijos y en general á la familia: modificaciones y escepciones á que han tenido que rendir tributo los mas severos legisladores, y entre ellos los romanos. Interesa por esta razon conocer cómo y hasta qué punto cambian y toman nuevo aspecto las relaciones entre padres é hijos cuando unos ú otros se ausentan: y sobre esta materia vamos á hacer algunas indicaciones.

En las leyes de Partidas encontramos algunos principios especiales al caso de ausencia de los hijos. Estos, que como sometidos á potestad agena no podian, segun tácitamente se conoce, nombrar procuradores para pleitos, adquirian esta facultad, ya cuando por estudios ú otros motivos salian del hogar paterno, ya cuando quedando en él, era su padre el que se separaba de su lado (1). Así tambien la herencia adventicia que fuere dejada al hijo, y que él admitia ó rechazaba con independencia por mas que estuviera sometido á la patria potestad, podia ser aceptada por su padre y á su nombre cuando él se encontrara ausente (2). Hemos citado estas disposiciones, entre varias que pudieran sacarse de las leyes de Partidas, como ejemplos de que sus autores reconocieron en la ausencia una causa que producía efectos peculiares, ya dando cierta amplitud á los derechos del hijo, ya autorizando en sus facultades esclusivas una intervencion dirigida á proteger sus intereses.

Pero todavia hay en nuestro derecho un principio altamente moral y equitativo admitido con el objeto de que los padres por un cálculo equivocado y por el extravío de su celo, no se prevalgan de la ausencia de sus hijos, imponiéndoles durante ella compromisos de grande trascendencia, y que una vez celebrados no les quedara ya me-

(1), Ley 5, tit. 17, Part. 7.

(1) Ley 2, tit. 5, Part. 5.  
(2) Ley 13, tit. 6, Part. 6.



dio de declinar. Hablamos de la celebracion de los esponsales. Este es un contrato demasiado importante para que tanto las leyes canónicas como las civiles hayan prescindido de exigir siempre en ellos un libre y verdadero consentimiento, por esto el respeto, la obediencia y sumision que los hijos deben á sus padres no se pueden entender hasta el extremo de que tengan que recibir por esposos á los que no sean de su agrado. A fin de que esto no suceda en su ausencia, el derecho canónico dá eficacia á los esponsales que los padres á nombre de los hijos ausentes contrajeran, solamente en el caso de que estos, cuando lleguen á su noticia, los ratifiquen por su consentimiento espreso ó tácito; de otro modo, ni los hijos tienen obligacion alguna, ni se ven ligados con el impedimento de pública honestidad (1). Lo mismo sustancialmente se halla establecido en nuestro derecho: las leyes de Partida tienen por base de los esponsales el libre consentimiento de ambos contrayentes; y así aunque un padre por sí prometiera y aun jurara dar en matrimonio una de sus hijas, esta no queda obligada (2); y lo que se dice de las hijas, claro es que es igualmente aplicable á los hijos (3).

Dicho esto de la ausencia de los hijos, pasemos á considerar la de los padres, que sin duda es la que mas dudas ofrece, y la que produce efectos mas importantes. La ausencia de los padres, y este es el punto principal que ante todo merece ser examinado, ¿ puede quitar á los hijos que nazcan en el extranjero el carácter de españoles? Segun los principios que en el párrafo segundo de la seccion IV dejamos espuestos, poca dificultad habrá en resolver esta cuestion. El domicilio, la nacionalidad, es una cualidad que sigue á la persona donde quiera que esta tenga el carácter de extranjero; entra, pues, en el estatuto personal: ahora bien, ¿ qué otro domicilio, qué otra nacionalidad ha de tener el hijo cuando nace, mas que el domicilio y la nacionali-

dad de su padre? La circunstancia accidental de ver la luz por vez primera no es por lo tanto obstáculo, no puede serlo para que el hijo nacido en el extranjero sea español como su padre. Esta deducción que la ciencia ha proclamado y la práctica de las naciones ha acogido unánimemente, es en España un principio en la ley fundamental; puesto que la Constitucion cuenta entre los españoles á «los hijos de padre ó madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España (1);» y ha sido tambien el pensamiento de los autores del proyecto del Código civil español, quienes han transcrito literalmente el artículo constitucional (2). El principio de que hablamos no es bajo concepto alguno oneroso para el hijo, puesto que caso de que por haberse educado ó haber tenido otros motivos de aficion al pais en que nació, prefiriera este á su patria, puede renunciar su nacionalidad si ha llegado á tener capacidad para verificar esta clase de renunciaciones, es decir, si ha cumplido su mayor edad por las leyes de España. Tambien ha venido á reconocerse esta doctrina por el proyecto de Código, imponiendo á los hijos de padre ó madre española nacidos fuera de España, la obligacion de manifestar dentro del año siguiente á su mayor edad, ó emancipacion, si quieren gozar de la calidad de españoles; y entendiéndose que conservan esta cualidad mientras no renuncien espresamente á ella (3). Respecto á los hijos de padres que hallándose fuera de España hubieran perdido su cualidad de españoles, tampoco la disfrutarán, porque no son hijos de un ausente de España, son hijos de un extranjero; pero sin duda les corresponderán tambien los mismos medios que tuvieran sus padres para recobrar la antigua patria, como justamente establece el proyecto de Código civil español (4).

Habiendo visto como la ausencia de los padres influye en la nacionalidad de los hijos, digamos ahora qué efectos produce

(1) Párr. 2 del capit. 1, tit. 2, lib. 4 del Sexto de Dec.  
 (2) Ley 10, tit. 1, part. 4.  
 (3) La ley siguiente á la citada.

(1) Núm. 2 del art. 1.  
 (2) Núm. 2 del art. 18.  
 (3) Artículos 22 y 23.  
 (4) Art. 24.

en su legitimidad. Sabida es la presuncion que nuestro derecho establece reputando legítimo el hijo nacido desde el séptimo mes despues que se contrajo el matrimonio hasta el décimo contado desde la muerte del marido; presuncion necesaria y que en su fondo no puede menos de aceptarse por todo legislador. Sin embargo, ha de cesar naturalmente cuando se prueben ciertos hechos con los cuales no sea compatible; lo verosimil, lo presumible, tiene siempre que ceder á lo cierto y á lo que se ha realizado. Y una de las pruebas que atacan y destruyen aquella presuncion de legitimidad, es la ausencia de los cónyuges en término suficiente, para que la concepcion del hijo no pueda ser tenida por legítima. Asi es que si la muger dá á luz pasados los diez meses desde la ausencia del marido, el parto no puede ser legítimo por la misma razon que el que nace pasado igual término desde la muerte, tampoco lo es: en esta parte la ausencia continúa no interrumpida se asimila á la muerte. Del mismo modo si el marido se ausentó y muere en la ausencia, tampoco podrá ser reputado legítimo el parto por mas que no hayan pasado los diez meses que la ley señala desde la muerte, con tal que hayan transcurrido desde la ausencia, porque el término de los diez meses es el máximo del embarazo, es el intermedio mas largo que á juicio de la ley puede existir entre la concepcion y el parto, y de consiguiente, toda ausencia que esceda, siquiera un dia de él, es una prueba acabada é indestructible de ilegitimidad. Todo lo cual se desprende de la ley (1), cuyas palabras manifiestan bien claramente que la legitimidad dentro de los plazos que establece, se sobreentiende siempre reunidas las personas de los cónyuges.

El ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones que emanan de la patria potestad, no sufre trastorno por la ausencia de los padres: el hijo indudablemente habrá por regla general de estar

sujeto á los primeros, asi como tendrá facultad de aprovecharse de las segundas. Esta es la base capital en punto á ausencia de los padres é hijos; á la cual no quitan fuerza ciertas modificaciones que por la misma ausencia puedan sobrevenir. Si la madre se ausenta y el padre queda reunido con los hijos, no puede ser mas clara la aplicacion del principio que dejamos sentado; porque durante el matrimonio solamente al padre es á quien la ley confia la administracion del matrimonio, la direccion de la familia y los derechos de patria potestad. Aunque se suponga sin embargo el caso contrario, no pueden presentarse muchas dificultades: hemos dicho ya en el párrafo antecedente de esta misma seccion, que la madre puede ser autorizada por el juez, si no lo ha sido por el marido, para administrar en ausencia de este; y esto puede ser de gran auxilio para que, si por derecho no pasa á la madre la patria potestad, recaiga realmente en ella la parte principal de su ejercicio y los hijos no queden abandonados; ella mantendrá á los hijos, reprimirá sus faltas, cuidará de su aduccion, defenderá sus derechos, en una palabra, los vigilará como el padre mismo. Si por entonces se casára alguna hija, ella le constituirá su dote, y esta será profecticia, á no ser que claramente conste que la dió de sus propios bienes; porque en España la muger tiene reconocida por las leyes su capacidad, y reemplaza en virtud de lo que las mismas leyes previenen, la administracion del marido; y no sucede lo que en Roma, donde destruida casi completamente su personalidad, y mirada como incapaz mas que como subordinada, era natural que no ella, sino el pretor ó el presidente de la provincia, fueran quienes constituyeran dote á la hija cuando el padre habia sido hecho prisionero por los enemigos, ó caído en poder de ladrones (1).

Pero se nos ocurre en el mismo supuesto de la ausencia del padre una duda que no debe pasar desapercibida. ¿Puede causar

(1) Ley 4, tit. 23, par 1.

(1) Párrafo 4, ley 5, tit. 3, libro 23 del Dig.

algun efecto en la necesidad que los hijos tienen de obtener el consentimiento paterno antes de cierta edad para contraer matrimonio? Habia sobre este punto una disposicion importante en el Derecho romano: el hijo de aquel que habia caído en cautiverio ó estaba ausente sin constar de su existencia, podía contraer legítimas nupcias con libertad, fuera varon ó hembra, luego que trascurrieran tres años; y aun el jurisconsulto Juliano creia que podia hacerlo antes de este término, con tal que la persona que eligiera no hubiera de ser á su juicio, de desagrado para el padre (1). Entre nosotros, los hijos antes de los veinte y cinco años y las hijas antes de los veinte tres, necesitan el consentimiento del padre, «y en defecto de este» el de la madre, pero adquiriendo un año antes la libertad de casarse á su arbitrio (2). ¿Cómo interpretaremos las palabras de esta pragmática de Carlos IV que es la vigente? ¿Entiéndese que la autoridad concedida á la madre es para el caso de la muerte solamente, ó tambien para el de la ausencia del marido? A nuestro entender, en el caso de que esta fuera incierta, no nos cabe duda de que la madre es la que habia reasumido en sí la facultad de prestar su consentimiento, y que los hijos á los veinte y cuatro y á los veinte y dos años respectivamente se casarian á su arbitrio. Pero cuando el paradero del padre sea conocido, no podría á nuestro juicio adoptarse igual resolución, ni aun en el caso de que la madre hubiera quedado con poder, ya general, ya especial. Convéncelo así la mente de la ley, y la consideracion que nos parece indudable de que en esta parte la facultad del padre le es personalísima é intransmisible. Mas debe tenerse presente, que aun que debe pedirse y aguardarse por los hijos el consentimiento del padre ausente, siempre quedan libres para casarse á los veinte y cinco y veinte y tres años respectivamente.

En cuanto á la ausencia de ambos padres

(1) Párrafo 1.º de la ley 9.ª leyes 10 y 11, tit. 2, libro 23, y párrafo 3.º de la 12. tit. 15, lib. 45 del D.

(2) Ley 18, tit. 3, lib. 10 de la Nov. Recop.

separándose de sus hijos menores de edad, ó cuando estos han perdido uno de ellos y el otro se ha ausentado, poco ocurre que decir. Dejar sin la proteccion paternal á seres que no puedan protegerse por sí, ya no seria una ausencia lícita, seria un abandono que reprobarian los sentimientos naturales, que las leyes tratarian de enmendar y de castigar. Pero si por circunstancias inculpables se ausentáran los padres y no pudiera saberse su paradero, la sociedad que tiene la sagrada obligacion de velar por la proteccion de quienes no pueden gobernarse por sí mismos, tomaria bajo su amparo la suerte de hijos abandonados que, no porque tuviesen padres dejarian de ser verdaderos huérfanos; y segun les hubieran quedado bienes ó no, proveeria al nombramiento de un tutor ó curador, ó les daria acogida en los establecimientos de Beneficencia. Pero por fortuna no son frecuentes esos casos en que una gran perversidad ó una gran desgracia produzca el abandono de los hijos por sus padres.

### § 3.º Ausencia de los guardadores y menores.

Corta será la estension del presente párrafo: pocas y sencillas las ideas que en él se desenvuelvan: habiéndose hablado ya en otro lugar del artículo de la ausencia del tutor, nuestra tarea es bien reducida y limitada.

El que habiendo sido nombrado guardador de un huérfano, sabido el nombramiento se oculta y busca medios para que no se le encuentre y se le compela á la administracion, ha sido justamente notado de sospechoso por la ley, y como tal acreedor á su remocion (1). La guarda de un huérfano es un cargo público, obligatorio, de interés general, y que la sociedad ha tenido necesidad de crear y mantener por un deber altamente moral y humanitario; y no dá buena idea de sí quien se niega á sufrir esta carga y trata de declinar una responsabilidad que la ley impone á todos los ciu-

(1) Ley 1, tit. 18, part. 6.

dadanos. Y en esta parte el juez necesita proceder con calma y pleno conocimiento de causa, no sea que la ausencia del guardador carezca de inculpabilidad y haya provenido de ignorancia del nombramiento, ó de alguna desgracia que le obliga á ausentarse y á ocultar el lugar de su ausencia.

Compréndese bien desde luego que debiendo el guardador asistir al huérfano con solícita vigilancia y protección, necesita estar á vista de él y no hacer ausencias durante las cuales pudiera ser perjudicada la persona que está puesta bajo su dirección, lo cual es tanto mas cierto respecto del tutor, cuanto que el pupilo por lo mismo que tiene mas corta edad, reclama una protección mas esmerada y constante. En todos aquellos actos en que así el pupilo como el menor pudieran hacer peor su condición, necesitan de la presencia de su tutor ó curador: sin duda, aunque no por las razones especiales de los romanos, la autoridad y el consentimiento se han de prestar en el mismo acto del negocio y personalmente, no admitiéndose delegaciones, ni la expresión de la aprobación ó desaprobación por avisos ó cartas. Cuando son varios los tutores, dicen las leyes de Partida, puede cada uno presentarse en el pleito que se moviera acerca de los intereses del pupilo, por sí y aunque los otros no se presenten siendo el pupilo menor de siete años. Pasada la infancia ya adquiere su personalidad otro carácter, ó mejor dicho, comienza á manifestarse, y así puede el pupilo tomar parte en el pleito bastándole la autoridad del tutor; pero si estuviera ausente, el tutor debe defenderle y administrar como si fuera menor de la infancia (1).

Escusado es advertir, y ya se indicó en otra parte que la presencia del guardador en los actos del menor no ha de ser material, sino que requiere el conocimiento, la atención del ánimo, puesto que de otro modo se haría ilusoria. Así el acto á que el guardador asiste, pero retenido por la fuerza, ó dominado por el sueño ó la enferme-

dad que le incapacite no puede menos de ser nulo, y como tal se consideraba en el Derecho romano (1).

También es digno de tenerse presente como consecuencia de la necesidad de ser ayudada la persona del pupilo con la autoridad del tutor, el que si aquel no le tuviera siempre sería reputado por ausente aunque se hallara en el lugar donde pasan los actos que pueden afectarle. En el párrafo 3.º de la sección I de este artículo, puede verse la declaración expresa que entonces trascribimos de una ley del Digesto y que sin ningún inconveniente es aplicable á nuestro derecho por mas que este no la formule del mismo modo.

Por lo tocante á la ausencia que los guardadores hagan durante el desempeño de su cargo, y cómo por este motivo puedan llegar á escusarse de él, remitimos al párrafo 4.º de la sección III, donde hemos tratado de estas materias. Solo mencionaremos aquí una disposición notable del Derecho romano á que entonces no dimos cabida y que aunque carece absolutamente de aplicación en el nuestro, merece ser consignada como dato histórico y curioso. Trasmítanosla el célebre jurisconsulto Gayo en sus Instituciones. Era permitido por un senado-consulta á las mugeres pedir en lugar del tutor ausente otro nuevo; pero la liberta no tenía esta facultad en ausencia de su patrono. Basta hacer esta indicación que puede verse con extensión en la obra que dejamos citada (2).

## SECCION VII

DE LA AUSENCIA EN LO CONCERNIENTE A LA PROPIEDAD, SUCESIONES Y CONTRATOS.

La materia de la presente sección comprende todos cuantos efectos principales produce la ausencia de las personas en su patrimonio, considerado este con latitud, esto es, como aquello en que se tiene un derecho actual, ó que se adquiere por su-

Ley 47, tit. 46, Part. 6.

(1) Párr. 1 de la ley 1, tit. 8, lib. 26 del Dig.  
(2) Párr. 173 y siguientes del Comenat. 1.

cesion ó por consecuencia del mútuo consentimiento. Todo esto se presta perfectamente á la division de tres párrafos, cuyo epígrafe está indicado en el general de la seccion.

§ 1.º *Ausencia respecto á la propiedad.*

Bajo dos aspectos puede tratarse la ausencia respecto á la propiedad; ya en cuanto motiva ciertas disposiciones legislativas dirigidas á la proteccion y garantía de tan importante derecho, y ya en cuanto puede ser una circunstancia que alargue el plazo de uno de los modos de perderle, esto es, de la prescripcion. Ambos aspectos, aunque á primera vista parezcan encontrados, guardan armonía entre sí, porque los dos tienden á mantener el verdadero interés de la sociedad y de los particulares. Trataremos de ellos separada y sucesivamente.

Muchas serian las disposiciones que tendríamos que citar si nos propusiéramos demostrar detenidamente, que no solo por el Derecho romano, sino tambien por el nuestro, se ha procurado respetar la propiedad de los ausentes, y libertarla de perjuicios y menoscabos; las leyes aunque no los hayan designado especialmente, contienen medidas encaminadas en realidad á ese fin tan moral como justo. Pero nuestra tarea será bastante estensa aunque prescindamos de tales pormenores, y la reduzcamas á lo mas importante y capital, al cuidado y administracion de los bienes del que partió á países lejanos ó de quien no se tienen noticias.

De dos modos puede proveerse á la conservacion y fomento de los bienes, cuyo dueño se ausentó sin dejarlos encomendados á una persona; ya por alguno que movido de buena voluntad ó de afecto al ausente los tome bajo su cuidado, ya, cuando esto no suceda, por el nombramiento de una persona á la que se encargue judicialmente la administracion. Del primer medio no corresponde tratar en este lugar: basta saber que no es mas que lo que se llama el quasi-contrato de la gestion de negocios:

en el segundo debemos detenernos por ser materia tan importante como ligeramente tratada por casi todos los jurisconsultos.

El Derecho romano admitia el nombramiento de un curador, respecto á los que habian caido en poder de los enemigos, no para sus personas, esto hubiera sido absurdo, ó mejor dicho imposible, sino para sus bienes (1), lo cual se verificaba muy frecuentemente (2). Parece que era preciso que se tratara de cautivos cuya vuelta se esperase (3), y es indudable que habia de afianzar el nombrado para esta curaduría (4). Mas no solo el Derecho romano establece curador para los bienes del cautivo, sino tambien para los del ausente (5), disposicion sumamente equitativa, pues que consulta del mismo modo á los intereses de personas constituidas en igual situacion, esto es, *quia rebus suis superesse non possunt*, como dice en sus Instituciones el emperador Justiniano (6).

En nuestro derecho no hemos encontrado ley alguna en que claramente se establezca curador á los bienes del ausente en general. Hay sin embargo ciertas disposiciones de que puede deducirse. Hablando las leyes de Partidas de los cautivos, imponen especial obligacion de guardar sus bienes á los mas próximos parientes que inspiren confianza, y mandan que en defecto de ellos se nombren hombres buenos que los cuiden sin menoscabo; castigan la administracion fraudulenta así de unos como de otros, y se les encarga que hagan inventario, que cultiven y mejoren los bienes inmuebles, y de los muebles hagan porque se aproveche el cautivo; en fin, se les hace responsables de las pérdidas que con su culpa ocasionaren, y se les conmina con el pago del duplo por los desfalcos de que no dieren satisfaccion (7). Las mismas leyes de Partida tratando en otra parte del procedimiento, establecen que habiendo de presentarse

(1) Párr. 4 de la ley 6, tit. 1, lib. 28 y párr. 2.º de la ley 6, tit. 4, lib. 42 del Dig.

(2) Párr. de la ley 46, tit. 6, lib. 4 del Dig.

(3) Párr. 4 de la ley 4, tit. 4, lib. 50 del Dig.

(4) Ley 3, tit. 51, lib. 8 del Cód.

(5) Párr. 1 de la ley 22, tit. 5, lib. 42 del Dig.

(6) Párr. 4, tit. 25, lib. 1.

(7) Ley 4, tit. 29, Part. 2.

demanda contra el cautivo ó ausente, dé el juez á los bienes un curador, ó varios si es mucho el patrimonio, cuyos curadores sigan el pleito á nombre del cautivo ó ausente, demandando y respondiendo (1). El derecho patrio, segun lo que acabamos de referir, no habla más que de los ausentes por cautiverio, cuya existencia es conocida, segun demuestra el contesto de la ley citada, y de los ausentes en general solamente en el caso de que se les mueva un litigio. Y como fuera del cautiverio y del pleito hay otras muchas ocasiones en que las personas se ausentan á países lejanos, y cuya existencia puede llegar á ser dudosa y problemática, quedando sus bienes desamparados, fácilmente se comprende que el derecho patrio en su tenor literal no basta á satisfacer todas las necesidades.

Sin embargo, lo que los legisladores redujeron á límites reducidos y estrechos, ha tomado un desarrollo en mas ancha esfera por los rectos principios de interpretacion y por los fallos de los tribunales. Y así tenia que suceder: porque cuando la ley calla respecto al arreglo de ciertas materias civiles, ó no ha llegado á ellas su prevision, las relaciones de los ciudadanos, la actividad y las exigencias de la vida de la sociedad no se detienen por eso; van tomando cada vez mas incremento y estension hasta el punto de hacerse irresistibles y llenar los vacios del derecho escrito, en cuya obra de progreso se ven precisados á tomar parte la ciencia y la jurisprudencia, los jurisconsultos y los tribunales; observacion cuya exactitud resalta particularmente en la materia de que tratamos. Los negocios particulares, las guerras, las investigaciones y otras mil causas han obligado á los individuos á dejar su domicilio y en él su fortuna; la necesidad unas veces y la indiferencia otras, han hecho que no nombraran personas que los representaran. Y en estos casos ¿qué suerte habia de correr el patrimonio? ¿Habia de quedar abandonado? Esto equivaldria á consentir en su pro-

gresivo menoscabo, hasta llegar á su pérdida. ¿Habria de tolerarse que cualquiera se alzara con él á pretesto de conservarle? Esto seria tanto como autorizar fraudes, dilapidaciones y la usurpacion. No hubo por lo tanto otro medio sino el de acudir con los sanos principios de la interpretacion á estender las disposiciones de las leyes de Partidas acerca de los cautivos, é invocar si no como obligatorio por autoridad, a menos como aceptable por equidad, las bases del Derecho romano y otras análogas. He aquí la tarea de los intérpretes y de los jurisconsultos. Pero como quiera que ni unos ni otros gozaran de poder para imponer sus opiniones á los particulares, dado caso que hubieran sido conformes las de todos, y como el error y el interés levantaron dudas, cuestiones y empeñados litigios, la obra de ilustracion y consejo de los jurisconsultos hubo de ser auxiliada por la obra de autoridad y decision de los tribunales. Pudieran encontrarse en los fallos antiguos y modernos que comprende la jurisprudencia española algunos en que se nombran curadores á los bienes de los ausentes (1); pero no entra en nuestro propósito el entrar en estas investigaciones que sobre ser difíciles darian escaso resultado.

Trataremos tan solo de indicar los fundamentos en que descansa la doctrina del curador de los bienes del ausente, adhiriéndonos á los principios generales del derecho, y aceptando gustosos algunas opiniones de los autores regnicolas. Bajo este supuesto nuestra tarea comprenderá los casos en que procede este nombramiento, á quién y en qué términos toca hacerle; qué persona deberá ser elegida y cuáles serán las obligaciones que sobre ella pesen.

El objeto del nombramiento del curador es la conservacion y cuidado de los bienes particulares abandonados. Deducimos de esta base que asentamos como segura, que no debe en manera alguna aguardarse á

(1) Son dignos de consultarse los casos de nombramiento de curador que dieron motivo á dos decisiones de la chancillería de Granada, y que refiere Valenzuela Velazquez: *Consiliorum sive responsorum Juris Libes primus pr. Cov. XVII.*

que los bienes del ausente comiencen á perderse y se toque ya su destruccion, porque esto seria acudir á remediar el mal tardíamente y con poco éxito, siendo así que podia haberse precavido. Tampoco abogamos por una medida de proteccion demasiado prematura, de suerte que apenas se haya ausentado el dueño comience la curaduría; esta intervencion, aunque nacida de un buen celo, pudiera llegar á ser perjudicial. Creemos así, que sin que se descuide el amparo de los bienes, debe aguardarse á un término prudente dentro del que pueda caracterizarse y apreciarse debidamente la ausencia y descubrirse la necesidad que haya de nombrar el curador. En cuanto á la ausencia que se requiera para proceder á esta medida, no solo la incierta es la que debe dar lugar á la proteccion de la ley: tambien aunque se conozca la existencia del ausente y se sepa su residencia, si esta es en países lejanos y si se cree fundadamente que no regresará pronto, debe atenderse á la administracion de sus bienes, porque estos pueden deteriorarse y dejar de producir en perjuicio del mismo ausente. De otro modo habria de adoptarse el remedio de intimar al ausente, cuyo paradero se ignora, que hiciera nombramiento de apoderado, lo cual causaria grandes dilaciones y hasta seria una intimacion demasiado oficiosa: en este caso existe respecto á él la misma razon que si se tratara de un ausente incierto.

¿Y á qué autoridad corresponderá dar el curador? ¿á la judicial ó la administrativa? No puede negarse que hasta cierto punto envuelve el nombramiento un objeto de interés general; porque toca á la sociedad que los bienes de los particulares se conserven y se hagan productivos; sin embargo de esto, el aspecto principal bajo que debe considerarse y que con efecto tiene, es el de un asunto civil, porque se trata de la proteccion de los derechos de propiedad y de la representacion de un ausente por otra persona que le defienda y contra la que se entablen reclamaciones: por eso no dudamos que la autoridad judicial es la

única competente. Sucede en este caso lo que en los nombramientos de tutores y curadores que se hacen en otras ocasiones, los cuales, si bien nacen de la proteccion que á los menores é incapaces dispensa la sociedad, son del resorte de la autoridad judicial, porque se deciden por los principios del Derecho civil, y porque de este modo están mas garantizados los intereses individuales. Que esta autoridad haya de ser la que se ejerce en primera instancia, es asunto cuya sola enunciaci6n convence de su exactitud. Pero puede ocurrir la duda de si será competente el juez del domicilio último que tuvo el ausente, ó el del territorio en que los bienes están situados. Sabido es que se atiende por lo regular al domicilio; pero tambien hay escepciones de esta regla, y aunque entre ellas no ha contado la ley el nombramiento de que tratamos, creemos que como él debe considerarse. El curador es para los bienes y no para la persona; lo cual es tan cierto, que el Derecho romano, cuyas disposiciones dejamos ya citadas, no se valia de la expresion curador del ausente, sino curador para los bienes (*bonis, substantiæ*) del ausente: esto es lógico é indudable hasta el punto de que rigurosamente hablando la curaduría se concreta á los bienes y prescinde de la persona: esta ó se halla en países muy lejanos ó quizás no consta su existencia. ¿Qué proteccion puede recibir de la ley? Bien escasa por cierto: y hé aquí la razon porque tratándose de una medida que tan directa é inmediatamente afecta á los bienes, debe reservarse al juez del lugar en que radican, que es el que mejor los puede conocer, y del que naturalmente ha de esperarse mayor proteccion por lo mismo que tiene mas motivos que otro alguno para conocer el estado en que se encuentra el patrimonio y para vigilar con mas éxito sobre la administracion.

Lo es difícil conocer cómo habrá de proceder el juez. Los particulares que tengan interés en la conservacion de los bienes del ausente, como los acreedores, los que tienen esperanza de sucederle á su muerte, y

diremos mas, hasta los que tenían relacion simplemente de amistad y cariño, están en el derecho de pedir que sea nombrado curador á los bienes. La medida de que tratamos es de una índole especialmente humanitaria y conservadora: por eso es grande el número de personas á que se concede el provocarla; y así no tenemos asegurar que debe concederse como una accion popular: no hay peligro en ella, antes bien es provocar el celo de los particulares en interés de un conciudadano que á larga distancia y quizás temiendo por la suerte de su legítimo patrimonio, necesita de gran amparo y proteccion, en lo cual se interesa aun mas que la equidad la humanidad misma. Cuando á pesar de esta amplitud no hubiera quienes por ninguna clase de interés ni de afecto acudieran al juez, creemos que es deber de los promotores fiscales y de los síndicos de los pueblos provocar la autoridad judicial, y si no lo hicieran, somos de opinion que este no habria de permanecer igualmente impasible y apático: su mision es la de hacer sentir á los particulares la proteccion, los beneficios que las leyes dispensan ó que debe presumirse que quisieron dispensar; aunque no haya instancia ni reclamacion deberá proveer de oficio al nombramiento de un curador, siquiera por evitar la gran responsabilidad que sobre sí echaria, si en adelante los bienes del ausente llegaran á su ruina. Podemos por lo tanto sentar como regla que el juez, ya á peticion de los interesados, ya de representantes de intereses públicos, ya de oficio, puede y debe proveer á la administracion del patrimonio de los ausentes. De cualquier modo que á ello haya de proceder el juez, resolverá previo conocimiento de causa; atenderá á si ha habido alguna persona que voluntariamente y movida de un celo benéfico, se haya encargado de los negocios del ausente, en cuyo caso se abstendrá de reemplazarla, porque está cumplido el fin que el nombramiento de curador tendria, y cumplido por un medio de que el derecho ha hecho una obligacion, un cuasi contra-

to. Mas caso de que no existiera esta gestion de negocios, el juez se hará cargo del estado en que los bienes del ausente se encuentran, el tiempo trascurrido desde que partió el dueño, y sobre todo será menester que obtenga por medios probatorios la seguridad de que la ausencia es suficiente para la intervencion de su autoridad, esto es, que el individuo se encuentra en remoto lugar ó que no hay noticias de su paradero ó de su existencia. Acreditados estos extremos en debida forma, en el espediente que se instruya, el juez procederá á hacer designacion de persona que administre.

Cuál haya de ser esta persona y con qué carácter entra en la administracion es lo que ahora nos corresponde examinar. En esta parte tenemos un apoyo en las mismas leyes españolas para decidirnos en favor del mas próximo consanguíneo, como generalmente lo han decidido tambien los intérpretes. «E estos bienes, como quier que todos los omes, son tenidos de los guardar, mayormente conviene á sus parientes mas propiacos.» Así se espresa la ley de Partidas (1) hablando del curador de los bienes del cautivo. Habiendo, pues, próximos parientes, que sean idóneos como despues espresa la ley, en ellos debe recaer el nombramiento. En su defecto se hace libre la facultad del juez para encargar la administracion á otra persona tambien idónea, cuyo encargo es sin duda obligatorio, y á su aceptacion puede compelerse como no se proponga y se pruebe una legitima excusa: así lo demuestra claramente el texto que acabamos de transcribir. Participa la curaduría del ausente de la índole de cargo público, y no puede declinarse voluntariamente.

Pero ¿con qué carácter entrará el pariente mas cercano? Hé aquí un punto que á nuestro modo de ver es sumamente claro, pero que ha sido mal comprendido por la generalidad de los intérpretes. Aseguran estos que, como el ausente que no ha dado y de quien no se han recibido noticias se reputa-

(1) Ley 4, tit. 23, Part. 2.



ta al cabo de cierto tiempo como muerto, es natural que toque la administracion de los bienes al próximo pariente que está llamado á la sucesion legitima. De este modo han involucrado dos cuestiones distintas, y sobre involucrarlas han sentado una base que ellos mismos despues han contradicho. El tiempo al cabo del cual nace una presuncion de la muerte del ausente, nada tiene que ver con la necesidad de nombrar un curador: lo primero tiende á abrir una sucesion: lo segundo, á proveer á la administracion de bienes abandonados. En ambos casos se llamará á los mas próximos parientes, pero no con igual carácter. Por esto nosotros descartando al presente la disposicion de la ley de Partida que establece la presuncion de la muerte, y prescindiendo de los efectos que esta causa en la sucesion, puntos que examinaremos en su lugar oportuno, tratamos aquí como otro punto independiente lo relativo al nombramiento del curador, y tenemos la conviccion de con este carácter de curador, y no con el de heredero, entra á administrar el mas próximo pariente. El mismo vocablo de curador con que se le designa, la posibilidad y aun la necesidad de nombrarle antes de que trascurra el tiempo al cabo del cual se presume la muerte, las garantías especiales que se le exigen, las limitaciones que á sus facultades se ponen, todo esto convence que no se trata en manera alguna de un heredero, sino de un verdadero curador; y como el vocablo, la época del nombramiento, las garantías y limitacion de facultades han sido otras tantas cosas adoptadas y defendidas por los intérpretes, hé aquí por lo que decimos que han incurrido en una manifiesta contradiccion. Por nuestra parte procuraremos formular sencillamente nuestro parecer acerca del carácter y fundamento de la curaduría del ausente: dos clases pueden establecerse, la legitima y la dativa: la primera se confiere á los parientes segun su proximidad, porque siendo los herederos legitimos, ellos tendrán mas interés en la conservacion y fomento de los bienes, y por el principio tan sabido de que donde

está el provecho de la herencia allí debe estar la carga de la curaduría: la segunda se dá á falta de la legitima y se confiere á una persona idónea. En esto se diferencian, pero convienen en que versan sobre igual clase de individuos, á saber, aquellos que por su ausencia no püedan cuidar de sus bienes; y principalmente en que solo dan la mera administracion, no la posesion ó el dominio.

Estas ideas nos servirán para deducir ciertas consecuencias con las que concluimos de esponer lo mas principal que conviene tener presente en la materia. Quien quiera que sea la persona que tome la curaduría de los bienes del ausente, deberá formalizar un inventario en que se espresen cuántos entran en su poder, y deberá tambien garantizar con fianzas su buena y fiel administracion. Si á todo guardador se imponen estas obligaciones, con mayor razon á aquel que especialmente se da para los bienes; y ambas, en especial la del inventario, se deducen de todo el contesto de la ley de Partidas que ya tenemos citada. Sobre las facultades del curador han de tenerse en cuenta dos principios: libertad y amplitud en todo lo que tienda á conservar, mejorar y hacer productivos los bienes; restriccion y limitacion de aquello que disminuirla su valor, de lo que se dirigiera á desmembrarlas y perjudicar los derechos del ausente. Podrá tambien el curador acudir en juicio reclamando lo que á este pertenezca ó se deba, y contestar á los que dirijan reclamaciones contra el patrimonio que le está encomendado; en una palabra, pesan sobre el curador de los bienes del ausente las mismas obligaciones que las de todo otro curador, salvo aquello en que faltaran términos hábiles. Del mismo modo le corresponde percibir emolumentos por su administracion y trabajo; porque sería injusto, aun cuando se trate de ausentes, que se exigieran servicios diligentes y gratuitos.

Pudiera suceder que un menor se ausentara, y ausente en paises lejanos ó sin noticias de él, hubiera pasado el término de

su menor edad. ¿Podría en este caso compelerse al guardador á que siguiera encargado de la curaduría de los bienes del ausente? Por mas que la curaduría por menor edad y por ausencia sean muy análogas y se funden en principios semejantes, al cabo son distintas y no deben confundirse, mucho mas resultando gravada una persona, y prolongando sin término cierto una carga de suyo pesada mas del tiempo que la ley fija, y de lo que el guardador tenia fundamentalmente creído. Es por lo tanto conforme á la equidad y al derecho que luego que haya cesado el término de la menor edad, y que el guardador haya cumplido las obligaciones finales de su curaduría, pase esta al mas próximo consanguíneo del ausente, ó en todo caso á otra persona. Aconsejan algunos autores que deje ya á esta encargada de la administracion y asegurados en su poder los bienes, á fin de que nunca se le pueda culpar de negligencia, opinion que aceptamos gustosos, pues de un pequeño intervalo que mediara entre la dejacion de uno y aceptacion de otro podrian originarse perjuicios que de este modo se precaven.

En la materia que acabamos de examinar encontramos una disposicion terminante, especial en el derecho de Aragon, que hace á este mas completo, mas fijo que el de Castilla. Se determina que los hermanos ó parientes del ausente de aquel reino por diez años, y que le sucederian conforme á fuero, tomen en administracion sus bienes, dando fiadores (*fidanciu*) de no enagenar y de restitucion: cuya facultad tienen tan asegurada, que pasado aquel término puede ser compelido á dejar de administrar el procurador que hubiera constituido el ausente (1). La forma en que está concebida esta disposicion inclina á creer con algun fundamento, que á diferencia del derecho de Castilla, está fundada en la presuncion de muerte. Sin decidirnos á sostenerlo como indudable, solo nos referimos á los autores aragoneses, algunos de los cuales así lo defienden, creyendo que la presuncion

de muerte es la que hace que los parientes entren en la administracion á pesar de existir procurador del ausente. De cualquier modo que sea, sin la mas completa violencia del fuero de Aragon no puede sostenerse que el pariente adquiere el concepto de heredero: ningun heredero tiene que dar fiadores para no enagenar, ni tiene la mera administracion de los bienes. En interpretacion del fuero advierten los autores que no puede tener lugar si de diez en diez años renovara el ausente su mandato al procurador; que los parientes que desempeñen la administracion pueden deducir espensas, y que si antes de ausentarse tuviera una persona curador judicial, no podría ser excluido por los parientes: la primera opinion la fundan en la falta de presuncion de muerte; la segunda en la equidad; y la tercera en una decision de los tribunales aragoneses en el siglo XVII.

Habiendo ya examinado lo tocante á la proteccion de la propiedad del ausente, hablaremos ahora del modo de perderta por prescripcion. Sin duda por el antiguo derecho romano era indiferente en la usucapion el estar el dueño presente ó ausente, puesto que ni de la presencia ni de la ausencia se hace mérito alguno, ni menos se indica que pudieran surtir distintos efectos. Simplemente se hallaba establecido en las leyes de las doce Tablas: *Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus* (1) principio que con igual sencillez esponen Gayo (2) y Ulpiano (3). Pero al cabo de tiempo hubo de templarse esta dureza, y ya Justiniano no solo amplió tan reducidos términos, sino que mostró una particular y merecida consideracion á los ausentes, quedando ordenada la usucapion sobre los términos de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes respecto á las cosas inmuebles, y tres en las muebles (4).

Igual regla encontramos en nuestro derecho (5), y que como el romano, ha admi-

(1) Fragm. de la tabla 6.

(2) Párr. 43, Com. 2 de las Inst.

(3) Párr. 3, tit. 10 de los Fragm.

(4) Párr. del tit. 6, lib. 2 de las Instruc. y ley unica, título 31, lib. 7 del Código.

(5) Leyes 9 y 18, tit. 29, Part. 3.

(1) Fuero *ul fratres vel propinquos*, libro 2.

tido tambien prescripciones extraordinarias de treinta, de cuarenta y de cien años (1). Pero se observa que en las cosas muebles no se hace distincion de presentes y de ausentes, sin duda porque se ha considerado que esas cosas son un pequeño patrimonio, que sigue á la persona y es inherente á ella: y se nota asimismo que tampoco influye la ausencia en el término de las prescripciones extraordinarias, quizás porque estas tienen ya un plazo largo suficientemente beneficioso á los ausentes. Así es que solo en la prescripcion ordinaria de cosas inmuebles surte la ausencia el importante efecto de duplicar el plazo de diez años que entre presentes corresponde. En cuya materia lo mas difícil é interesante es apreciar la verdadera significacion de la ausencia, punto que dejamos pendiente en el párrafo primero de este artículo, y que ahora es ocasion de desenvolver con todo el detenimiento y reflexion que merece.

Al derecho de Partidas es al que únicamente podemos acudir para obtener alguna idea de la acepcion especial que ofrece la ausencia en punto á prescripcion. Dicese en una de sus leyes: «si fuera tenedor della »(de la cosa) diez años seyendo en la tierra »el señor de ella ó veynte seyendo en otra »parte (2).» Del mismo modo se espresa otra ley, pero con esta explicacion: «E fuera »de la tierra seria el señor de la cosa, »quando non fuesse en toda aquella provincia do la cosa era que se ganava por »tiempo. E en la tierra se entiende que era, »quando fuese en alguna partida de la provincia, maguer non estuviesse en aquel »lugar do la cosa fuesse, quel ganavan por »tiempo (3).» Sabemos por lo tanto que la ausencia respecto á prescripcion se estima con relacion á toda una provincia; pero esta regla por mas que á primera vista parezca sencilla, no deja de ofrecer sus dificultades cuando se trata de traerla á aplicacion, siendo la principal la de saber qué se entendió en las Partidas, que es lo que hoy

debe entenderse por provincia. Y no encontrándose en la ley nada que conduzca á la aclaracion de este punto, menester será acudir á la fuente de donde se sacó, y hacerse cargo de la inteligencia que se la ha dado mas generalmente.

La ley principal que en la materia nos ofrece el Código de Justiniano (1), si bien habla repetidas veces de provincias, no especifica qué territorios se comprenden bajo esta denominacion. No podia, sin embargo, caber duda acerca de ello: las provincias del imperio romano eran aquellas demarcaciones en que se ejercia la jurisdiccion de los magistrados llamados *presides provincia*. En el tiempo en que se dieron las Partidas, tampoco parecia difícil saber cuáles eran las provincias, puesto que equiparándose en este Código (2) los adelantados de Castilla á los presidentes de las provincias de Roma, todo territorio sujeto á un adelantado se podia llamar propiamente provincia en la materia de que se trata. Ahora bien; existiendo actualmente en España diferentes provincias en lo político, en lo militar, en lo judicial y en lo eclesiástico, y no siendo comparables las autoridades judiciales que nosotros conocemos á las que se conocieron en la edad media, ¿á qué territorios deberá aplicarse la denominacion de provincias de que usa el Código de las Partidas?

Desde luego parece que debe prescindirse de las provincias creadas para otros fines distintos de la administracion de justicia, como en rigor lo son las divisiones políticas, militares ó eclesiásticas; así lo dicta el espíritu de la misma ley española y el de la romana; así sobre todo la índole de la materia, que es esencialmente civil. La duda verdadera que se presenta es la de si se ha de atender al territorio de las audiencias ó al de los juzgados de primera instancia para calificar á una demarcacion de provincia para la prescripcion.

Escríbe en su Diccionario de jurisprudencia y legislacion, juzga que por provin-

(1) Leyes 19, 21, 26 y 27, tit. 29, Part. 3.

(2) Ley 18, tit. 29, Part. 3.

(3) Ley 19, tit. 29, Part. 3.

(1) Ley 12, tit. 55, lib. 7.

(2) Ley 22, tit. 9, Part. 2.

cia debe entenderse el territorio jurisdiccional de la audiencia, y se funda para sentar esta opinion en la deducion siguiente: Se decia por derecho romano, y tambien lo admite Gregorio Lopez (1), que por presentes se conceptuaban los que se hallaban *sub uno praside*: los adelantados sucedieron á esos presidentes segun reconocen las mismas Partidas, y las audiencias han sido las sucesoras de la jurisdiccion de los adelantados; luego con razon puede inferirse que el territorio de cada audiencia forma una provincia respecto á la prescripcion. Este modo de racionar que parece fundado en deducciones legítimas, adolece, á nuestro entender, de alguna inexactitud, porque prescinde de la diferencia profunda, radical, que separa la organizacion judicial del imperio romano y la nuestra de la edad media, de la organizacion judicial moderna. Antiguamente las autoridades superiores tenian oscurecidas, por decirlo así, á las inferiores; en las primeras con el rey solia estar radicado el mismo conocimiento de los litigios de los particulares: no habia una gradacion rigurosa entre los magistrados, ni estaban tampoco bien deslindadas las diversas instancias por las que habia de pasar el procedimiento. Hoy dia á esa incertidumbre y confusion ha sucedido un sistema fijo y ordenado, y la jurisdiccion ordinaria en primera instancia nunca puede corresponder ni en la parte mas pequeña á los tribunales superiores, sino que en los negocios civiles toda se ha reservado esclusiva é íntegramente á juzgados de primera instancia. Hé aqui por lo que creemos aventurado hacer comparaciones y establecer paralelos entre dos épocas, cada una de las cuales es absolutamente distinta de la otra; y por lo que en vez de tomar á las audiencias en concepto de provincias, tal vez fuera mas oportuno referirse á los juzgados de primera instancia. Adoptada esta hipótesis, se dirian presentes para la prescripcion los que tuvieran su domicilio dentro del mismo juzgado, y ausentes los do-

miciliados en juzgados distintos. Esta opinion ofrece en efecto cierto aspecto de novedad; pero á pesar de todo encuéntrase corroborada por la mente de los mismos intérpretes.

Akursio en su glosa (1) ya indica que las ciudades que en aquel tiempo tenian un régimen particular propio, debian en su concepto ser consideradas como provincias, y ¿seria tan descaminado aplicar esta idea á los juzgados de hoy dia, cuando son independientes entre sí? Nuestro intérprete Gregorio Lopez decia tambien en su glosa anteriormente citada, que debian tenerse por presentes solo los que estaban en el territorio de un mismo presidente, por mas que todos estuviesen sujetos á un mismo monarca, y daba por razon que ambas partes, el poseedor y el dueño de la cosa, podian litigar ante el mismo presidente; aqui se observa como punto de Partida para calificar la ausencia ó la presencia, el tener ó no un juez comun ordinario desde luego que el pleito se comienza. Y ¿puede hoy dia decirse exactamente que tienen un juez comun los que están sujetos á distintos juzgados de primera instancia por mas que vengan á litigar ante la audiencia superior de ambos en el caso de apelacion, apelacion que puede muy bien no suscitarse? No lo creemos. Por estas consideraciones parece que únicamente pueden decirse presentes los que tengan que llevar sus diferencias ante un mismo juez. Esta inteligencia puede todavia aparecer como la mas aceptable si atendemos á otra razon poderosa.

La prescripcion, si bien es una institucion que se halla consignada en todas las legislaciones y se apoya en razones importantes, de interés, de conveniencia pública y hasta de equidad, en último resultado es una privacion forzosa de la propiedad de los particulares, la estincion legal de la cosa para su antiguo dueño, y por lo tanto debe ser indudablemente de interpretacion estrecha y restrictiva. Segun este

(1) Glosa 3, á la ley 10, tit. 29, Part. 2.

(1) A la ley 12, tit. 55, lib. 7 del Cod.

cia debe entenderse el territorio jurisdiccional de la audiencia, y se funda para sentar esta opinion en la deducion siguiente: Se decia por derecho romano, y tambien lo admite Gregorio Lopez (1), que por presentes se conceptuaban los que se hallaban *sub uno praside*: los adelantados sucedieron á esos presidentes segun reconocen las mismas Partidas, y las audiencias han sido las sucesoras de la jurisdiccion de los adelantados; luego con razon puede inferirse que el territorio de cada audiencia forma una provincia respecto á la prescripcion. Este modo de racionar que parece fundado en deducciones legítimas, adolece, á nuestro entender, de alguna inexactitud, porque prescinde de la diferencia profunda, radical, que separa la organizacion judicial del imperio romano y la nuestra de la edad media, de la organizacion judicial moderna. Antiguamente las autoridades superiores tenian oscurecidas, por decirlo así, á las inferiores; en las primeras con el rey solia estar radicado el mismo conocimiento de los litigios de los particulares: no habia una gradacion rigurosa entre los magistrados, ni estaban tampoco bien deslindadas las diversas instancias por las que habia de pasar el procedimiento. Hoy dia á esa incertidumbre y confusion ha sucedido un sistema fijo y ordenado, y la jurisdiccion ordinaria en primera instancia nunca puede corresponder ni en la parte mas pequeña á los tribunales superiores, sino que en los negocios civiles toda se ha reservado esclusiva é íntegramente á juzgados de primera instancia. Hé aqui por lo que creemos aventurado hacer comparaciones y establecer paralelos entre dos épocas, cada una de las cuales es absolutamente distinta de la otra; y por lo que en vez de tomar á las audiencias en concepto de provincias, tal vez fuera mas oportuno referirse á los juzgados de primera instancia. Adoptada esta hipótesis, se dirian presentes para la prescripcion los que tuvieran su domicilio dentro del mismo juzgado, y ausentes los do-

miciliados en juzgados distintos. Esta opinion ofrece en efecto cierto aspecto de novedad; pero á pesar de todo eucuéntrese corroborada por la mente de los mismos intérpretes.

Akursio en su glosa (1) ya indica que las ciudades que en aquel tiempo tenian un régimen particular propio, debian en su concepto ser consideradas como provincias, y ¿seria tan descaminado aplicar esta idea á los juzgados de hoy dia, cuando son independientes entre sí? Nuestro intérprete Gregorio Lopez decia tambien en su glosa anteriormente citada, que debian tenerse por presentes solo los que estaban en el territorio de un mismo presidente, por mas que todos estuviesen sujetos á un mismo monarca, y daba por razon que ambas partes, el poseedor y el dueño de la cosa, podian litigar ante el mismo presidente; aqui se observa como punto de Partida para calificar la ausencia ó la presencia, el tener ó no un juez comun ordinario desde luego que el pleito se comienza. Y ¿puede hoy dia decirse exactamente que tienen un juez comun los que están sujetos á distintos juzgados de primera instancia por mas que vengán á litigar ante la audiencia superior de ambos en el caso de apelacion, apelacion que puede muy bien no suscitarse? No lo creemos. Por estas consideraciones parece que únicamente pueden decirse presentes los que tengan que llevar sus diferencias ante un mismo juez. Esta inteligencia puede todavia aparecer como la mas aceptable si atendemos á otra razon poderosa.

La prescripcion, si bien es una institucion que se halla consignada en todas las legislaciones y se apoya en razones importantes, de interés, de conveniencia pública y hasta de equidad, en último resultado es una privacion forzosa de la propiedad de los particulares, la estincion legal de la cosa para su antiguo dueño, y por lo tanto debe ser indudablemente de interpretacion estrecha y restrictiva. Segun este

(1) Glosa 3, á la ley 10, tit. 29, Part. 2.

(1) A la ley 12, tit. 55, lib. 7 del Cod.

principio es preferible la opinion de los que por provincia entienden el partido judicial, á la de los que amplian la significacion de esa palabra al territorio de la audiencia; porque en el primer caso serán mucho menos que en el segundo los individuos que puedan decirse presentes, y mucho menos frecuentes en consecuencia las prescripciones de diez años, necesitándose doble tiempo como que se trata de ausentes. De este modo el propietario verá mas tarde pasar á otras manos su propiedad, y su espropiacion legal quedará reducida á limites mas estrechos.

Por lo que se ha espuesto nos inclinamos á creer que deben reputarse presentes los que residan en un mismo partido judicial, y ausentes los que residan en distintos, por mas que estén subordinados á una misma audiencia; pudiendo, sin incurrir en absurdo, sostenerse la interpretacion estricta de la palabra provincia que usan las Partidas sin otra explicacion ulterior. No tratamos de dilucidar este punto de la disposicion del proyecto de Código civil, porque creemos que no es suficiente á inclinar á una opinion con preferencia á otra. Con efecto, dice así: «Repútese ausente para el efecto de prescribir el propietario que reside fuera de la provincia en que radica el inmueble (1).» Menciónase en este artículo la palabra provincia; pero como ha de hacer naturalmente relacion á las divisiones que se conozcan cuando el proyecto llegue á ser Código revestido de fuerza obligatoria, no puede aventurarse deducción alguna sobre una base hasta ahora incierta y desconocida.

Pero sea cualquiera la inteligencia de la palabra provincia, aun queda por examinar de qué modo han de hallarse el dueño y el poseedor en el territorio que la constituya, y hasta qué punto se habrá de atender á la situacion de la cosa de cuya prescripcion se trata.

La ley de Partidas (2) se concreta á decir que se entenderá presente ó ausente el

dueño «quando non fuisse en toda aquella provincia...» «quando fuisse en alguna partida de la provincia.» Estas locuciones son demasiado vagas y generales, de suerte que no bastan para dar una idea del carácter que ha de tener la permanencia en la provincia; si basta la mera estancia al tiempo de correr la prescripcion, ó si es menester la residencia habitual, el domicilio. Duda es esta que merece resolverse, porque hay gran diferencia entre adoptar uno ú otro extremo. Los autores en lo general han espuesto la doctrina de nuestra ley con su misma incertidumbre, y han usado indistintamente de palabras genéricas y de locuciones que encierran distinto sentido. Los que no residen, los que no están, los que no habitan, los que no se hallan en la provincia, de estos y otros modos semejantes explican por lo general quiénes son ausentes para la computacion del término de prescribir. Por nuestra parte creemos que lo indeterminado, lo genérico de la ley debe reducirse á una regla concreta y cierta, usándose á este fin de la recta interpretacion, y que esta regla no puede ser otra que la que mira al domicilio, no á la mera residencia. Muévenos á pensar de esta manera la consideracion de que en caso de duda se debe presumir que el legislador atendió al domicilio con preferencia á la sola estancia, puesto que aquel es el que surte mas efectos, el que produce mas consecuencias en el Derecho civil; y sobre todo la redaccion clara y esplicita en esta parte de la ley del Código de Justiniano, modelo probablemente de la de Partidas que nos ocupa. En esta ley se establece terminantemente y se inculca hasta la saciedad que ha de atenderse al domicilio: «*tam petentis quam possidentis spectari domicilium*» de suerte que se reputan por ausentes los que están domiciliados en distintas provincias. Este y no otro es á nuestro juicio el verdadero sentido bajo que debe entenderse la ley de Partidas. La objecion que pudiera hacerse de que hasta la mera residencia del propietario en la provincia para que sepa que sus bienes

(1) Art. 1002.

(2) Ley 19, tit. 29, Part. 3.

están poseyéndose y en camino de prescribirse por otra persona, no nos parece de fuerza suficiente para destruir las razones que acaban de esponderse, mucho mas cuando se trata de la pérdida del dominio, y por consiguiente de una materia en realidad odiosa y de interpretacion estrecha, como antes dejamos indicado.

Menos dificultad ofrece el averiguar hasta qué punto se ha de atender á la situacion de la cosa, objeto de la prescripcion; circunstancia importante y que necesariamente debe concurrir con las demas que hasta aquí hemos explicado para distinguir con exactitud y fijeza la ausencia de la presencia relativamente al cómputo de la prescripcion. La ley romana mas de una vez citada (1), ateniéndose esclusivamente al domicilio tanto del dueño como del poseedor de la cosa, prescindia de la situacion de esta. «Hállense las cosas» dice Justiniano «en la misma provincia ó en otra distinta, no por eso dejarán las partes de poder litigar acerca de ellas en el tribunal de la provincia: ¿de qué podria aprovecharnos hacer semejante distincion cuando el derecho de vindicar es incorporal, y el dominio de las cosas puede volver á su dueño do quiera estén?» Asi es que por derecho romano inútil hubiera sido hablar de la situacion de la cosa.

No sucede esto ciertamente por derecho patrio, segun lo patentiza la letra de la ley (2) y lo convence su espíritu. Para demostrarlo trasladaremos aquí todavia á riesgo de que se nos acuse de hacer repeticiones molestas, la parte que conviene á nuestro propósito y que sirve de fundamento á la doctrina que vamos desenvolviendo. «E fuera de la tierra seria el señor de la cosa» dice la ley, «quando non fuese en toda aquella Provincia do la cosa era, que se ganava por tiempo. E en la tierra se entienda que era, quando fuesse en alguna partida de la Provincia, maguer non estuviesse en aquel lugar do la cosa fuesse, quel ganavan por tiempo.» Clara y espresamente se

manifiesta en este testo que se llama al dueño ausente con relacion, no á la provincia en que pueda tener su domicilio el poseedor, sino á la provincia dentro de cuyo término radica la cosa. La consecuencia natural y precisa que el buen sentido por sí solo deduce de esta regla, es que el dueño se conceptuará presente cuando se halle domiciliado en la provincia, no ya del domicilio del poseedor, sino de la situacion de la cosa. Y así se entienda indudablemente la segunda parte de nuestro testo en que se explica la presencia, por mas que no diga sino «en alguna partida de la Provincia» puesto que, acabando inmediatamente de hablar de aquella en donde se halle la cosa, de esta misma y no de otra, quiso hablar el legislador evitando repeticiones molestas é innecesarias.

Las palabras que siguen á las que acaban de citarse y que completan la segunda y última parte del testo, lejos de desvirtuar la explicacion que damos y de producir duda alguna, vienen á redondear el sentido de la ley y á desenvolver la verdadera idea que tuvo presente el legislador. Aunque el dueño no se halle en el mismo lugar donde la cosa está, si se halla en la provincia no será ausente, sino presente. Será ausente material y gramaticalmente hablando, porque no está en el mismo punto donde la cosa, pero no será ausente en sentido jurídico. Esto es lo que quiso espresar y espresó exactamente la ley: la diferencia de la ausencia material á la ausencia legal; la equiparacion de aquella á la presencia. Interpretar el final del testo como alusivo á que no se atiende para nada la situacion de la cosa, aunque esta se halle en otra provincia, seria hacer la mas manifiesta violencia al sentido y redaccion que naturalmente tiene. El legislador si esto se hubiera propuesto lo hubiera dicho esplicitamente; pero antes bien queriendo alejar semejante torcida interpretacion, hizo una esmerada y escrupulosa eleccion de palabras que acaba de disipar cualquiera duda que pudiera suscitar la cavilosidad. Será presente el dueño cuando esté en la

(1) Ley 42, tit. 35, lib. 7 del Cód.

(2) Ley 19, tit. 29, Part. 3.

provincia aunque no en el *lugar* de la cosa: estas dos veces bien claramente indican el distinto significado en que se encuentran empleadas: la primera es el todo, el continente; la segunda la parte, el contenido.

Por esto es, que no puede decidirse absoluta é invariablemente si se atiende ó no á la situacion de la cosa, porque ambas decisiones á la vez son ciertas segun el aspecto que consideremos. En cuanto á que se requiera que la ausencia del dueño sea respecto de la provincia en donde se halla la cosa, es indudable que se mira á la situacion de esta, y que se trata de una circunstancia, no indiferente, sino esencial y de rigor como espresada en la ley. En cuanto á que no se exige que el dueño esté en el mismo lugar de la cosa, sino tan solo en cualquiera de los varios lugares que pertenecen á una provincia, sin decirse por eso que es ausente, claro es que no tiene ninguna importancia la situacion de la cosa. Con esto se conoce tambien que nuestro derecho, como queda advertido, se ha apartado radicalmente del romano, en el cual nada influia aquel requisito. Por esto es, en fin, que debemos ser precavidos al consultar muchos de nuestros espositores que, ya por su adhesion á la legislacion romana, ya por la torcida interpretacion de la nuestra, sientan principios que no caben en la verdadera mente y sentido genuino que á esta distinguen.

Y si es clara y patente la decision de la ley de Partidas, no es menos justificable y fácil de comprender la razon en que descansa. La prescripcion supone el descuido del dueño de una cosa que, sabiendo es poseida por otro, no la reclama ni trata de reducirla otra vez á su poder, dando así motivo á que se presuma que hace una renuncia de su propiedad: la ley ha combinado sus disposiciones de suerte, que la prescripcion no se consume precipitadamente en daño del dueño, que segun una conjetura razonable debia ignorar la posesion de su cosa por otra persona. Esta ignorancia es mucho mas fácil y posible en el que está ausente del territorio en que radica la finca,

que en aquel que se encuentra á su vista ó próximo á ella; y el legislador cediendo á esta consideracion equitativa, tomando por base el territorio que forma una provincia, esplicó quiénes eran ausentes y quiénes presentes, exigiendo precisamente que esa provincia fuese la de la situacion de la cosa.

Para concluir de demarcar distintamente quiénes se dicen ausentes para la prescripcion, y de comprender con toda claridad la disposicion de nuestra ley de Partida, nos parece conveniente hacernos cargo de los diferentes casos que pueden presentarse para su aplicacion, resolviéndolos segun su contesto y espíritu. Esto acabará de aclarar la doctrina que dejamos espuesta, y la aproximará á la práctica en cuanto es posible en una obra de esta naturaleza. Cinco son los casos que se presentan á nuestra consideracion: que tanto el dueño como el poseedor se hallen domiciliados en la provincia de la situacion de la cosa; que uno y otro estén domiciliados en una misma provincia y la cosa situada en otra; que el dueño se halle domiciliado en la provincia donde se halle la cosa, y el poseedor no resida en ella; que el poseedor tenga su domicilio en la provincia donde la cosa se encuentra y el dueño en otra distinta; últimamente, que dueño y poseedor tengan cada cual su domicilio en provincia diferente y radique la cosa en una tercera.

En el primer caso ninguna duda se ofrece: todo pasa dentro de la provincia; no puede por lo tanto haber cuestion de ausencia: la prescripcion corre entre presentes.

Siendo dos las provincias, una donde se halla la cosa, otra donde están domiciliados los interesados, parece que debieran estos considerarse como presentes, puesto que tienen juez comun y pueden adquirir fácilmente noticias uno de otro. Sin embargo, si nos dejamos llevar de esta apariencia, incurriremos indudablemente en un error que rechaza nuestro derecho, y sacaremos una consecuencia falsa, infundada. Por mas que bajo aquel aspecto sea igual la posicion del dueño y del poseedor,



el primero no tiene bajo su inspeccion la cosa que se le va á prescribir, sino que se halla en distinta provincia. Segun el derecho romano y la opinion de los intérpretes que á él apelan, la prescripcion seria entre presentes; segun el derecho patrio y sus fieles espositores, la prescripcion tiene que correr entre ausentes.

Pero suponemos ahora que de esas dos provincias, en una está domiciliado el dueño y allí mismo situada la cosa; en la otra está domiciliado el poseedor que se halla en camino de prescribir. Sucede aquí lo contrario de lo que en el caso anterior: los domicilios son distintos, se hallan separados y bajo jurisdiccion diferente ambos individuos; á primera vista habrán de ser considerados como ausentes. Consecuencia cierta por la ley romana, inexacta é inadmisibile por la española. El dueño tiene bajo su vigilancia la cosa en su misma provincia, y no puede menos de verificarse la prescripcion entre presentes.

Cambiamos ahora estos mismos datos y se obtendrá diferente resultado: de las dos provincias que acabamos de considerar, en una, en la del domicilio del poseedor, se halla situada la cosa: en la otra se encuentra domiciliado el dueño. Este por lo tanto separado de su finca, está conceptuado por la ley como ausente; y entre ausentes se habrá de llevar á cabo la prescripcion, decision que no solo por derecho patrio sino por el romano es exacta y arreglada á ley.

En el último caso la resolucion no puede ser mas fácil, mas sencilla. Están en diferentes provincias el dueño, el poseedor y la cosa. Atengámonos á cualquiera regla, miremos al domicilio, miremos á la situacion de la cosa, al dueño, ó al poseedor, no podremos menos de obtener el resultado de que una prescripcion con semejantes elementos es una prescripcion entre ausentes.

Explicada ya la significacion especial que encierra la palabra *ausencia* para el cómputo del término de la prescripcion, réstanos solo hacer una observacion, que se deriva de la misma regla que ya queda es-

plicada. Segun ella, quien posee con los requisitos legales diez años entre presentes, ó veinte entre ausentes, adquiere el dominio. Esto significa que se ha considerado por el legislador que un año de presencia equivale á dos de ausencia: no puede de consiguiente ser dudosa ni difícil la computacion, cuando parte del tiempo de los diez años se poseyó en presencia y parte en ausencia; redúzcanse los años de esta á los de aquella y luego que lleguen á trascurrir diez, la prescripcion se habrá completado. De aquí la regla que dan las leyes y los autores, de que se cuente doblado el tiempo de la ausencia tomándose la base de diez años. Así lo estableció Justiniano (1) y fue admitido en las Partidas, las que ponen el ejemplo de presencia por cinco años, y ausencia de diez para demostrar que en este caso estaba perfecta la prescripcion (2).

Conviene tener aquí presente que ni por las leyes de Aragon (3) ni por las de Cataluña (4) se hace distincion entre presentes y ausentes, fijándose solo término de treinta años para prescribir los bienes inmuebles sin distincion alguna, y que las leyes de Navarra (5) señalan el término de veinte años entre presentes y treinta entre ausentes.

Antes de terminar este párrafo hablaremos ligeramente de la prescripcion de la posesion y de las servidumbres, que aunque son distintas de la propiedad, bien consideradas, la primera es una ficcion, y la segunda una desmembracion de ella. Conforme la Novisima Recopilacion con el Fuero Real y los municipales, y con la inteligencia que segun las leyes del Estilo se daba al Fuero Real, admitió que la posesion se prescribia por año y dia *en paz y en paz.... entrando y saliendo el demandador en la villa* (6).» Esta ley sugiere dos observaciones importantes, suficientes á fijar su

(1) Nov. 119, cap. 8.

(2) Ley 20, tit. 20, Part. 3.

(3) Fuero VI de prescrip., lib. 11.

(4) Usage Omnes causis.

(5) Leyes 8 y 10, tit. 37, lib. 2, Nov. Recop. de Navarra.

(6) Ley 3, tit. 3, lib. 11.

inteligencia: la primera que no admite prescripción de posesión por ausencia; por eso no se fija sino un plazo constante é invariable; por eso se usan las palabras *en fin*, y por eso también la frase *entrando y saliendo* que indican ausencias insignificantes, y por tanto la presencia legal. La segunda observación que ocurre, es que esta presencia no se exige en la provincia, sino en el territorio más reducido que pueda darse: en el mismo recinto del pueblo ó de la ciudad: *en la villa*, como la ley dice. Difiere por lo tanto esencialmente la prescripción de posesión de la de propiedad; como que no puede verificarse supuesta la ausencia y se concreta al lugar, á la villa dentro de que radica la finca.

Respecto á la pérdida de las servidumbres por el no uso, disponia el Derecho romano que si á la muger se habia legado el uso de una casa y se ausentaba á Ultramar, pero el marido seguia usando de ella, no la perjudicaba su ausencia aunque durante esta concluyera el tiempo por el que hubiera debido perder la servidumbre; lo cual era con mayor razon aplicable si fuere el ausente el marido legatario y dejara en la casa á la muger (1). Este caso, si entre nosotros se presentara, deberia sin duda ser resuelto del mismo modo, porque aunque no espreso en las leyes se apoya en razones de equidad muy conformes al espíritu de todo nuestro derecho.

§ 2.º *Ausencia en lo tocante á la sucesion testada ó intestada.*

Gran celo han mostrado constantemente nuestros legisladores en que se cumplieran con toda integridad las últimas voluntades y disposiciones de los hombres, y porque no se defraudaran las justas esperanzas, ó mejor dicho, los legítimos derechos de los herederos, ya fuera que estos hubieran sido llamados en disposición testamentaria, ya por ministerio de la ley. Al seguir esta equitativa conducta acreditaron cuanto respecto les merecia el ejercicio de derechos

tan importantes. Ilusoria seria la testamentación, ilusoria la misma sucesión por el derecho ordenada, si el legislador no hubiera convertido su vigilancia á hacer efectivas tanto la una como la otra, y si no hubiera señalado y reprimido los fraudes, los artificios, los pretextos que pudieran impedirlo. Cuando estos males son más de temer y aparecen más próximos, es en el caso de la ausencia de los herederos del lugar donde fallece el individuo, donde están situados los bienes que constituyeron su patrimonio; mas nuestras leyes abundan en disposiciones dirigidas á resguardar esa ausencia de todo atentado y usurpación, lo cual sobre ser un mal causado injustamente al individuo, envolveria, caso de pasar desapercibido, una atrevida violación del derecho público.

Citaremos pruebas en pró de este aserto. Según las leyes de Partida, cuando muera un peregrino sin última disposición, el dueño de la casa que le habia dado el hospedaje debe llamar hombres buenos en cuya presencia formalicen por escrito inventario de los bienes; solo podrá tomar de estos lo que el peregrino le hubiere quedado á deber por el gasto que hizo: fuera de este caso toda ocultación ó sustracción será castigada con el triplo; y en fin, una vez cumplidos los requisitos prevenidos por la ley, debia poner los bienes en manos del obispo, á fin de que este llamara á los herederos legítimos y se los entregase (1). Otra disposición análoga hay consignada en el Fuero Real, la cual fue incluida en la Novísima Recopilación (2); mándase en ella á los alcaldes del lugar en que muriese un peregrino, que recojan y pongan á salvo sus bienes, saquen lo necesario para su entierro y guarden todo lo demás, dando aviso al rey para que mande proveer lo necesario. Hemos citado estas leyes que tratan de los peregrinos porque estos eran verdaderamente ausentes, en servicio de Dios, y que lejos de su familia y de su domicilio necesitaban protección que el le-

(1) Ley 23, tit. 4, lib. 7 del Dig.

(1) Ley 31, tit. 4, Part. 6.

(2) Ley 5, tit. 50, lib. 1.

gislador les otorgaba con amplitud. El ausente por lo tanto podia morir con la seguridad consoladora de que si dejaba el patrimonio que el habia adquirido y conservado, la ley lo tomaba bajo su salvaguardia.

Con objeto de evitar otro funesto abuso, que ninguno se prevaleciese de la ausencia del heredero para intrusarse en los bienes en que sucedia, se dió en lo antiguo una ley que se halla asimismo inserta en la Novísima Recopilacion (1). Conforme á ella nadie puede apoderarse de los bienes que por muerte de un individuo tocaren á los herederos á pretexto de que está vacante su posesion porque no se ha tomado corporalmente, bajo pena de perder el derecho que en ellos pudieran tener, ó no teniendo ninguno, de restituir lo que usurpasen con otro tanto ó su estimacion.

Pero donde era preciso acudir con remedios eficaces que cortaran la defraudacion, era en aquellos casos en que los herederos se hallasen ausentes á gran distancia del lugar donde se abria su sucesion; y con efecto, nuestros reyes dieron repetidas providencias dictando medidas encaminadas á que no salieran perjudicados los herederos de personas que morian en Indias; el gran espacio que de la España las separa podia dar lugar á considerables abusos, á los que se hizo frente con disposiciones radicales. Acudióse á la magistratura como la mas á propósito para proceder con acierto y justicia, y para inspirar respeto á los defraudadores; al efecto se mandó que de entre los oidores de Indias se nombrara sucesivamente uno cada año, encargándole de reunir y remitir los bienes de difuntos testados ó intestados á los herederos y legatarios ausentes en España ó en otra parte lejana. Del fallo del magistrado en las cuestiones que se suscitaban no se concedió otro recurso que á las audiencias reales, á cuya decision se dió carácter definitivo. (V. **APELACION**). El cargo anual, que despues se hizo bienal, de los magistrados,

es uno de aquellos que exigen mas vigilancia y prudencia, y en su desempeño, cuando se trata de sucesiones testadas, debe servir de norma la voluntad del testador que ha de ser cumplida, exacta y literalmente. Y es tal el espíritu que presidió á la ley en esta materia, que está prohibido se distraigan los bienes á atenciones públicas, aunque sean urgentes; se mandó que á nadie se permitiera ausentarse de las Indias sin acreditar en debida forma que nada debia á los bienes de difuntos; se concedió accion popular para evitar toda ocultacion ó disminucion; y en fin, hasta se pensó en declarar á los fiscales protectores de los bienes de difuntos. Todo esto espone y amplifica detenidamente nuestro célebre letrado Solorzano Pereira (1), al cual remitimos á quien quiera conocer esta interesante materia.

Si como hemos visto, nuestras leyes protejen á los herederos en su ausencia para que no pierdan los derechos que legítimamente les competen, con mucha mas razon han de sentir igual proteccion los que al carácter de herederos reúnen el de hijos del difunto. No pueden los hermanos perjudicarse unos á otros á pretexto de ausencia, y por esto una ley del Fuero Real, tan moral como justa, dispone que cuando al fallecimiento de los padres ó abuelos algun hijo ó nieto se hallare ausente, el que estuviere presente que tome la herencia, no pueda negar á su hermano cuando regrese la parte que le corresponda, á pretexto de que él entró primero en la posesion; el presente y el ausente que regresó tendrán la herencia en comun, y despues cuando se haga la particion, cada cual sacará lo que le toca (2). Ha habido intérpretes que al hacerse cargo de esta ley han dado por supuesto que el hermano ausente cuando á su vuelta encuentra que el otro está poseyendo todos los bienes, puede entrar en esta posesion por propia autoridad; por nuestra parte, sin embargo, creemos

Ley 5, tit. 24, lib. 11.

(1) En el cap. 7, lib. 4 de su obra titulada: *De Indiarum jure*; tomo 2 (edicion de Madrid de 1629).

(2) Ley 8, tit. 6, lib. 3 del Fuero Real.

que en el caso, poco probable en verdad, de semejante usurpacion, el hermano perjudicado, por mas que tenga un derecho incontestable y sea victima de una injusticia tan notoria como inesperada, deberá acudir al juez para que repare el atropello: á nadie debe ser lícito tomarse la justicia por su mano, porque esto induciria la anarquía, menoscabaria el respeto que se debe á las leyes y á los que están constituidos en autoridad para hacerlas obedecer, y produciria choques violentos y repugnantes, particularmente tratándose de personas tan allegadas y cercanas. Por otra parte en la ley, cuya disposicion hemos trascrito, no hay palabra que pueda indicar se haya tolerado el uso de la propia autoridad.

Hay casos en que los legatarios sufren perjuicio por su ausencia; no porque durante ella pueda serles arrebatado lo que en el testamento se les dejó, sino porque pierden ciertas ventajas y utilidades. A veces para el disfrute del legado se requiere un hecho propio, alguna demostracion, que ínterin se realiza deja en suspenso sus efectos. Así sucederia en el caso de que se hubiera legado el usufructo de alguna cosa: si el legatario ausente dejase de pedirlo por algun tiempo, no le perderia ciertamente; pero hasta tanto que le pidiese, que entrase en posesion de la finca y diese fianza, no percibiria ni tendria derecho á reclamar los frutos y utilidades que aquella hubiere redituado; porque el usufructo no es de aquellos legados que se transfieren instantáneamente á la muerte del testador, y no dejan intervalo alguno entre este y el legatario, sino que requiere ciertos hechos y formalidades, cuya omision perjudica.

Debemos hacer mencion en este lugar del efecto del inventario hallándose algunos legatarios ó acreedores ausentes. La doctrina de la ley de Partidas es que para hacerse el inventario deben ser llamados todos aquellos á quienes dejó el testador algo en su testamento; y que si algunos estuvieren ausentes ó presentes y no quieren venir cuando les llamaren, se deberá

hacer el inventario ante tres testigos que sean hombres de buena fama y que conozcan á los herederos (1). La forma en que se espresa esta ley manifiesta que deben ser convocados así los presentes, esto es, los que se hallan en el lugar, como los ausentes. Pero estos, ¿de qué modo deben ser llamados? ¿Será precisa citacion individual, ó basta una citacion general? Parece la primera mas conforme al espíritu de la ley, pues que se trata de un acto que tan de cerca les afecta; y á esta opinion parecen inclinados los intérpretes cuando distinguen entre ausentes ciertos é inciertos, y para estos creen suficiente la convocacion general. En su consecuencia, si parte de los interesados fueron citados y otros no, estos no están obligados á pasar por el inventario que en su ausencia y sin su conocimiento se hiciera. Por lo demas la convocacion no tiene otro objeto, sino que se conozca el acto á que se va á proceder; por esto será suficiente una sola citacion, y esta no tiene carácter judicial. Basta á la ley que haya sido sabedor el interesado; si no asiste por cualquiera causa que sea, no por eso el acto debe suspenderse, ni causarse dilaciones: la misma ley tiene ya precavido el modo de suplir la ausencia, de suerte que no pueda impugnarse de clandestino ó fraudulento el inventario.

De notar es, y lo advierte Gregorio Lopez en su glosa, que solo se hace mencion de la citacion de los legatarios ausentes y no de los acreedores. Pero á pesar de este silencio, no pudo ser la intencion del legislador el escluir á estos últimos. Citándose á aquellos interesados que van á percibir algo de la herencia por título lucrativo, ¿cómo podria prescindirse de aquellos otros que no solo sostienen interés, sino que en vez de proponerse el adquirir lucro, tratan de que se les pague lo que se les está debiendo?

Hemos espuesto y tratado de fijar el sentido de la ley. La práctica, sin embargo, ha prescindido de la necesidad de citar,

(1) Ley 8, tit. 6, Part. 6.

tanto á los legatarios como á los acreedores, contentándose con la presencia de los herederos y del cónyuge sobreviviente: práctica que no merece ser tachada de perjudicial, puesto que los interesados en la herencia, aunque no sean citados, tienen salvo el derecho de hacer jurar al heredero y á los testigos que se hizo fiel enumeración de los bienes, y en todo caso podrán tachar de diminuto el inventario y reclamar cualquiera ocultación.

Las particiones, que siempre deben hacerse con toda escrupulosidad, la reclaman en mas alto grado cuando han de verificarse sin la presencia de alguno de los herederos. A fin de que á este no se le pueda defraudar ni perjudicar por los demas que tienen interés en la herencia, ha sido preciso dar á los actos de la partición una garantía segura, y por decirlo así pública, que demuestre su legalidad é imparcialidad. Por esto, siempre que hay herederos ausentes, las particiones no pueden hacerse privadamente, sino que son judiciales.

Tratándose de los efectos de la ausencia en punto á sucesiones, no podemos omitir lo que se halla determinado en el derecho para el caso en que habiendo querido un testador hacer su testamento por medio de comisario, la persona que para este encargo designase se encontrara ausente del lugar en que se ha conferido el poder. Entonces el plazo ordinario que se le concede para desempeñar su cargo ha de ampliarse proporcionalmente á la distancia de los lugares. De aquí es que si la ausencia del comisario es á punto dentro del reino, se le conceden seis meses, y si fuera del reino hasta un año (1). Comprendemos las razones de conveniencia que han movido á los legisladores para no señalar plazos demasiado largos; pero á pesar de esto creemos que el segundo de los mencionados es posible que en algunas ocasiones peque de mezquino é insuficiente, pues que quizás la persona designada se encuentre en muy remotos paises. Con esta observación no

pretendemos sostener la interpretación extensiva de la ley: no puede hacerse sin infringirla, porque el legislador queriendo remover fraudes y dilaciones al señalar los términos del cumplimiento de la comisión del testador, los ha declarado fatales é improrrogables aun en el caso de que se alegase su ignorancia.

Lugar es este de hacer alguna indicación acerca de la ley por la que se regirá la sucesión de un ausente en país extranjero; porque aunque en el párrafo segundo de la sección quinta de este artículo hicimos la oportuna distinción de estatutos y mencionamos los diferentes efectos que producen, se han suscitado muchas dudas acerca de cuál será aplicable á la sucesión á que es llamada una persona que se halla en el extranjero.

Si la sucesión es por título particular, ó si versa sobre bienes muebles, la resolución es fácil, y sobre ella están de acuerdo la práctica y los autores. En el primer supuesto se siguen las reglas generales de los estatutos, segun la clase de bienes que se transmitan: en el segundo al estatuto personal es al que hay que atenderse. Donde la cuestión existe y se debate es en la sucesión universal de bienes inmuebles. Por una parte el heredero representa la persona del difunto y continúa su personalidad, y así la sucesión debiera regirse por el estatuto personal; pero por otro lado los bienes inmuebles siguen la ley del territorio en que radican, es decir, han de estar sujetos al estatuto real. ¿Qué resolución, pues, es la que debe adoptarse? Conocemos la fuerza de ambas bases, y ninguna puede ser absolutamente rechazada; conocemos tambien que ambas se oponen y se excluyen mutuamente en este caso; pero por esto mismo nos decidimos en favor del estatuto real. Este es el que mas favorece, ó mejor dicho, el que mantiene intacto el principio fundamental de la independencia y soberanía de las naciones; él es el que en caso de duda merece ser seguido como ya tenemos advertido en este mismo artículo. Y como ni la práctica de las naciones es uniforme ni tam-

(1) Ley 5, tit. 19, lib. 10 de la Nov. Recop.

poco es unánime la opinion de los autores, como existe una verdadera duda, nos parece lo mas acertado que la sucesion se rija por el estatuto real. Véase **AUBANA**.

Sin embargo, cuidemos de distinguir lo que se refiere propiamente á la sucesion de los bienes y la capacidad de la persona que á ella es llamada. Esta es una cualidad inherente á la persona, puramente exclusiva del heredero, y como tal está sujeta á los efectos del estatuto personal. Es muy importante tener esto en cuenta para no incurrir en errores y confundir cosas distintas entre sí.

§ 5.º *Ausencia en lo relativo á contratos.*

Vamos á tratar en este párrafo del influjo que la ausencia ejerce en las obligaciones con que se ligan las personas: materia de interés y de frecuente aplicacion, y que por lo tanto requiere una esposicion clara y metódica. Averiguar primeramente qué concepto, qué capacidad tienen los ausentes en el derecho para poder contraer, y examinar despues algunas obligaciones en que se tocan dificultades respecto á su subsistencia y requisitos; tales son los puntos que nos proponemos desenvolver.

Los romanos no fueron muy afectos á los contratos celebrados entre ausentes, y de esta verdad puede convencerse cualquiera que tenga un mediano conocimiento de su derecho. Cierto es que los ausentes no estaban incapacitados de proveer á sus mútuas necesidades por medio de convenciones; tal extremo ya no hubiera sido un principio de derecho, sino una pena, una interdiccion. Los ausentes podian verificar convenciones por carta, por mensajero ó por otro medio que escogieran, y su convencion era válida (1); sus pactos producian iguales efectos que los que verificaban los presentes; así, por ejemplo, el que se llamaba de *constitutá pecuniá* (2). No solamente los pactos, sino en general los contratos entre ausentes, estaban reconocidos

por el Derecho romano; porque cuando se enumeran los requisitos de estos últimos no se requiere la presencia, antes bien se significa claramente que se admite la representacion del ausente. Pero la regla indudable de que el ausente podia pactar y aun contratar, tenia una escepcion muy significativa y estensa, como que comprendia aquella forma de obligacion mas solemne, mas importante y mas frecuente, la estipulacion. Requiriendo esta indispensablemente la concurrencia de la pregunta y la respuesta de los contratantes, era preciso que el que respondia hubiera oido la pregunta, es decir, hubiera estado presente: fuera de esto la estipulacion era nula, ó como decian los romanos, inútil. De aquí que los ausentes no podian estipular; de tal suerte, que si hecha la pregunta por el estipulante, no estaba ya presente cuando el prominente daba la respuesta, el acto era inútil é ineficaz y no habia estipulacion (1). Este principio era fundamental en el Derecho romano antiguo; le encontramos formulado en el Digesto y en las Instituciones de Gayo (2), y conservó su importancia posteriormente á pesar de las reformas radicales que hizo Justiniano, quien le consignó como indudable y reconocido (3), porque aunque en sus instituciones (4) alude á una de sus constituciones (5), en esta solo se propuso cortar los fraudes que algunos usaban para eludir el cumplimiento de sus obligaciones á pretésto de no haber estado presentes; probar la ausencia, pero sin atribuir á los ausentes facultad de estipular, tal fue el objeto de Justiniano.

Nuestro derecho de Partidas, olvidando los antecedentes del que existia en nuestra patria, siguió las huellas del de los romanos. Tomó de ellos la estipulacion bajo el nombre de *promission*, y exigió para su validez como requisito indispensable, que ambos contratantes estuviesen presentes (6).

(1) Pr. y párr. 1 de la ley 1, tit. 1, lib. 45 del Dig.

(2) Párr. 138, com. 3.

(3) Ley 3, tit. 39, lib. 8 del Cód. y párr. 42, tit. 19, lib. 3 de las Inst.

(4) Loco cit.

(5) Ley 14, tit. 28, lib. 8 del Cód.

(6) Ley 1, tit. 11, Part. 5.

(1) Ley 2, tit. 11, lib. 2 del Dig.

(2) Párrafo 3 de la ley 14, tit. 5, lib. 15 del Dig.

Así se formó la regla á la que se pusieron varias excepciones (1). Diósele grande importancia, y así al autorizar los esponsales y el matrimonio entre ausentes, como ya espusimos en su lugar oportuno, se tuvo buen cuidado de espresar que se concedía como excepcion. «E esto ha lugar *señaladamente* en los desposorios, é en los casamientos (2).» No trataremos nosotros de desenvolver la doctrina que encerraba el principio adoptado en las Partidas, porque, sobre estar hoy derogado, no tuvo un solo momento de vida en la práctica, y siempre permaneció extranjero en nuestros códigos.

En esto no puede haber duda, desde que D. Alonso XI al mismo tiempo que daba fuerza de obligar á las Partidas promulgó el célebre ordenamiento de Alcalá. Declaró en él que valiera toda obligacion en que de cualquier modo constara que hubo voluntad de obligarse, y que ninguno pudiera poner excepcion de que «fue hecho el contrato ú obligacion entre ausentes» ni de que se verificó «en nombre de otros entre ausentes.» Sea la que quiera la interpretacion que se adopte de esta ley, no podrá menos de convenirse que en la materia de que hablamos no dió la menor autoridad á los principios del Derecho romano que habian aceptado las Partidas, y que segun ella dominan otros enteramente contrarios, á saber, que los ausentes no tienen ninguna traba, ninguna restriccion para poder contratar del modo que mejor les parezca: si consta su consentimiento, si cumplen los requisitos del contrato en que quieren comprometerse, habrán verificado un acto tan válido, tan eficaz como lo hubiera sido si estuvieran presentes. Convéncelo así la idea dominante del legislador, que lo manifiesta sin ambigüedad, y las palabras de que se valió. Propúsose desterrar de las leyes y de la práctica la estipulacion, y solo la estipulacion era lo que embarazaba la obligacion entre ausentes; dejando intacta la ausencia y naturaleza que los diferentes

contratos puedan encerrar, atacó y derogó todo lo que era de solemnidades y fórmulas, y estas eran los únicos obstáculos que quitaban la validez al mútuo consentimiento de los que se hallaban en distintos lugares. Y como si todavía no hubiera sido bastante la enunciacion clara de este pensamiento, descendió el legislador á pormenores y á ejemplos, siendo puntualmente uno de ellos la libertad de contraer de los ausentes.

Esto dicho, correspondenos ahora considerar individualmente aquellos contratos en que la ausencia pueda modificar ó dificultar. Hay algunos que reciben uso mas frecuente y general de la ausencia, constituyendo medios por los cuales un individuo que, hallándose en un lugar, le conviene seguir residiendo en él, prosigue negocios y promueve sus intereses en otra parte distinta donde tendria que trasladarse. Así el derecho ha sido benéfico con los particulares y les ha concedido fácil proporcion de atender á su utilidad, de suplir su presencia cuando esta pudiera serles gravosa. Dos son los principales contratos á que aludimos: el mandato y la gestion de negocios. Escederíamos los limites de este artículo si de ellos tratásemos, mucho mas cuando tienen su debido lugar en esta obra: baste por lo tanto indicar aquí tan solo la grande analogia entre aquellas dos clases de obligaciones. Ambas se dirigen principalmente al interés de los ausentes; por ambas son representadas sus personas y se consulta su utilidad, y en fin, ambas pueden versar sobre la misma materia y se rigen por reglas semejantes: la diferencia que les separa, es que la una supone el consentimiento del ausente manifestado espresa ó tácitamente; y la otra descansa en el consentimiento presunto, conforme á la equidad y sentimientos de los hombres; de aquí que la primera, el mandato, es un verdadero contrato; y la segunda, la gestion de negocios, es un cuasi contrato.

Hecha esta ligera indicacion, fijémosnos en un contrato en que la ausencia ofrezca alguna particularidad, tal como en

(1) Ley 2, tit. 11, Part. 3.

(2) Ley 1, tit. 1, Part. 4.

la obligación del saneamiento, natural á todo vendedor, y en general á quien trasfiere una cosa por título oneroso. Dando por supuesto que el comprador á quien se mueve el pleito sobre la cosa comprada tiene que hacer la denuncia, esto es, dar aviso al vendedor, del cual ya no podía despues exigir el saneamiento si omite aquella formalidad, ocurre preguntar si perderá este derecho dado caso de que entonces se hallase ausente el vendedor. La ley de Partidas dice solamente «tenudo es el comprador, de fazerlo saber al que gela vendió (1),» de cuyas palabras nada puede deducirse para la cuestión: Gregorio Lopez que la propone, la resuelve diciendo que si el vendedor está ausente ó no puede ser hallado se tiene por hecha la denuncia; cita en apoyo de esta resolucion una ley del Digesto (2) y menciona la opinion de un intérprete que dice, que si el vendedor está ausente fuera de la provincia, no hay obligación de denunciarle, y si no puede ser hallado, se denuncie á su familia. Dejando nosotros á un lado la disposicion de la ley romana que se cita, y la distincion del ausente dentro ó fuera de la provincia, datos poco seguros á nuestro entender, diremos que parece conveniente y aun necesario hacer siempre la denuncia al vendedor ausente, en primer lugar porque la ley no hace distincion, y en segundo por evitar perjuicios inmerecidos á una persona que no aparece con mala fé, y que tal vez sabedora del pleito suscitado concurrirá á él y podrá presentar pruebas que aseguren al comprador en la posesion de lo que adquirió. Solo en los casos de que la ausencia del vendedor fuera incierta y no pudiera encontrarse su paradero, ó cuando se hallara en pais lejano, nos conformariamos con que se tuviera por hecha la denuncia, ó se hiciera á la familia que hubiera dejado el ausente, mas en el primer caso exigiriamos aun que se hiciera la denuncia por medio de los periódicos oficiales.

Pero lo que está fuera de duda, porque

la ley lo espresa, es que hallándose ausente el vendedor, el comprador tiene que apelar de la sentencia que se diera sobre la cosa, perdiendo de lo contrario el derecho al saneamiento (1). Los intérpretes en su mayor parte concretan la disposicion de la ley al caso en que fuera injusta la sentencia, sosteniendo que si fuera justa ó dudosa no estaria obligado el comprador á apelar; nosotros sin embargo no podemos aceptar opiniones á que no se presta el contesto de la ley, ni hacer en ella distinciones cuando su disposicion es general.

Tambien la ausencia de un deudor puede producir, y de hecho produce efecto en el contrato de fianza anejo á la obligación principal. El fiador está obligado á pagar lo que debe el deudor; pero solo en cuanto se averigüe que este no puede satisfacer á su acreedor, es decir, subsidiariamente. A este efecto el fiador goza del beneficio llamado de escusion. Ninguna duda puede ofrecer su uso en el caso de que así el deudor como el fiador se hallaran en el mismo lugar donde se reclama el cumplimiento de la obligación; pero ¿y caso de no hallarse allí el deudor, habrá el fiador de pagar desde luego? Así parece que debiera ser para que el acreedor no se viera burlado por la ausencia del deudor, ausencia que no debe serle onerosa. Pero por otra parte la obligación de pagar desde luego seria demasiado dura para el fiador; esto ha dado lugar á que las leyes hayan buscado un medio que concilia en lo posible opuestos intereses. Este medio está reducido á que cuando ausente el deudor, el fiador sea reconvenido al pago, puede pedir un cierto plazo para presentar á aquel, que se le debe conceder, y cuyo trascurso sin éxito le precisa á responder á la demanda entablada por el acreedor, y satisfacer la deuda (2). La ley misma espresa qué clase de ausencia debe ser esta: la ausencia del lugar donde pide el acreedor y el fiador se halla. Y respecto al plazo, aunque solo dice que puede el fiador pedirte y que le debe ser

(1) Ley 52, tit. 5, Part. 3.

(2) Parr. 1 de la ley 55, tit. 2, lib. 21 del Dig.

(1) Ley 56, tit. 5, Part. 3.

(2) Ley 9, tit. 13, Par. 3.



otorgado, esto debe entenderse solo en cuanto no está en el arbitrio del juez el exigir al punto la paga al fiador; pero no puede en manera alguna significar que si se pidiera un plazo excesivo, el juez no pueda reducirle, en consideracion á la distancia del lugar en donde se encuentre el deudor, y la mayor ó menor facilidad de encontrarle. La ley ha querido proteger al fiador, pero no concederle un pretexto para que eluda la responsabilidad que sobre él pesa.

Digamos ahora algo de la ausencia de los acreedores cuando á peticion del deudor celebran concurso de espera ó de quita. Para que el primero tenga lugar preciso es que sean todos convocados y reunidos (1), porque á todos interesa el plazo que se haya de conceder y que retarde el cobro de sus créditos. Habrán de ser citados los que estuvieren ausentes; de lo contrario no surtiría efecto la reunion de los demas, aun cuando estos constituyeran la mayoría de personas y de créditos; pero si citados no acudiesen, claro es que sin ellos puede celebrarse el concurso y que este subsiste, como que se presume fundadamente que el ausente que pudiendo venir, no vino, aprueba el acuerdo de los otros.

Hay algunas particularidades en el concurso de quita, particularidades que demuestran cuan benignas han sido nuestras leyes respecto de la suerte del deudor. Reunidos los acreedores, si acuerdan remitir alguna parte de la deuda, esta remision es válida, aunque alguno de los acreedores estuviera ausente: esta regla sufre dos escepciones, pues que el ausente podrá impugnar y obtener que no le dañe la rebaja acordada por los demas cuando la parte de su deuda sobrepuje á la que todos estos componen, ó si algunos bienes ó cosas del deudor le estuvieran especialmente hipotecados ó empeñados (2). Dos dudas pueden suscitarse respecto á la inteligencia de la ley, á saber: si es de absoluta necesidad que sean convocados todos los ausentes, y si lo que

se dice de un ausente debe ser estensivo á varios ausentes, cuestiones de que hablaremos al tratar de este concurso.

Vamos ahora á hablar de un punto con el que daremos fin al presente párrafo: las donaciones entre ausentes. Acerca de ellas han discurrido los intérpretes con extrema latitud, como que era esta una de sus cuestiones predilectas; no les seguiremos nosotros por todo el ancho campo que recorrieron, antes bien, nos ceñiremos á esponer con toda sencillez los antecedentes y el principio fundamental de tan reñida controversia.

En el Derecho romano no tropezamos con dificultad alguna; á nuestro modo de ver no puede ser mas claro ni mas esplicito. Antes de Justiniano sabido es el carácter que la donacion tenia; era una de aquellas convenciones en que el derecho no reconocia causa civil de obligar, y por esto el ciudadano que queria desprenderse de una cosa en favor de otro, no tenia que elegir sino entre estos dos medios; ó hacer una estipulacion, en cuyo caso la donacion era del todo eficaz, no como donacion, sino como estipulacion, ó verificar la entrega de la cosa, cuya tradicion encerraba en sí todo el acto, puesto que no podia recurrirse á pacto alguno, á que la ley diera validez. De estos dos medios el primero estaba vedado entre ausentes, como ya hemos demostrado anteriormente; pero respecto del segundo, claro es hasta la evidencia que aprovechaba á los ausentes, puesto que no habia dificultad en que á nombre del donante entregara un individuo la cosa al donatario. Terminantes están los jurisconsultos romanos: «*Etiam per interpositam personam donatio consummari potest*,» dice Paulo (1), y en otro lugar: «*Absenti sive mittas qui fêrat, sive, quod ipse habeat, sibi habere cum jubcas, donari recte potest* (2).» Esto por lo que hace al derecho ante Justiniano; en el Justiniano, la donacion salió de la esfera reducida que antes tuvo, adquiriendo el concepto de pacto legítimo,

(1) Ley 5, tit. 15, Part. 5.

(2) Ley 6, tit. 15, Part. 5.

(1) Ley 4, tit. 5, lib. 50 del Dig.

(2) Ley 10 del tit. y libro citados.

pero esta variacion, lejos de derogar el principio de que habia donacion entre ausentes, le confirmó mas, porque estos podian pactar; así es que no vaciló el mismo Justiniano en dar cabida en su Código á una constitucion de Diocleciano y Maximiano en que se decia: «*Nec ambigi oportet, donationes etiam inter absentes validas esse* (1).» El derecho romano por lo tanto siempre admitió la donacion entre ausentes.

Pasando al exámen del derecho patrio encontramos en las Partidas una ley que hablando de los modos por qué puede hacerse la donacion, se espresa así: «Cuando aquel que quiere fazer la donacion, es en otra tierra... non la puede fazer si non por carta ó por mensajero cierto, en que le embie á decir señaladamente lo que le da (2).» Conforme esta ley con el principio de que puede haber entre ausentes donacion, se concreta solamente á prescribir la forma, forma de que no será lícito al donante separarse. Gregorio Lopez dedica á esta parte de la ley citada una glosa llena de doctrina digna de consultarse, y en ella propone esta cuestion: ¿podrá hacerse donacion al ausente fuera de los requisitos de la ley de Partida, supuesta la célebre ley del ordenamiento de Alcalá (3)? y despues de decir que es este punto bastante dudoso se decide por la negativa. La razon principal que alega es que la mente de la ley del Ordenamiento no fué la de quitar la forma dada por el derecho á los contratos que se verifican por el consentimiento, pues entonces se seguiria el absurdo de que la venta hecha á un ausente que la ignorase seria válida, sino que solo se propuso quitar la forma antigua de la estipulacion, y dar vínculo á las obligaciones de cualquiera modo que uno quiera obligarse á otro. Creemos que en esta parte no es aceptable la opinion de Gregorio Lopez, ni exacto el fundamento en que la apoya. La ley del Ordenamiento no varió en nada los requisitos esenciales é intrínsecos de los con-

tratos, esto es para nosotros indudable; pero decir que en cuanto á los estrínsecos solo tuvo por objeto destruir la estipulacion, nos parece inexacto y que estrecha mas de lo justo el espíritu y la letra de la ley. El legislador no quiso únicamente atacar la forma de la estipulacion, sino toda otra forma con la que se pretendiera reducir y coartar la espresion del consentimiento; por eso dice que valga la obligacion *en qualquier manera* que resulte la voluntad de obligarse, es decir, que se respetó el fondo de los contratos; pero se quitó la importancia, la necesidad de las formas. Y por ventura, si solo se quiso atacar la estipulacion, ¿podria entenderse la ley? No ciertamente, porque entonces ó habria de decirse que el legislador no sabia en qué consistia la estipulacion, ó espresó mucho mas de lo que se proponia: ¿no prohíbe, por ejemplo, que se oponga la escepcion de no haberse celebrado el contrato ante escribano público? Y ¿quizás se necesitaba la intervencion de este funcionario en la estipulacion? Basta, pues, la simple lectura de la ley para convencerse de la inexactitud del aserto de Gregorio Lopez, aserto que él mismo parece desvirtuar en el curso de su glosa. Por otra parte juzgamos inoportuno el simil tomado de la compra-venta, porque por lo mismo que la ley del Ordenamiento no ha confundido la índole de cada contrato, aquella no puede dejar de ser bilateral, á diferencia de la donacion que es unilateral. Haciendo aplicacion de lo que dejamos dicho, si bien sostenemos que la donacion descansa en el mútuo consentimiento, y no la tenemos por irrevocable y consumada por la sola voluntad del donante, creemos se halla derogada actualmente la necesidad que á este imponia la ley de Partidas de valerse precisamente de carta ó mensajero cierto; y que bastará para la subsistencia de la donacion cualquiera otra forma á que se apele, siempre que conste el consentimiento.

Debemos prescindir de todas las demas cuestiones que los intérpretes agitan; porque unas son ociosas, mucho mas, despues

(1) Ley 6, tit. 54, lib. 8 del Cód.

(2) Ley 4, tit. 4, Part. 5.

(3) Ley 1, tit. 1, lib. 10 de la Nov. Recop.

de haberse introducido en nuestro derecho principios diferentes á los del romano; otras, aunque interesantes, son comunes no solo á las donaciones entre ausentes, sino tambien á las que puedan hacerse entre presentes. No queremos, pues, ni sobrecargar demasadamente este artículo, ni exceder los límites á que está concretado.

### SECCION VIII.

#### DE LA AUSENCIA CON RELACION A LOS JUICIOS.

En las tres secciones anteriores hemos considerado á la ausencia en lo que se refiere al ejercicio de los derechos civiles en general, á las relaciones de familia, á la propiedad, á los contratos y á las sucesiones; en esta vamos á considerarla con relacion á los procedimientos, medios para los cuales se hacen eficaces los derechos que la legislacion consagra. Seguimos en esto el método que ordinariamente adoptan los autores de hacer preceder las materias de derecho civil, á las que solo se refieren á la ritualidad y solemnidades de los juicios, ó para esplicarnos en el lenguaje espresivo de Bentham, las leyes sustantivas á las adjetivas. Para mas fácil inteligencia de las materias de esta seccion, la dividiremos en tres párrafos. En el primero trataremos de sus principios capitales, de las reglas que pueden considerarse como generales á toda clase de juicios: el segundo estará destinado á tratar especialmente de los juicios civiles, y de los criminales el tercero.

#### § 1.º Disposiciones comunes á las diferentes clases de juicios.

La ausencia no es motivo para que uno pierda las acciones que legítimamente le correspondan, ni para eludir á su vez la responsabilidad á que esté sujeto por consecuencia de las que contra él pueden entablarse. No es tampoco, ni puede ser la ausencia, motivo para que se impida al que tiene derecho de acusar, el ejercicio de la facultad que le dá la ley, y mucho menos

para que se defienda aquel á quien se imputan actos ú omisiones que la ley califica de delitos. Este es el principio capital en toda la materia de que tratamos, principio que se desenvolverá en los párrafos siguientes.

Mas conviene ante todas cosas fijar la palabra *ausencia* con relacion á los juicios. El Derecho romano (1) llama ausente al que no comparece ante el tribunal. Esta significacion, considerada ya la existencia de un juicio y el emplazamiento hecho al demandado ó acusado, es exacta y suficiente. Pero cuando se trata de las primeras diligencias que tienen lugar en las actuaciones civiles ó criminales, de aquellas que preceden al emplazamiento, la palabra *ausente* designa entonces al que no está en el lugar en que se sigue el juicio, bien sea por una causa independiente al ejercicio de la accion que contra él se entabla, bien sea porque con su ocultacion ó fuga ha tratado de eludir el responder á una demanda civil ó evitar las investigaciones y el castigo que espera por una causa criminal. Esto constituye diferentes clases de ausencia en el juicio: una anterior á la notificacion del emplazamiento que se refiere solo al caso de no hallarse el demandado en el pueblo en que se ha entablado contra él la demanda, ausencia que se presume inculpable aunque á las veces es maliciosa, y otra posterior á la notificacion ó publicacion del emplazamiento, que se presume maliciosa por llevar envuelta una desobediencia abierta ó presunta á los preceptos judiciales, si bien alguna vez es inocente por no haber llegado el emplazamiento á noticia del citado, ó por hallarse este imposibilitado de comparecer ante el tribunal que le emplazó. Esta diferencia de tiempos y de culpabilidad ó inculpabilidad de los ausentes, dá lugar á las diferencias de que hablaremos.

La ley, favorable de un modo extraordinario á algunos ausentes, ha querido eximirlos de la necesidad de presentarse á los

(1) Párrafo 3, ley 4, tit. 2, libro 39 del Dig.

tribunales por emplazamientos posteriores á su ausencia. Ha hecho mas: ha declarado que los jueces no tenian facultad para emplazarlos. En este sentido las leyes de Partida (1) establecieron que no pudieran ser emplazados los que en dia señalado tenían que hallarse con el rey ó con sus señores en una batalla, los que guardaban fortalezas ó castillos cuando se temia el peligro de que fueran atacados, los que se ocupaban en apaciguar al país en épocas de conmociones y bullicios, y los que defendian el territorio en tiempo de guerra. Estas esenciones concedidas ya por la crítica posicion en que se hallaban las personas á quienes se concedían, ya por los servicios públicos que prestaban, ya para que no se violaran los cánones de la disciplina militar, encuentran su esplicacion en la época en que se otorgaron y en la organización del servicio militar, tal como entonces se hallaba constituido. El servir hoy en la guerra, el contribuir á la tranquilidad del país durante las conmociones intestinas, el guarnecer fuertes que puedan ser atacados por el enemigo, no son motivos bastantes para que no se haga el emplazamiento por la autoridad que tenga jurisdiccion propia sobre la persona á quien debe emplazarse.

Es verdad que el servicio público que prestan los que se hallan en semejantes circunstancias será causa poderosa unas veces para dilatar el emplazamiento, por la dificultad de que sea convenientemente notificado, y otras producirá un impedimento material para que el ausente pueda comparecer por si ó por procurador á hacer valer en el tribunal que le cita el derecho que le asista: en estos casos es claro que no podrá parar perjuicio al que por semejantes motivos deja de comparecer; pero esto será, ya por consecuencia de la ignorancia del emplazamiento, ignorancia que no puede perjudicarles, ya porque una causa material les impida acudir al tribunal que los emplaza, no en virtud de un

privilegio que hoy no gozan los que sirven al Estado con las armas en la mano.

En el párrafo 5.º de la seccion I de este artículo hablamos incidentalmente de algunos que hallándose en un pueblo eran reputados como ausentes de él para ciertos efectos: uno de estos efectos es para la comparecencia en juicio cuando son demandados por un tercero. Entre los que por esta consideracion se reputan ausentes, la ley cuenta como tales á aquellos que están aquejados de graves dolencias y los que se hallan heridos, de modo que no puedan concurrir al llamamiento judicial (1); el que se halla preso; el que se casa, en el dia de la boda; aquel en cuya casa fallece alguno, hasta que haya dado tierra al cadáver; el que asiste al entierro de un allegado ó pariente, hasta que vuelve del entierro; y por último el clérigo mientras celebra misa ó dice las horas en la iglesia (2). Respecto al enfermo debe entenderse la escepcion solo cuando la enfermedad dé esperanzas de pronto restablecimiento, porque en otro caso deberá nombrar procurador (3); lo mismo que debe hacer el preso, cuya escepcion, como indica Gregorio Lopez en su glosa, es meramente personal en todas aquellas ocasiones en que hay posibilidad de que le reemplace otra persona. Los demas casos que quedan referidos en que el presente es equiparado al ausente, causan de suyo tan poco retardo, que no pueden dar lugar á grandes entorpecimientos en la administracion de justicia; pero si á la sombra de semejantes escepciones pudiera resultar que se eludiera la ley evitando un juicio ó burlando sus consecuencias, nos parece fuera de toda duda que el juez no debería paralizar ni por un solo momento el ejercicio de sus funciones. Así no habria lugar á considerar como ausente en el dia de su boda al que apareciera como sospechoso de haber perpetrado un delito cuyo castigo pudiera eludir con la fuga.

(1) Ley 2, tit. 7, Part. 3.

(1) Ley 2, tit. 3, lib. 2 del Fuero Real y ley 2, tit. 7, Part. 3.

(2) Dicha ley 2, Part. 3.

(3) Ley 11, tit. 7, Part. 3.

Previsora la ley en los casos en que hay verdadera ausencia, ha querido considerarla legítima aun cuando ya debiera haberse presentado la persona llamada á juicio, siempre que obstáculos naturales difíciles de superar, la fuerza material, un miedo de los que producen impresion en personas prudentes, ú otras causas semejantes impidiesen la concurrencia oportuna al llamamiento del juez. Así, se considerará como legítima la ausencia de aquel que no pudo asistir al emplazamiento en el día en que se le señaló, si las crecidas de los rios, las grandes nieves ó los temporales le entorpecieron el viage: así será tambien legítima la ausencia del que no pudo ir sin inminente peligro de caer en manos de saqueadores: así, por último, se considerará legítimamente ausente el que no pueda pasar por algun punto por el que precisamente deba ir para comparecer ante el juez, si sabe que allí le están armadas asechanzas; mas en este caso deberá reclamar el auxilio de la autoridad para que con su proteccion pueda obedecer al llamamiento judicial (1).

Hechas estas indicaciones generales que pueden considerarse comunes á toda la seccion, pasamos á hablar separadamente de la ausencia en los juicios civiles y en los criminales.

### § 2.º *Ausencia en los juicios civiles.*

El derecho primitivo de los romanos, en el rigor inexorable de sus fórmulas no permitía que uno representara en juicio la persona de otro ni en los actos de jurisdiccion contenciosa ni en los de la voluntaria. Este principio formulado en las precisas palabras *Nemo alieno nomine lege egere licet* (2). Consecuencia indeclinable de él era que ninguno se considerara como presente en el juicio, sino solo el que personalmente concurría á demandar, ó á contestar á la demanda que contra él se hubiera intentado. Este principio exclusivo no podia subsistir

mucho tiempo sin modificarse. Cuando entendidos los límites de la dominacion romana iba el derecho tomando un carácter mas universal, cuando gradualmente se emancipaba del rigor de las fórmulas, cuando acomodándose á las necesidades nuevas consultaba á los intereses de los que no podían comparecer personalmente en la ciudad, tuvo que renunciar á mantener íntegro su primitivo principio. Estaba aun vigente el sistema de las acciones de la ley cuando se introdujeron cuatro escepciones que limitaron la disposicion antigua. Estas escepciones eran, como nos dice Justiniano (1), *pro populo, pro libertate, pro tutela* y en el caso de la ley *Hostilia*. *Pro populo*, cuando se entablaba una accion popular ó una acusacion pública; *pro libertate*, en que el *adsertor libertatis* en el juicio *liberale iudicium* reclamaba la libertad del que estaba en esclavitud de hecho; *pro tutela*, en que el favor de los huérfanos hacia mitigar el rigor de los antiguos principios, y en el caso de la ley *Hostilia* que permitía establecer la accion de hurto en nombre de los que estaban en poder de los enemigos ó de los ausentes por causa de la república, ó de los que estuvieran en tutela de estos. Mas para usar de las mismas razones que espone Justiniano (2) siguiendo á Ulpiano (3), como la imposibilidad de entablar demanda ó presentar escepciones por otro en los demas casos ofrecia graves inconvenientes, se empezó á introducir el uso de litigar por medio de procuradores, porque la enfermedad, la edad, un viage necesario, ú otras muchas causas eran frecuentemente impedimento para que los litigantes siguieran los pleitos por sí mismos. Pero esta transicion de los principios y del carácter esclusivo del primitivo derecho á los que habian de prevalecer y ser admitidos en los pueblos modernos, no se hizo rápida y violentamente: muy al contrario, siguieron en esto los romanos su habitual conducta de ir lenta y sucesivamente mo-

(1) Ley 41, tit. 7, Part. 5.

(2) Párr. 83, com. 4 de las Instituciones de Gayo párr. inicial del tit. 40, lib. 4 de las Instituciones de Justiniano y ley 123, tit. 17, lib. 50 del Dig.

(1) Párr. inic., tit. 40, lib. 4 de las Instituciones.

(2) Párr. inicial citado.

(3) Párr. 2, ley 1, tit. 3, lib. 3 del Dig.

dificando lo antiguo, conciliando de esta manera el respeto á las tradiciones con lo que las nuevas exigencias reclamaban. Así es que cuando al sistema de las acciones de ley reemplazó el formulario, todos ó bien trataran de demandar, ó bien de defenderse de las demandas contra ellos intentadas, tenían un medio expedito para ser representados en juicio. Al efecto el que quería que otra persona le reemplazara en el juicio, constituía á uno á quien se daba el nombre de *cognitor*, lo cual se verificaba por medio de fórmulas solemnes, sin que fuera preciso que entonces se hallara presente el designado. Este no se reputaba realmente como *cognitor*, sino después de saber y aceptar el encargo que se le había conferido (1). Hecha la aceptación, el *cognitor* era considerado como la misma persona á quien representaba; sin embargo, esta innovación que tanto se separó del derecho antiguo no fué suficiente: la representación por el *cognitor* estaba sujeta á graves inconvenientes; no era el menor la dificultad y aun la imposibilidad que tenía á las veces de comparecer el ausente que necesitaba litigar: por esto fueron admitiéndose en los juicios procuradores que solo estaban revestidos de la autorización que los interesados les conferían por un mandato; mas estos mandatarios ó procuradores no absorbían en sí la personalidad del que les nombraba, no se identificaban con él, y por lo tanto no se extinguía por su nombramiento la acción ó la excepción que pudiera corresponder al representado. El procurador obraba de su cuenta y riesgo, y se decía que hacía suyo el pleito, que se constituía señor del litigio, *dominus litis*, en la concisa y enérgica expresión del derecho. Este procurador se constituía por un simple mandato, sin intervención del magistrado y sin que estuviera presente el contrario, el cual tenía derecho de exigirle la caución *rem ratam dominum habiturum* (2); caución á que no estaba obligado el *cognitor*. Corriendo el

tiempo se llegó á admitir en el juicio para que representara los intereses del demandante ó del demandado hasta un *mero negotiorum gestor*, que carecía de mandato con tal que diera la fianza de que acabamos de hacer indicación, lo que es prueba de la alteración grande y radical que el derecho antiguo había experimentado. No tardó mucho el procurador del presente, esto es, de aquel á quien el principalmente interesado había presentado al pretor y le había constituido en el mismo proceso, *apud acta* (3), aunque sin palabras solemnes, en ser equiparado al *cognitor*; esto sucedió en el imperio de Alejandro Severo: desde entonces se consideró solo sujeto á las reglas del procurador al que había obtenido mandato del ausente, esto es, de aquel que no se había presentado á constituir el procurador ante el magistrado. Este, y lo que es mas, el *negotiorum gestor*, se reputaban de igual condición al antiguo *cognitor* después que afianzaban que la persona, cuya causa sostenían, daría por bien hecho lo que ellos en el juicio practicasen (4). De este modo el rigor y hasta los vestigios del antiguo derecho fueron desapareciendo, y esto aun en tiempo de los jurisconsultos clásicos del tercer siglo de la era cristiana, hasta tal punto que vemos que ya Gayo (5) nos dice que el procurador puede ser constituido sin necesidad de palabras solemnes, ni de estar presente el contrario y aun sin que lo sepa; palabras que parodió el emperador Justiniano en sus Instituciones (6). Dice el citado jurisconsulto (7) que había muchos que pensaban que debía considerarse como procurador al que carecía de mandato, con tal que apareciera que se presentaba en el pleito de buena fé y que prestara la caución de que aquel cuyos intereses defendía ratificaría sus actos, dando por razón que algunas veces al principio del pleito no estaba claro el mandato, y que durante el litigio quedaba comprobado: *quia scipò manda-*

(2) Parr. 83 de las Instituciones de Gayo.  
 (3) Parrs 97 y 98, com. 4 de las Instituciones de Gayo.

(1) Parr. 517 de los fragmentos Vaticanos.  
 (2) Parrs. 1, 2 y 3, tit. 3, lib. 1 de las Sentencias de Paulo, y ley 36, tit. 1, lib. 5 del Dig.  
 (3) Parr. 84, com. 4 de sus Instituciones.  
 (4) Parr. 1, tit. 10, lib. 4.  
 (5) Parr. 84 citado.  
 (6) Parr. 84 citado.

*tum initio litis in obscuro est, et postea apud judicem ostenditur.* En tiempo de Justiniano el procurador del ausente no debía dar tampoco caucion con tal que estuviera nombrado en un instrumento público.

El derecho español partiendo del principio general de que todas las personas pueden ser representadas en juicio, bien tengan el carácter de demandantes, bien el de demandados, deja espedito el ejercicio de sus acciones al que está ausente, y le da los medios que le faciliten sin graves inconvenientes, seguir el juicio cuando en él le toca el papel de demandado. Hay mas: una ley (1) publicada por los reyes católicos establece que solo por los que tengan el oficio de procuradores puedan ser presentadas las pretensiones de los litigantes; lo que supone la necesidad que tienen estos de valerse de ellos, al menos, cualquiera que fuera el espíritu del legislador, esta es la inteligencia que se le ha dado en la práctica. Y si bien la ley no habla de los demás tribunales superiores ni de los supremos, se ha hecho extensiva á todos lo que dice de las audiencias, y aun á los juzgados de primera instancia desde que se han creado procuradores en todos ellos. De aquí se infiere que la presencia en el juicio es hoy de muy distinta índole que lo era entre los romanos hasta el tiempo de Justiniano: llámase presente, no solo al que comparece personalmente, sino al que lo hace por procurador, y ausente al que no comparece de ningún modo, ó bien por ignorar que ha sido demandado, ó bien por eludir los preceptos judiciales. No es de este lugar el esponer los motivos que hay para exigir que intervenga en los negocios judiciales, tanto civiles como criminales, un procurador, aunque esté presente en el lugar del litigio ó de la causa la persona á quien se representa en juicio, ni de los casos en que basta un poder general ó se necesita uno especial, ni de lo que se requiere para su presentacion en juicio. (V. **PROCURADOR, PODER, BASTANTEO**). En los tribunales

de comercio en que los comerciantes son árbitros de seguir sus litigios en nombre propio, ó de constituir por apoderados especiales para hacerlo á sus factores ó mancbos que tengan veinte y cinco años cumplidos, es circunstancia esencial para que aquellos litiguen por su propio derecho, ó estos en nombre ajeno, que tengan el domicilio en el lugar en que se sigue el juicio: fuera de estos solo pueden valerse de los procuradores de los tribunales (1), es decir, que los ausentes aunque tengan los demás requisitos de la ley no pueden ser procuradores en los pleitos de comercio.

No puede uno presentarse á juicio en nombre del que está ausente si no manifiesta el correspondiente poder. En este punto nuestro derecho por regla general es mucho mas limitado que el romano que no rechazaba al que oficiosamente se ofrecia á sostener el litigio con tal que diera la fianza de que su principal ratificaria todo lo que él ejecutara. «*Ningun ome, dice una ley de Partidas (2), non puede tomar poder por si mismo para ser personero de otri, nin para fazer demanda por él en juizio, sin otorgamiento de aquel cuyo es el pleito*». Es decir que ni aunque se halle uno ausente, puede otro entrometerse por regla general á presentarse por él en juicio. La caucion de que el principal dará por bueno lo que el procurador haga, solo se exige á los procuradores cuyo poder es insuficiente (3).

La regla general que ninguno puede presentarse en juicio ejercitando los derechos del ausente sin estar autorizado por él no es inflexible. Excepciones establecen las leyes de que aquí vamos á hablar. Mas estas excepciones no son las mismas cuando se trata de entablar acciones á nombre del ausente, que cuando se pretende solo defenderle y hacer valer las excepciones que le competen. Filosófica es la razon que ha tenido la ley para introducir esta diferen-

(1) Ley 4, tit. 34, lib. 5 de la Nov. Recop.  
TOMO IV.

(1) Arts. 54 y 55 de la ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio.

(2) Ley 10, tit. 5, Part. 3.

(3) Ley 24, tit. 5, Part. 3.

cia : debe darse mayor latitud á la defensa que al ataque. Por esto el derecho de demandar sin poder en nombre ajeno está limitado al marido en representacion de la muger , á los parientes por los parientes dentro del cuarto grado , á los a fines por el suegro , yerno ó cuñado , y á los co-herederos y condueños en la herencia y cosa comun ; la ley impone á todos estos la obligacion de presentar fiadores de que su principal dará por bien hecho lo que ellos gestionen , fianza que debe exigirse antes de la contestacion á la demanda , si el contrario la solicitare , porque despues de ella no están obligados á prestarla (1). Aunque la ley establece esta doctrina en general , no está admitido que el marido afiance ; en efecto no puede equipararse este caso á los demas que quedan referidos : el marido no se presenta oficiosamente ejercitando un derecho ajeno , sino que representante de la sociedad conyugal y de su muger tiene interés propio y ademas obligacion de defender á esta así en juicio como estrajudicialmente. De notar es que si bien la ley al dar la estension referida al derecho de demandar en nombre de otro sin poder , no expresa con palabras terminantes que se refiere al caso en que esté ausente la persona cuyos derechos se ejercitan , claramente se deduce de su contesto. En ella se leen estas palabras que limitan la facultad de demandar : *« fueras enim , si fuesse cierta cosa que el queria fazer demanda contra voluntad de aquel en cuyo nome demandava »*. De estas palabras se infiere que no es á nombre del presente por quien puede entablar la demanda el que no tiene poder : en efecto , el silencio del interesado , el no nombrar por su mandatario al amigo oficioso que se ofrece á demandar por él , es prueba suficiente de que no ha querido litigar. Parece que debe tener esto lugar aun en el caso de que la persona á cuyo nombre se ejercitan las acciones no esté en el pueblo , pero que no dista mucho de él. Agrégase á lo dicho que en los negocios civiles los tribunales por

(1) Ley 10, tit. 3, Part. 5.

regla general no interponen su autoridad cuando hay un derecho violado , sino cuando la persona en cuyo perjuicio cede esta violacion , acude á implorar su oficio y pide que se le administre justicia : por esto es mas peligrosa en ellos la intrusion de una persona que carece de derecho propio para demandar , y afecta hacerlo para defender los intereses del que estando presente ni quiere defenderlos , ni quiere darle mision para que los defienda. Mas esplicitas y claras están las leyes cuando hablan de los casos en que el hijo constituido en patria potestad teniendo al padre ausente puede comparecer en juicio , ya por sí , ya en representacion del padre. Segun ellas el hijo que por razon de estudios ó por otra causa análoga ha salido de la casa paterna , puede entablar y contestar demandas por sí en ausencia de su padre , sin necesidad de dar fianza : mas por el contrario , si es el padre el que se ausenta de su domicilio y ocurriese motivo para suscitar un pleito , ó tuviera que contestarse á demanda entablada por otro , el hijo podria presentarse á juicio , si bien dando fianza de que el padre daria por firme y bien hecho lo que el hiciere (1). Pero debe tenerse presente que si bien la ley da el carácter de apoderados á los que sin mandato espreso en los casos referidos toman la defensa del ausente , no por eso los exime de dirigir sus respectivas gestiones por medio de los que tienen el oficio de procuradores de los tribunales.

Ya hemos hablado con la suficiente estension en el párrafo 1.º de la seccion VI de este artículo , de la autorizacion que el juez con conocimiento de causa legitima , ó necesaria , ó provechosa , puede dar á la muger para hacer todo lo que con consentimiento del marido podria hacer , y de consiguiente para litigar en el caso de que este se halle ausente , no se espere su pronto regreso y haya peligro en la tardanza.

Desembarazados ya de cuanto hace relacion á la representacion del ausente en juicio , vamos á examinar lo que se refiere

(1) Ley 2, tit. 5, Part. 3.



al mismo juicio, esto es, las modificaciones á que da lugar la ausencia en las actuaciones judiciales. Para esto debemos considerar la ausencia en los dos periodos de que antes hicimos indicacion: el anterior al emplazamiento, y el posterior á él: en el primero de ellos se entiende la ausencia con respecto al pueblo en que debe seguirse el juicio, en el segundo se llama ausente al que no comparece á defender su derecho cuando ha sido emplazado, ó á proseguir su accion cuando es el demandante, segun queda espuesto en el párrafo 1.º de esta seccion.

En el primero de estos dos periodos, cuando se trata de juicios civiles, es claro que solo puede hacerse referencia á la ausencia del demandado: el demandante se presenta él mismo ó por medio de otra persona al tribunal; si no se presenta, no puede por regla general sustanciarse el juicio, porque como decian los antiguos, las acciones se dan para que aquellos á quienes interese, puedan reivindicar lo que les corresponde, ó exigir el cumplimiento de lo que se les debe. Esto supuesto debemos considerar de diferente modo la ausencia de aquel á quien se demanda, cuando consta su existencia y paradero, de la de aquel cuyo paradero ó cuya existencia es ignorada. Respecto al primero necesario es adoptar todas las medidas que sean convenientes para que sepa el llamamiento á juicio por la notificacion personal que á él mismo se le haga; por lo que toca al segundo debe procurarse en cuanto sea posible que tenga noticia de la demanda que contra él se ha entablado, si no personalmente, al menos por los medios acostumbrados de publicacion.

Despues del emplazamiento puede el demandante dejar de concurrir al juicio, falta grave en el que lo provocó: la no comparecencia del demandado debe producir distintos efectos en el que personalmente supo el emplazamiento, y el que no se halla en este caso: el primero cuando no acude á defender su derecho, da prueba de la poca consideracion que lo merecen

los preceptos judiciales, induce la presuncion de que no obra de buena fé en el punto sometido á la accion judicial, y cuando es considerado como rebelde y contumaz no tiene por qué quejarse, sino que por el contrario debe á sí mismo imputar la calificacion que sobre él ha recaido. No sucede esto con aquel á quien no se hace personalmente el emplazamiento; este puede muy bien ignorar que ha sido demandado: no puede decirse de él que desprecia los autos judiciales, ni que voluntariamente se constituye en rebeldía; si no ha venido á juicio es por ignorancia de un hecho, ignorancia invencible, que no le es imputable. Y si bien la administracion de justicia no puede detenerse ante estas consideraciones, si bien el derecho de un tercero no ha de estar en suspenso indefinidamente hasta que comparezca aquel cuya existencia ó paradero se ignora, justo es tambien que el que por su voluntad no deja de comparecer ante el juez que le emplaza, el que no da ninguna muestra de vacilacion en su derecho, no sea tratado del mismo modo que el primero. Estos son los principios en que se funda lo que pasamos á esponer.

El primer paso preliminar para entablar una demanda, es por regla general la celebracion del juicio de conciliacion. Si el demandado no está en el pueblo de su residencia, que es el que surte competencia segun espusimos en el artículo **ALCALDE**, debe ser citado por medio de oficio que se dirija á la justicia de aquel en que accidentalmente se halla: si no acude al llamamiento, se le cita segunda vez á costa suya y conminándole con una multa de veinte á cien reales, segun las circunstancias del caso y de la persona; si aun así no comparece, dará el juez por terminado el acto, franqueará al demandante certificacion de haberse intentado el juicio de conciliacion, y de no haber tenido efecto por culpa del demandado, y declarando á este incurso en la multa se le exigirá ó hará exigir desde luego (1). Preseindiendo de la mayor ó me-

(1) Art. 26 del reglamento provisional para la administracion de justicia.

nor conveniencia de emplear medios de coacción para un acto que parece que debía ser espontáneo entre los que pensarán ó tuvieren propension á avenirse, desde luego se conoce que no es extensiva la pena pecuniaria de la ley á los que están ausentes, ignorándose su paradero ó quizá su existencia. Estos no pueden ser notificados, y tampoco penados, porque sería injusto que por un hecho inculpable se les castigara. Mas como nada dice la ley relativamente á ellos, puede dudarse si el juicio de conciliación es ó no preliminar indispensable para demandarlos. Si se considera que el objeto de los juicios de conciliación ha sido procurar la avenencia de los que estén dispuestos á llevar á los tribunales sus respectivas pretensiones en sentido opuesto, y que la conciliación cuando no se sabe el paradero del demandado es imposible, parece que debería estarse por la no necesidad del juicio. Aunque se dijera que al ausente se le nombrará un curador ó defensor que le representase, cosa que no encuentra ningun apoyo en la ley, tendríamos siempre que, ó á este le debíamos considerar en el caso de no poder transigir, y entonces carecería de objeto el juicio de conciliación, ó tendría que suponerse al representante una facultad en cuyo ejercicio podría causar daños incalculables al ausente. Sin embargo nos parece mas seguro entablar el juicio, que el alcalde llame al ausente por edictos, y que no compareciendo dé el juicio por intestado, con lo cual ninguna dificultad podrá objetarse para introducir la demanda en los tribunales.

Pasemos al mismo juicio contencioso: desde luego aparece que en él no son iguales las circunstancias del demandante y las del demandado respecto á la comparecencia. El demandante se presenta voluntariamente provocando el juicio; este por lo tanto desde luego se presenta por sí ó por procurador en el pueblo en que se ha de ventilar la cuestión que suscita. El demandado por el contrario, no sabe cuando ni á las veces con qué fundamento va á ser llamado ante los tribunales, y con frecuencia está ausente del lugar

en que el pleito se sustancia. Como el litigio debe seguirse con su audiencia, es menester citarle, y por medios capaces de producir el efecto apetecido, esto es, que llegue á su noticia la demanda. La circunstancia de saberse ó no su paradero, produce, como no puede menos, diferencia en el modo de verificar esta notificación; porque en el primer caso puede hacerse saber en persona la demanda, y en el segundo es necesario apelar á medios supletorios, y entre ellos á los que mas eficaces se consideren para que pueda saber el llamamiento judicial. Hé aquí el fundamento del derecho en la diferencia del modo de hacer á uno ú á otro la citación. Mas puede suceder tambien que el presente no comparezca, porque dolosamente quiera eludir la acción judicial, viniendo así bajo cierto aspecto á considerarse como ausente, y si bien esta mala fé no puede favorecerle y perjudicar al demandante, da lugar á disposiciones particulares de que debemos hacer ligera indicación. Podemos por lo tanto considerar tres diferentes ausencias en este caso: 1.º Cuando no es hallado el demandado que está en el pueblo. 2.º Cuando se sabe que el demandado está en pueblo diferente. 3.º Cuando se ignora el paradero del demandado. Cada una de estas ausencias se rige por reglas diferentes.

Cuando no es hallado personalmente el demandado que está en el pueblo, aconsejan algunos que antes de pasar á hacer la notificación de otra manera, se le busque tres veces en distintos días y á diferentes horas, y que solo cuando así no pudiera ser hallado se proceda á emplazarle por cédula. No nos parece esto conforme con la ley (1); sus palabras testuales son: *la notificación por cédula se hará á la primera diligencia en busca sin necesidad de mandato judicial, excepto en los emplazamientos, ó traslados de demanda y las notificaciones de estado y citaciones de remate en los juicios ejecutivos.* A nuestro modo de entender las palabras *excepto en los emplazamientos y siguientes*, se

(1) Art 3 de la ley de 4 de junio de 1837.

refieren á la cláusula *sin necesidad de mandato judicial*, y no á las en que espresa el legislador que la notificación por cédula debe hacerse á la primera diligencia, es decir, que en los emplazamientos, notificaciones de estado y citación de remate cuando no se encuentra el demandado á la primera diligencia en busca, es necesario mandamiento judicial para hacerla por cédula, lo que no es obstáculo para que el juez mande que antes de hacer la citación de esta manera, se repita una ó dos veces la diligencia de buscar al demandado, ó le señale día y hora en que espere al escribano que va á emplazarle, lo que pende del prudente arbitrio judicial, atendidas las circunstancias del caso y la importancia de semejantes notificaciones. La cédula debe estar estendida en los términos que espondremos en su oportuno lugar. **V. NOTIFICACION.**

En los negocios de comercio, en el caso de que el alguacil á quien se entrega la cédula de citación no encuentre á la persona á quien va dirigida, debe dejarla en su domicilio á su muger, pariente, criados ó vecinos, haciendo relación ante el escribano del juzgado de haberlo así practicado, y del nombre y apellido de la persona que hubiere recibido la cédula (1).

Basta esto por lo que respecta al emplazamiento del demandado que está en el pueblo, y que por medios mas ó menos maliciosos, ó inocentes quizá alguna vez, no recibe personalmente la citación para comparecer en juicio.

Pasemos al caso segundo, esto es, cuando se sabe que el demandado está en pueblo diferente. Esto puede desde luego expresarlo el que entabla la demanda, ó bien resultar al ir á hacer el escribano la diligencia del emplazamiento personal. En este último caso pondrá el escribano diligencia de no haber sido hallada la persona, así como también del punto en que se le haya manifestado que se halla domiciliada ó re-

sidente. Igualado de este modo un caso con otro, ambos siguen las mismas reglas. A petición del demandante, si el demandado se hallase en el territorio de la demarcación del juez, se oficiará al alcalde del pueblo en que este resida para que le mande comparecer en el juzgado con objeto de que se le haga la notificación: si se hallare en jurisdicción de otro juez, pero dentro del territorio de la misma audiencia, se expedirá un exhorto con la expresión necesaria para que el juez del partido en que se halle, le mande emplazar y comparecer á evacuar el traslado de la demanda (1). Mas cuando el juez en cuya jurisdicción se hallase el ausente, estuviese en territorio de diferente audiencia que el exhortante, deberá este remitir el exhorto al regente de la audiencia de aquel, que deberá cuidar de su pronto cumplimiento. De lo que deben contener los exhortos para el emplazamiento hablaremos en el lugar conveniente. **V. EXHORTO, ENPLAZAMIENTO.**

En los negocios de comercio cuando la demanda se dirige contra persona que siendo de ageno domicilio no reside de presente en el lugar del juicio, se pasa exhorto requisitorio al tribunal de comercio, ó en su defecto al juzgado de la vecindad del demandado, para que se le haga el emplazamiento, lo que se verifica siempre por medio de cédula, como por regla general previenen las leyes mercantiles en toda clase de emplazamientos: en este exhorto el tribunal fija con relación á la distancia del pueblo en que resida el demandado el término en que el emplazado debe comparecer (2). La persona á quien no se conozca domicilio ni lo haya expresado en ninguno de los documentos que acompañan á la demanda, será emplazada en cualquier punto donde resida (3).

En el tercer caso de los tres que antes enumeramos, esto es, cuando se ignora el paradero del demandado, y de consiguiente sea ineficaz la citación personal ó por cé-

(1) Art. 112 de la ley de enjuiciamiento de 24 de julio de 1850.

(1) Ley 59, tit. 4, lib. 11 de la Nov. Recop.

(2) Art. 113 de la ley de Enjuiciamiento.

(3) Arts. 114 de la ley de Enjuiciamiento.

dala, debe hacerse por medio de pregones y edictos que se fijen en los lugares acostumbrados de los pueblos en que es de presumir llegue á su noticia la citacion, y en los periódicos oficiales. Esto mismo tiene lugar cuando las personas á que se cita son inciertas, ó aunque ciertas sean tantas que no puedan ser facilmente habidas ó conocidas para hacerles la citacion. En los negocios de comercio cuando no se puede descubrir el paradero de la persona demandada, debe hacerse la citacion dirigiéndola al juzgado, en cuyo territorio tuvo su última vecindad, entregándose la cédula de emplazamiento al alcalde para que la haga fijar en las casas consistoriales; otra igual se fija en los estrados del tribunal donde pende el juicio, publicándose tambien en el Boletín oficial de la provincia (1).

Esplicado ya cuanto es conveniente respecto á la ausencia considerada antes del emplazamiento, pasemos á tratar de la posterior á él. La ley no ha podido considerar bajo el mismo punto de vista la no presencia en el juicio de aquellos que teniendo noticia de las providencias judiciales las desprecian y no comparecen á sostener sus respectivas acciones ó escepciones, y la de los que dejan de comparecer porque no saben que han sido emplazados. Por esto, al paso que califica á los primeros de contumaces y determina que en su ausencia y rebeldía se sigan los pleitos y que les pare perjuicio su irregular conducta, protege á los segundos, nombrando personas que los reemplacen en el cuidado de los intereses acerca de que versa el pleito que contra ellos se suscita. En lugares mas oportunos tratamos de los contumaces (V. **AUSENTE, CONTUMACIA, REBELDIA**), y examinamos la condicion del actor que promoviendo el juicio se ausenta de él, y la del reo que ó no se presenta al emplazamiento del juez, que ha llegado á su noticia, ó que abandona el juicio en que una vez se empuñó. Aquí solo vamos á hacer algunas indicaciones respecto al emplazado, á cuya

noticia, ó no llegó el emplazamiento, ó al menos no consta que llegara. A este una ley de Partida (1) le equipara con el cautivo, y á uno y á otro con los herederos inciertos. Segun la espresada ley el que quiere demandar al ausente debe acudir al juez para que nombre persona que guarde los intereses del demandado en el pleito que se le va á promover: hecho esto puede entablar su demanda y seguirla por todos los trámites con la persona que el juez hubiere nombrado, de tal manera, que en cuanto así se ejecutare con buena fé y sin fraude, la defensa que hiciere la persona en quien hubiera recaído la eleccion del juez surtirá iguales efectos que la que pudiera producir la verificada por el ausente si hubiera comparecido. Gregorio Lopez en su comentario á las Partidas da á este guardador judicial de los intereses del ausente el nombre genérico de curador: la práctica, sin embargo, le aplica el de defensor del ausente. Cualquiera cosa que se hiciere antes del nombramiento del defensor será nula: no dejan ninguna duda de ello las terminantes y esplicitas palabras de la ley de Partida «*E cuando tal guardador fuere dado, puede entrar en juyzio con él, é todo cuanto razonare ó fiziere por el derechamente, é sin engaño será valedero tan bien, como si estoviese delante aquel cuyos fuesen los bienes. Cu de otra guissa non vendria la demanda que fiziesse.*» Solorzano dice que del mismo modo que se da al ausente incierto quien le defienda cuando se suscita contra él un litigio, así debe practicarse tambien con el que ha marchado á las Indias. Esta opinion podrá ser sostenible, y aun nos parece bien, cuando se trate de cuestiones que por su índole exigen una pronta resolucion aunque tenga el carácter de interina ó provisional: así por ejemplo, sucederá en la causa de alimentos y en otras de naturaleza semejante: mas no somos de opinion que esto deba ser estensivo á los pleitos que no tienen un carácter apremiante. Fundámonos para esto en que por

(1) Art. 111 de la ley de Enjuiciamiento.

(1) Ley 12, tit. 2, Part. 3.

diligente que consideremos al defensor, no es fácil que sobre el punto acerca de que versa el litigio pueda reunirse el conjunto de datos y antecedentes que probablemente podría suministrar el que es demandado, si por sí ó por persona que él mismo nombrara se presentase en juicio. Euborabuena que en la imposibilidad que hay de citar á aquel cuya existencia ó paradero se ignora, se nombre quien en juicio le represente, pero esta medida necesaria para no paralizar indefinidamente la administracion de justicia no debe estenderse con imprudencia á mas casos que á los prescritos por la ley, ó á otros que requieran una resolucion urgente, del momento. La opinion de Solorzano es hoy tanto menos admisible, cuanto que los mayores medios y la rapidez de las comunicaciones no hacen temer las largas dilaciones que el emplazamiento del verdadero interesado causaria en otros tiempos. En este punto, sin embargo, creemos que debe dejarse latitud al prudente arbitrio del juez, el que en atencion á las distancias, al estado de paz ó de guerra, á la facilidad, interceptacion ó carencia absoluta de comunicaciones deberá resolver en cada caso lo que sea mas equitativo.

Larga seria nuestra tarea en este lugar si tuviéramos que descender á todos y á cada uno de los puntos en que la ausencia puede producir alguna modificacion en los actos judiciales. Esto no podríamos hacerlo sin el inconveniente de repetir aquí lo que ya se ha dicho ó tiene lugar mas oportuno en otros artículos de la obra. Omitimos por lo tanto hablar de la ausencia con relacion á la apelacion y á los arbitros (V. **APELACION, ARBITROS**), y á lo que se refiere á la sentencia, al juicio ejecutivo, á la competencia del tribunal respecto al español que se halla fuera de su patria, y al modo de dirigir á pais extranjero los exhortos y los emplazamientos. De la restitution por ausencia hablamos en la seccion siguiente.

Al concluir este párrafo debemos hacer mencion de una anomalia singular á que da lugar la ausencia. Por regla general na-

die puede ser obligado á demandar civilmente: al contrario, el no hacerlo, es á las veces reputado como un acto de generosidad digno de alabanza. Mas la ley ha debido precaver que á la sombra de esta facultad que tienen los particulares de dilatar la deducccion de las acciones en juicio, se diera lugar á perjuicios indebidos, perjuicios que ocasionaria á las veces el ánimo dañado de los demandantes. Así sucede en el caso de que uno sabiendo que otro se preparaba para viajar, intentara dolosamente moverle demanda con el objeto de presentarle obstáculos en la ocasion critica de marcharse. De este caso habla especialmente una ley de Partida (1) poniendo por ejemplo la demanda con que se pretende detener á los mercaderes cuando van á emprender su viage por mar ó por tierra, pero haciendo estensiva su determinacion á cualquiera otro que no sea mercader. Para cohibir la malicia de los demandantes establece que pueda la persona que tema semejante proceder acudir al juez, pidiéndole que apremie al que lo acceha que le ponga luego su demanda, y si no la pusiere, que no le oiga hasta que vuelva de su viage, á lo que debe acceder el juez. De este modo se concilian con los intereses de justicia las consideraciones que se deben á las personas, y se refrena la mala fé de los que, aun suponiendo que tengan un derecho, esperan para deducirlo en juicio el momento en que mas pueden perjudicar á sus contrarios.

#### § 5.º *Ausencia en los juicios criminales.*

No es menos interesante la ausencia del acusador, del acusado y del reo presunto en las causas criminales que la del demandante ó demandado en las civiles. A las consideraciones que son comunes á unas y otras causas se agrega en las criminales el mayor interés público de que sean castigados los delincuentes, para que el ejemplo saludable de la pena retraiga á los demas

(1) Ley 47, tit. 2, Part. 5.

de la perpetracion de hechos á que las leyes han impuesto una sancion penal. Hablaremos con separacion de la ausencia del acusador y del acusado. Mas aqui debemos advertir lo que antes de ahora hemos espuesto respecto á la acepcion de la palabra *ausencia* en lo que á los juicios se refiere. Antes de acudir ó ser citado á juicio, considérase como ausente al que se halla fuera del pueblo en que este debe seguirse y despues al que aunque está presente no acude al tribunal, ó para hacer valer el derecho que le asiste para la persecucion del delito ó para defenderse de los cargos que resulten contra él en el proceso instaurado.

Menos interesante es en las causas criminales la ausencia del acusador que la del acusado. La falta de un particular que acusa, ó el desistimiento del que habiendo acusado no quiere proseguir la acusacion ó desampara el juicio, no produce las funestas consecuencias que la ausencia del reo contra quien se dirigen los procedimientos, porque en los delitos públicos siempre es parte el ministerio fiscal, y la accion de la justicia queda en ellos suficientemente promovida. Así es que vemos que las disposiciones que se refieren á la presencia ó á la ausencia del acusador en el juicio tienen por objeto el derecho que corresponde á los acusadores y la garantía que es justo que se dé á los acusados de que caprichosamente no deben moverse acusaciones contra ellos, mas bien que atender á motivos de conveniencia pública.

Parte de lo que pudiera decirse en este lugar respecto de los acusadores está ya espuesto al hablar de la acusacion (V. **ACUSACION**). Completaremos aquí lo que no se espresó en el referido artículo. Las personas que tienen el derecho de acusar pueden desde el momento en que saben que se ha perpetrado el delito acudir á los tribunales competentes mostrándose parte y persiguiendo á los criminales. Además de esto, se notifica á los que tienen un interés mas inmediato en la persecucion del hecho criminal despues de la confesion con cargos y antes de entregarse los autos al ministe-

rio fiscal, para que si tienen á bien se muestren parte. En su arbitrio está hacerlo ó no, pero ni su ausencia ni su presencia altera en lo mas mínimo, ni introduce modificacion en el orden de los procedimientos. Hay sin embargo una diferencia digna de consideracion entre el que se presentó espontáneamente como acusador y el que compareció en juicio acusando despues de la citacion que el juez le hizo para que se mostrara parte. Este último puede desistir cuando y como quiera de la acusacion sin que por esto sufra el menor perjuicio. No sucede así con el que se presentó como acusador, pues si lo hubiera hecho de un delito de los que solo pueden ser perseguidos por el agraviado, y no prosigue la accion ni alega justos motivos para desistir de ella, debe ser condenado á pagar los gastos, las costas del juicio, los perjuicios que hubiera ocasionado y una multa (1), á no ser que hiciese el desistimiento dentro de treinta dias, y que el juez graduara que no habia procedido á entablar la acusacion con malicia, sino por error (2). Aunque la ley dice que en este último caso puede el acusador desistir de la acusacion sin pena, esto no debe entenderse de las costas y gastos del juicio ni de la indemnizacion de los perjuicios que se originasen al acusado, porque seria una cosa injusta que recayese esto sobre aquel á quien se imputó un delito que no se le probó; y es mucho mas equitativo que le sufra el que con indebida ligereza promovió el juicio. Mas ni aun en el caso referido podria el acusador abandonar la acusacion cuando procedió con malicia ó cuando no se conformó el procesado que estuvo ya reducido á prision (3). Todo lo cual se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el acusado ó denunciado de entablar en su caso una accion criminal si la acusacion ó denuncia hubiera sido declarada calumniosa por sentencia ejecutoriada (4).

Mas complicado es el derecho respecto á

(1) Ley 47, tit. 1, Part. 7.

(2) Ley 49, tit. 1, Part. 7.

(3) Dicha ley 49.

(4) Art. 218 del Código penal.

la ausencia del reo. Este punto debe ser examinado á la luz de la historia: consideremos al efecto cual fue el derecho romano en los tres diferentes períodos en que puede dividirse su procedimiento criminal, comprendiendo en el primero desde la fundacion de la ciudad hasta la introduccion de las cuestiones perpétuas, el segundo hasta Augusto, y el tercero hasta finalizar el imperio de Justiniano; division de períodos la mas á propósito á nuestro juicio para comprender bien el procedimiento criminal de los romanos.

En el primer período, esto es, desde la fundacion de Roma hasta la introduccion de las cuestiones perpétuas, tres eran los motivos que podian dar lugar á que no compareciera en juicio el acusado: primero, el haberse él desterrado voluntariamente; segundo, el no comparecer sin explicar los motivos; tercero, el manifestar excusas para no presentarse. Cuando el acusado habia marchado voluntariamente al destierro y sus parientes ó amigos así lo manifestaban, el destierro era confirmado por el pueblo que solia pronunciar contra el desterrado la interdicion del agua y del fuego: no por esto dejaban de exigirse las cantidades que habian sido prometidas para garantir su comparecencia (1). Cuando el acusado dejaba simplemente de comparecer, se votaba la condenacion; mas algunas veces se fijaba un término antes de señalar la pena: despues de la sentencia se procedia á la confiscacion de los bienes del que habia sido condenado, confiscacion aplicable tambien al caso del que voluntariamente se desterraba, si iba á un lugar en que no debiera residir. Cuando, por último, el acusado manifestaba motivos que le impedian comparecer, con objeto de retardar el juicio, estos debian ser tomados en consideracion por el magistrado que acusaba (2).

En el segundo período que como hemos dicho comprende desde la introduccion de las cuestiones perpétuas hasta Augusto,

cuando no comparecia el acusado por haberse él mismo desterrado, sucedia lo que hemos dicho en el anterior, el destierro era confirmado por el tribunal y se pronunciaba contra el reo la interdicion del agua y del fuego: pero si la ausencia provenia de otra causa y no daba una excusa digna de admitirse, pronunciaba el tribunal la pena correspondiente al delito causa del juicio, si bien esperaba hasta la tarde para hacerlo (1). Cuando el reo por medio de sus parientes ó amigos manifestaba las causas para no comparecer, el tribunal declaraba si eran ó no suficientes, aplazando el exámen de la causa para otro día en caso de serlo, y en otro imponiendo al reo la pena correspondiente al delito.

En el tercer período, que comprende, como hemos dicho, hasta el fin del imperio de Justiniano, podia el acusado hacer constar por cualquier ciudadano los motivos que le impedian comparecer; si estos eran reputados como suficientes se le concedia un plazo; en el caso contrario ó en el que no presentase razones para no acudir á juicio, se seguian los procedimientos en su contumacia. Se comenzaba entonces apoderándose desde luego de sus bienes, y al mismo tiempo el tribunal le requería por escrito para que compareciera, y se dirigía una requisicion á las autoridades del lugar en que se hallaba el acusado para que le vigilaran, procuraran su captura y le remitieran al punto donde debian juzgarlo (2). Pasado un año del requerimiento sin que el acusado hubiera comparecido ó alegado los motivos admisibles que le impidieron hacerlo, si el delito era de poca gravedad se le condenaba simplemente; mas si el crimen llevaba consigo una pena capital ú otra grave, como por ejemplo la condeuacion á minas, no se pronunciaba contra el ausente (3), si bien los bienes que como hemos dicho, habian sido ocupados antes, eran confiscados, confiscacion que

(1) Cic. in Verr. 2, 17.

(2) Párrs. 1 y 2, ley 1, tit. 17, lib. 48 del Dig.

(3) Párr. único de la ley 1, tit. 17, párr. único de la ley 6, tit. 19, lib. 48 del Dig., ley 1, tit. 40, lib. 9 del Cód.

(1) Dien. Habic. X, 8, Tit. Liv. 11, 15.

(2) Tit. Liv. 38, 82.

subsistia aunque despues se presentara. Presentándose comenzaba de nuevo el proceso, y si se le encontraba culpable se le imponía la pena fijada por la ley, absolviéndote en otro caso; pero esta absolucion no daba lugar á que la confiscacion se revocara (1). Ann en algunas causas habia lugar á la condenacion del reo ausente cuando se trataba de penas graves: así se halla espresamente ordenado respecto á los que eran acusados en virtud de la ley Cornelia por homicidio, envenenamiento ó castracion (2), así tambien se ordenó respecto á los dependientes de justicia, *apparitores*, que por venalidad faltaban á sus deberes (3). Escriche si bien se hace cargo de estas últimas disposiciones del derecho romano, dice que en los demas casos no se atrevian los romanos á juzgar á los ausentes, porque en su opinion la equidad no permitia condenar á uno sin oírle. Alega en su apoyo una ley que hemos citado (4): las palabras en que se funda son: «*Divi severi et Antonini Magni rescriptum est, ne quis absens puniatur: et hoc jure utimur ne absentes damnentur; neque enim inaudita causa quemquam damnari æquitalis ratio patitur.*» Todo lo que de la parte de la ley que trascribe puede inferirse, es que los ausentes ni pueden ser condenados ni penados, no el que no tenga lugar la tramitacion del juicio en su contumacia: y aun esto no es tan absoluto como se supone, porque segun dejamos espuesto, procedia la condenacion siempre que se trataba de delitos que no fueran muy graves, y respecto de los graves habia las escepciones que dejamos espuestas.

Pasemos á nuestro derecho. La ley 4, tit. 3, lib. 2 del Fuero Real habla del modo con que deben proceder los jueces contra el que fuere acusado de muerte ó de otro delito que mereciese pena capital y no compareciere al juicio: despues de establecer que el juez debe emplazar al acusado

para que comparezca ante él en el término de nueve días si tuviere bienes raíces, y que si no los tuviere de fianzas, diferencia que se fundó sin duda en la presuncion de que el que tiene bienes no huye por regla general, añade que si el emplazado que tuviere bienes raíces no compareciere en el término presijado, debe procederse al embargo de sus bienes muebles y raíces, y á emplazarle dentro de otros nueve días: si en este segundo término comparece, debe pagar las costas, y por el *despreciamiento* una pena pecuniaria de cantidad proporcionada sin duda en el reinado de D. Alonso X, pero insignificante hoy atendida la gran diferencia que tiene el valor de la moneda. Mas si á este segundo plazo no comparece, incurre en la pena del homecillo y es emplazado por tercera vez y por otros nueve días, pasado cuyo tiempo si se presenta ha de ser oído respecto al delito que se le imputa, pero no con relacion á la pena en que cayó por su culpa por no obedecer á los llamamientos judiciales: en el caso que no comparezca, se le reputa como presente. Reglas semejantes establece la ley cuando el acusado no está en el territorio del juez. Debe llamársele por pregones y notificársele en la casa en que moraba, para que comparezca dentro de un mes, y si no lo hace se le embargan sus bienes: cuando no comparece se dan segundos pregones y de nuevo se hace la notificacion dicha, fijándole el término de otro mes: si comparece en este segundo plazo debe pagar las costas y la pena del desprez, y si no comparece incurre en la pena del homecillo; se dan pregones por tercera vez, y si entonces se presenta debe ser oído respecto á la acusacion, mas no acerca de la pena en que ha incurrido por contumacia. Pero la ley se hace cargo al propio tiempo de las personas que por enfermedad, por carecer de libertad ó por cualquiera otro impedimento no han podido comparecer, estableciendo que si lo probaren no sufran perjuicios por ello. No nos parece exacta la inteligencia que da Escriche á esta ley del Fuero Real, cuando

(1) Ley 2, tit. 40, lib. 9 del Cód.

(2) Par. 2, ley 4, tit. 8, lib. 18 del Dig.

(3) Ley 31, tit. 47, lib. 9 del Cód.

(4) Ley 1, tit. 17, lib. 48 del Dig.



supone que su disposicion es que si al tercer plazo no compareciere el acusado se le dé y declare por autor del delito que se le atribuye. Basta para convencernos de esto el leer las palabras de que usa la ley al hablar de la no presentacion del que por tercera vez ha sido citado ó pregonado: «*é si no viniere dentro por fecho:*» y mas adelante *é si á este plazo tercero no viniere, dentro por fecho:*» es decir, que á pesar de su ausencia siga adelante el procedimiento. Así lo entendió tambien el célebre jurisconsulto del siglo XV Alonso Diaz de Montalvo. Las leyes del Estilo, que como es sabido esplican y completan el Fuero Real, establecieron reglas que debian observarse en la sustanciacion de las causas contra ausentes (1).

Las leyes de Partidas adoptaron un sistema parecido al del Fuero Real, si bien no se limitaron á los delitos capitales, sino que hablaron en general de todos. Segun ellas (2) si el delincuente huía ó se ocultaba, debia ser citado por pregones en el pueblo de su domicilio, y no teniendo domicilio, en el lugar en que cometia el delito. Si no comparecia en el término que se le señalaba se le citaba por un segundo pregon, señalándole treinta dias para que compareciera, y conminándole con apoderarse de sus bienes. En caso que el reo no compareciera se hacia inventario y embargo de todos sus bienes, y se procedia de nuevo á pregonarlo hasta por tercera vez por término de treinta dias cada uno, pasados los cuales si no comparecia dentro de un año y manifestaba justas causas que le excusasen, sus bienes eran confiscados, salvo el derecho que tuviere á ellos su muger ó cualquiera otra persona. Si comparecia dentro del año ofreciendo dar caucion de estar á derecho, recuperaba sus bienes y era oido, sin mas pena que la en que hubiera incurrido por no comparecer á un emplazamiento en pleito civil. Si muriere dentro del referido año, sus herederos recuperaban los bienes sin satisfacer nada

por la contumacia, á no ser que se persiguiera un delito de los que podian ser condenados despues de la muerte del perpetrador. Por último, si el reo comparecia despues de trascurrido el año y quisiera defenderse, deberia ser oido acerca de la pena, pero no en cuanto á la confiscacion.

El Ordenamiento Real (1) reprodujo la ley del Fuero que queda citada, é inserta otra (2) dada por D. Juan I en Bribiesca, año de 1380, en que estableció que si alguno fuere condenado á muerte ó á perdimiento de miembro por no comparecer en los plazos señalados sin recibir informacion por la que pudiera ser puesto á tormento, se le oyera en el caso de que se presentara ó fuera reducido á prision, absolviéndole si le hallaran sin culpa, ó imponiéndole la pena que correspondiera, pero sin que fuera oido respecto á los emplazamientos, costas y homicillo.

Pero la ley que debe considerarse hoy como base del procedimiento criminal contra ausentes es la que los reyes católicos establecieron en las Ordenanzas de Alcalá en el año de 1505, ley reproducida por D. Felipe II en 1566 y que está entre las recopiladas (3). Ordénase en ella que cuando no fuese habido aquel contra quien debe procederse criminalmente y el delito sea de aquellos en que deban secuestrarse los bienes, se haga el secuestro sin necesidad de ningun pregon; que el juez emplazase tres veces de nueve en nueve dias al reo ausente, sin hacer diferencia de que esté dentro ó fuera de la jurisdiccion; emplazamiento que debe hacerse por pregones, notificaciones en su casa si la tuviere y fijando edictos en los sitios públicos; que en el emplazamiento se haga relacion del delito, del término, pregones y rebeldias acusadas. Cuando el llamado por edictos no comparece al primer plazo, acusada que sea la rebeldía, es condenado á la pena del desprez: si se presenta en el segundo plazo, paga el desprez y las costas, y es

(1) Leyes 47, 48, 56, 119, 140 y 148 del Estilo.

(2) Ley, 7, lit. 8, Part. 3.

(1) Ley 9, tit. 2, lib. 5.

(2) Ley 15 del mismo tit. y lib.

(3) Ley 1, lit. 27, lib. 12 de la Nov. Rec.

oido ; si no se presenta, acusada que le sea la segunda rebeldía, si el delito es de muerte, ó tal que merezca muerte, debe ser condenado en la pena del homecillo: si se presenta al tercer plazo, pagadas las penas del desprecio, del homecillo y costas, es oído. Cuando el emplazado no comparece en el tercer plazo, acusada que le sea la rebeldía, manda el juez que le pongan la acusación y que responda á ella dentro de tres días: si en este término no se presenta, acusada la rebeldía, se tiene el pleito por concluso y se recibe la causa á prueba por un término que no puede exceder del ordinario: en él se examinan los testigos que puedan deponer de la culpabilidad ó inocencia del procesado, y así continúa el pleito hasta pronunciarse la sentencia. En el caso que el procesado sea preso antes de la sentencia definitiva, es oído, pagando costas, desprecios y homecillos; lo mismo sucede cuando su presentación ante el juez es posterior á la sentencia, con tal que sea dentro del año despues que se pronunció. Pasado el año se ejecutan las penas pecuniarias, respecto á las cuales no puede ser oído el que no se presentó, aunque sí en cuanto á las corporales. Cuando el acusado moria dentro del año, en los casos en que con arreglo á la legislación antigua la acusación no se estingua por la muerte, debian ser oídos los herederos respecto á las penas pecuniarias. Por último, declara la misma ley que no se guarde la 7, tit. 8, Part. 3, en la parte que dispone que el rebelde pierda todos sus bienes, y ordena que hecho el secuestro, si el reo no comparece á los treinta días, el juez haga vender en pública almoneda los bienes secuestrados que no pudieren conservarse sin deterioro, con pregones de tres en tres días, y adjudicándolos en el último pregon á quien mas diere por ellos.

Hemos concluido con la esposición de la parte legislativa que se refiere al procedimiento criminal contra reos ausentes. Antes de pasar á considerar esta materia en el terreno de la práctica, y de esponer las modificaciones que la introducción de dis-

posiciones generales modernas ha ocasionado, nos parece oportuno defender los principios en que se funda nuestro derecho de los ataques que ha recibido.

Muy lejos está de nosotros querer que se persiga á la inocencia, querer que se ejecute una pena en el hombre que no ha sido oído, aunque sea porque huya del rigor de la justicia; pero no queremos tampoco que á la sombra de esto se den tales dilaciones al juicio criminal que se borren los vestigios del delito y la posibilidad de convencer de su crimen al delincuente. Por esto al mismo tiempo que vemos con placer que la práctica de los tribunales ha venido á dejar sin efecto una ley (1) recopilada que establecía que los bandidos y salteadores sentenciados en rebeldía, cuando fueran aprehendidos sufrieran la pena sin que se les diera audiencia, aplaudimos los principios en que se funda nuestro derecho y práctica vigentes, principios que concilian los intereses permanentes de la justicia con la defensa que no puede rehusarse á los que gimen bajo el peso de una acusación. Esto nos hace vindicar al procedimiento en rebeldía de las tachas de bárbaro é inútil, con que ha habido quien haya pretendido combatirle. No es bárbaro en el sentido de deber su origen á las naciones que derogaron el poderoso imperio de Occidente, porque, como hemos visto, data de época muy lejana en Roma el seguimiento y fallo de las causas contra ausentes; no es tampoco bárbaro por la injusticia que envuelve, porque lejos de suponer que el que no se presenta es el autor del delito, no considera como prueba ni aun como presunción de delincuencia á la fuga, ó á la ocultación del que es perseguido como reo; al contrario, ni atenúa ni agrava los cargos que sobre él pesan, la justicia los pondera en su fiel balanza por lo que de sí mismos arrojan: si no se oyen las esculpaciones del procesado es porque él se niega á darlas, es porque ó no puede, ó no quiere manifestar todos los hechos, todas las cir-

(1) Ley 1, tit. 17, lib. 12 de la Nov. Rec.

cunstances que conduzcan al esclarecimiento de la verdad. En esto guarda analogía el Código penal con los procedimientos, puesto que al que se fuga de la prisión mientras están pendientes las actuaciones no le impone pena, considerando que obedece al estímulo irresistible de su libertad, y que debe imputarse su evasión á los que no emplearon las medidas que debían para su custodia. No es tampoco *inútil* el procedimiento contra los reos ausentes: si se omitiera inmediatamente que se comete ó se sabe la perpetración de un delito la práctica de las diligencias más necesarias para acreditarlo y para descubrir á sus autores, desaparecerían casi siempre los vestigios del delito, y sería imposible en todo tiempo la reunión de datos que hubieran de servir en su día para condenar al delincuente, lo que daría por resultado que la fuga, que la mala fé del que huía de comparecer ante los jueces que pedían, que deseaban oírle, sería causa de su impunidad y del escándalo universal. Agrégase á esto que el enjuiciamiento criminal en rebeldía produce á favor del delincuente la ventaja de poder saber la extensión é intensidad de los cargos que se le hacen, y que sucede no pocas veces que el que por temor de una pena grave no ha comparecido, cuando ve que se le ha castigado con menos severidad de lo que creía, se resuelve á comparecer para poner término á las angustias que una vida errante y de persecuciones trae consigo.

Defendidos así los principios en que se funda nuestro sistema criminal de enjuiciar cuando hay reos que desobedecen á los llamamientos judiciales, pasemos á exponer las reglas que se siguen en la práctica, ya conforme al tenor literal de las leyes, ya supliendo el silencio ó poca expresión de estas, ya acomodándolas á las variaciones que otras disposiciones generales han introducido en el modo de seguir las causas criminales. Sentaremos como bases el principio de que los procedimientos que se siguen en rebeldía de los encausados no cambian ni modifican el orden

del juicio. Redúcense solo á fijar las reglas que deben seguirse para el llamamiento de los fugados, y á introducir la ficción de que están presentes los ausentes, los cuales son representados por los estrados del tribunal. Mas esta ficción en nada altera las garantías del juicio, en nada atenta al principio de que ninguno debe sufrir una pena sin ser oído, porque en cualquier tiempo que comparezca la persona contra quien se dirigen los procedimientos, es oída y tratada del mismo modo que si nunca hubiera huido de la acción de la justicia.

Inmediatamente que el juez fundado en motivos suficientes cree á alguno autor del delito que persigue, aun en el caso de que este haya huido, antes de acudir á medios de publicidad que conocidos por el fugado le darían ocasión y facilidad de burlar las pesquisas judiciales, adopta con sigilo cuantas medidas le sugiere su prudencia y su sagacidad para procurar la captura del reo. Estas medidas varían según la naturaleza de cada caso, porque ya el juez personalmente y con sus dependientes acude á los sitios en que cree que puede verificar la sorpresa del criminal, ya manda á estos que la verifiquen con arreglo á las instrucciones que les dá, ya invoca el auxilio de los agentes de la administración encargados especialmente de vigilar por la captura de los criminales, ya dirige requisitorias á las autoridades de los pueblos á donde crea que pueda haberse acogido el delincuente, teniendo cuidado en todos los casos de expresar en sus instrucciones, oficios y exhortos las señas personales que de él haya, las de los vestidos que lleve, la del carruaje ó de la caballería en que se sepa ó presuma que emprendió la fuga, y cualesquiera otras que puedan conducir á la aprehensión del reo á quien se busca.

Solo después de practicadas con el secreto posible estas diligencias, que deben hacerse constar en los autos, es cuando ó bien de oficio, ó bien á petición del ministerio fiscal debe proceder al emplazamiento por pregones y edictos que se fijan en los

lugares de costumbre, por tres veces consecutivamente de nueve días cada plazo, en cumplimiento de lo que previene la ley recopilada (1). Estos edictos y pregones deben contener el nombre del juez que hace el emplazamiento, la autoridad que ejerce, la escribanía por la que se sigue el proceso, el delito que ha dado lugar á él, los términos que han corrido en el caso de que sea segundo ó tercer emplazamiento, el lugar donde debe presentarse el procesado, la invitación para que comparezca con objeto de ser oído y dar sus descargos, el apercibimiento de que en caso de no verificarlo se seguirá la causa en su ausencia y rebeldía, entendiéndose las diligencias con los estrados y parándole el perjuicio que hubiere lugar, y por último, la fecha, para que sepa el fugado que desde ella empieza á correr el término del emplazamiento (2). Los edictos se insertan además en el Boletín oficial de la respectiva provincia, en los diarios de avisos ó cualquiera otro periódico que hubiere destinado exclusivamente á anuncios y en que suelen insertarse los oficiales.

Algunos son de opinión que los edictos no deben fijarse hasta que esté del todo terminado el sumario: este modo de pensar es bajo cierto aspecto favorable al secreto del sumario; sin embargo no está admitido en la práctica, que en el particular nos parece fundada, porque rara, muy rara vez sucederá que el delincuente que es buscado por diferentes medios y no encontrado, deje de traspasar, si es que no lo sabe de un modo positivo, que es objeto de investigaciones judiciales, y porque poniéndose los edictos durante el sumario se acelera el curso del proceso; cosa muy útil para el esclarecimiento de la verdad en las causas criminales. De la publicación de los pregones y edictos, se pone diligencia suficientemente espresiva en los autos. Concluido el término de cada uno de los edictos, debe el juez mandar que se requiera

al alcaide de la cárcel si se mandó comparecer en ella al emplazado, ó á aquel á cuyo cuidado estuviere cualquier otro lugar en que el acusado debió presentarse, para que manifiesten si este ha obedecido al llamamiento judicial: no es necesario que el ministerio fiscal acuse la rebeldía; antes por el contrario, es preferible que el juez lo haga sin su audiencia, porque ninguna utilidad produce el continuo pase de diligencias al fiscal, y dá ocasion á complicar mas el proceso con actuaciones innecesarias. Las penas del desprecio y de homicidio, de 60 mrs. la primera, y de 600 la segunda, en que, según hemos visto, incurria el emplazado que no acudia al llamamiento judicial, están en completo desuso. En su lugar tiene recibido la práctica que incurra el emplazado en las costas á que han dado lugar las diligencias para su captura ó comparecencia. Pero no debe detenerse el curso del sumario por las diligencias del llamamiento por edictos, que pueden y deben seguirse simultáneamente: lo contrario daría lugar á que se perdiera muchas veces la oportunidad de descubrir al delincuente. Concluido que sea el último término de los pregones y puesta la diligencia de no haber comparecido el reo en el sitio para que se le citó, le declara el juez rebelde y contumaz, previniendo que se continúe la causa en su ausencia y rebeldía y que se entiendan con los estrados del tribunal las providencias y diligencias que se practiquen. Respecto á los bienes del ausente que se hubieran secuestrado, está vigente la citada ley de los Reyes Católicos (1), que establece, como hemos visto, que en el caso de que no comparezca el emplazado dentro de los treinta días, se vendan en subasta pública los bienes que no puedan conservarse sin deterioro, y que se ponga en secuestro el dinero que produjeran.

Quando el sumario se halla concluido y está hecha la declaración de contumacia, se pasan los autos al acusador privado en

(1) Ley 4, tit 37, lib 4.º de la Nov. Recop.  
(2) La misma ley 4.º

(1) Ley 4 citada.

su caso y al ministerio fiscal, para que pidan lo que á su representacion corresponda; despues de oidos estos, cuando solo resulta justificado un hecho que no dá lugar á pena correccional ó afflictiva, sino solo á alguna leve, el juez sobreseerá en la causa del mismo modo que lo haria si estuviera presente el procesado (1), pero con la calidad de oír al ausente siempre que fuere habido ó que se presentare. Hay quienes suponen que cuando se sobresee no debe hacerse semejante reserva; alegan como fundamento de su opinion que á los presentes no se les oye en igualdad de circunstancias: pero se olvidan de una diferencia que no debe pasar desapercibida, á saber: que el presente ha sido oído cuando ha prestado sus declaraciones y confesion, y que no puede decirse otro tanto del ausente; si se admitiera como corriente la opinion que sostienen, vendria á pararse en el absurdo de que uno fuera condenado aunque á pena leve, sin ser oído, cosa insostenible en el derecho. Remitido por el juez el auto de sobreseimiento en consulta á la audiencia del respectivo territorio, si esta reputa al acusado acreedor á una pena correccional ó afflictiva, ó halla que por cualquier otro motivo ha debido continuarse el proceso, devuelve los autos al inferior, revocando la providencia consultada y mandando seguir la causa por todos sus trámites, en cuyo caso se observan las reglas de que hablaremos mas adelante. Pero si la audiencia confirma la providencia de sobreseimiento ó bien en los mismos términos en que la pronunció el juez inferior, ó bien modificándola y el reo despues comparece, se le oye tomándole en el mismo acto la declaracion indagatoria y la confesion con cargos, y evacuando por su resultado cualquiera diligencia, ó examinando cualquier testigo que pueda convenir al esclarecimiento del hecho que dió lugar á la causa. Verificado esto, es de nuevo oído el ministerio fiscal, y el juez en virtud de lo alegado y probado, ya decreta otra vez el sobresei-

miento consultándolo con el tribunal superior, ya acuerda la continuacion de la causa por todos sus trámites.

Cuando la causa arroja contra el procesado ausente motivos para la imposicion de una pena afflictiva, ó correccional, se continúa en su rebeldía siguiendo los mismos trámites y las mismas formalidades que si el reo hubiera comparecido. Concluido el sumario y hecha la declaracion de rebeldía, proponen el acusador privado si le hay, y el ministerio fiscal despues, lo que estiman conveniente á su respectivo derecho y á los intereses de la justicia, mas al pedir la pena contra los ausentes deben limitarse á solicitarla en su ausencia y rebeldía, y sin perjuicio de que se les oiga en cualquier tiempo en que sean habidos, ó se presenten. Del escrito ó escritos de contestacion se dá traslado al ausente por el término ordinario, notificacion que se hace en los estrados, y que en la práctica es una mera fórmula que se pone por diligencia en los autos.

No tiene lugar respecto á los ausentes la omision de la ratificacion de los testigos examinados en el sumario, omision que puede hacerse en las causas en que están presentes los procesados cuando ellos y los acusadores están conformes con la renuncia de esta formalidad. En efecto, la ley exige la renuncia espresa de la ratificacion para que esta se tenga por practicada, y el ausente no puede consentir espresamente, y lo que es mas, ni aun tácitamente, porque no puede inferirse de la ausencia que el prófugo consienta en aquello mismo que ignora, y mucho menos cuando le es perjudicial. Es verdad que resultará á las veces una doble ratificacion, como sucederá siempre que el procesado se presente ó sea habido, y abierto nuevamente el juicio manifieste que no se conforma con las declaraciones de los testigos que en sumario depusieron; pero no por esto puede decirse que es inútil la diligencia de ratificacion, practicada durante su rebeldía, porque ademas de que por las rectificaciones, aclaraciones ó adiciones que hagan los tes-

(1) Disposic. 4 del art. 51 del reglamento provisional para la administracion de justicia.

tigos darán tal vez mayor luz á la causa, y mas prendas de acierto para el fallo, puede muy bien suceder que en el intermedio que pase desde el plenario en ausencia y el que en presencia se siga, acaezca el fallecimiento de alguno de los testigos, en cuyo caso quedaria sin llenarse la solemnidad de la ratificacion necesaria siempre que sea posible si los interesados no renuncian espresamente á ella. A este acto de la ratificacion tienen derecho de asistir el acusador privado y el ministerio público, los que en su caso pueden hacer las preguntas que estimen convenientes en los mismos términos que si el procesado se hallara presente en el juicio. La providencia del juez mandando hacer la ratificacion se notifica como todas las demas en los estrados del tribunal, segun queda manifestado.

Cuando el término de prueba ha concluido, el juez pronuncia la sentencia: notificada al acusador privado, si le hay, al fiscal y al ausente en estrados con citacion y emplazamiento en la forma ordinaria, es remitida la causa á la audiencia en consulta, ó en apelacion cuando esta se hubiere interpuesto, en donde se sigue del mismo modo tambien que si estuviera el reo presente. Tanto en la sentencia pronunciada en el juzgado inferior como en la del tribunal superior se pone la cláusula de *sin perjuicio de oír al ausente en cualquier tiempo en que se presente ó sea habido*, y se notifican todas las providencias judiciales en los estrados. Confirmada ó revocada la sentencia se devuelven los autos al juzgado inferior. Esta sentencia es ejecutiva en el caso de ser absuelto el ausente procesado.

Si aquel contra quien se siguió la causa en rebeldía, llegare á comparecer ó á ser aprehendido durante el proceso ó despues de terminado no habiendo obtenido la absolucion, se abren nuevamente los autos reponiéndose al estado de sumario, ó al que tenian cuando desapareció ó se fugó el reo que se halló en un principio presente al juicio, siguiéndose por todos los trámites ordinarios.

¿Y qué sucederá si no comparece el que ha sido condenado en rebeldía? Hemos dicho antes, que atendido el rigor de una ley recopilada (1), si bien no se podian ejecutar las penas personales que se le hubieran impuesto, pasado el año desde el dia en que se habia publicado la sentencia debian llevarse á efecto las pecuniarias. Algunos sin embargo suponen que debe considerarse derogada dicha ley por el reglamento provisional para la administracion de justicia (2), el cual ordena espresamente que á ningun procesado se le imponga pena alguna sin que antes sea oído y juzgado con arreglo á derecho. Este argumento si se admitiera iria sin duda mas allá de la intencion de sus autores, porque supondria que el juez no podia imponer en rebeldía la pena en ningun caso, interpretacion que no sabemos haya sido dada por ninguno, y que tampoco está conforme con la práctica de los tribunales, que imponen la pena en rebeldía, aunque no la ejecutan en el caso en que sea habido el ausente, sino que abren de nuevo el proceso. Mas aunque admitiéramos la opinion de que la pena pecuniaria en virtud del reglamento provisional no debiera llevarse á efecto pasado el año desde el pronunciamiento de la sentencia, nunca creemos que deberia ser esto estensivo á la indemnizacion civil que se hubiera concedido al agraviado, ni al resarcimiento de los gastos del juicio que debiera hacerse, porque lo contrario daria ocasion á que el ausente, tras de eludir la pena, pudiera indefinidamente causar nuevos daños por su no comparecencia á aquel que ya habia sido antes su víctima.

Otra cuestion mas grave se suscita en la materia respecto al caso en que el reo ausente despues que supo la sentencia compareciere ó fuere aprehendido y manifestare su conformidad en sufrir la pena que se le ha impuesto; puede entonces dudarse si deberá llevarse á efecto la sentencia pro-

(1) Ley 4, tit. 37, lib. 12 de la Nov. Recop.

(2) Art. 43.

nunciada en rebeldía, ó si deberá de nuevo abrirse la causa. Escriche y los reformadores del Febrero entre otros, son de opinion de que por la conformidad del sentenciado queda ejecutoriada la sentencia y que debe llevarse á cumplido efecto: mas todos convienen en que si por la sentencia dictada en contumacia, se impusiere la pena capital, no bastaria la conformidad del procesado. No dan razon legal bastante poderosa á nuestro juicio que justifique la diferencia que proponen: lo que sientan respecto á la pena de muerte parece que debiera ser estensivo á otras penas de gran gravedad y trascendencia, á lo que se agrega que lo que se dice de las penas graves con relacion á los delitos graves, es aplicable á las penas correccionales cuando se trata de delitos menos graves. Basta para conocer esto fijarnos en las razones que se dan generalmente para separar la pena de muerte de las demas penas: estas son que no se espone al condenado á muerte al peligro de que se le castigue con otra pena mayor, y que regularmente se tendrá que remitir esta y condenarle á otra menor en razon de sus escepciones y defensas, y de quedar desvanecido con su presencia el indicio que resultaba en su rebeldía, indicio que quizá se tomó en cuenta para completar las probanzas. Si al que es condenado por un delito cuya pena en su grado máximo era la capital, se le impone esta pena, es cierto que no corre el peligro de que se le imponga otra mayor; pero tampoco se espone al riesgo que se le aumente la pena aquel que fué sentenciado á cadena perpetua por un delito cuyo maximum sea esta pena. La otra razon alcanza á toda clase de delinquentes, puesto que la presencia y la sumision voluntaria á la autoridad podrá ser un motivo para que desvanezca en parte las presunciones á que pudo dar lugar su ocultacion ó su fuga. Mas nosotros no profesamos la doctrina de que sea ejecutoria la pena por la conformidad del que fué juzgado en rebeldía: creemos por el contrario que no debe ser ejecutada por mas que el reo se someta voluntariamente á

cumplirla: perjuicios podrian resultar de ello á la causa pública, y tambien á los que fueron condenados; perjuicios que la ley no ha podido querer que sufrieran. La causa pública se perjudicaria, porque la declaracion y la confesion del reo y su presencia durante todos y cada uno de los actos judiciales, y especialmente los del sumario, da facilidad para pruebas que su fuga hace imposibles: así sucede, por ejemplo, con el que al tiempo de verificar un robo ó cometer un asesinato recibe una herida, la que en aquellos momentos y la cicatriz despues puede contribuir á comprobar ó á rastrear al menos su delincuencia, y que por falta de este medio de prueba y de los demas que á consecuencia de él pudieran haberse intentado, haya podido eludir en rebeldía la pena que mereciera, siendo esta sustituida por otra may inferior; si en este caso admitiéramos la doctrina que supone que la conformidad con la pena debe hacer ejecutoria la sentencia pronunciada en rebeldía, tendríamos que el que con su fuga habia evitado el descubrimiento del delito y que el que así se burló de la accion de la justicia, la escarneceria de nuevo aparentando sujetarse á su fallo. Tambien podría resultar un perjuicio al procesado contra la intencion de la ley. No sirve decir que ninguno puede ser mejor juez de sí mismo ni apreciar mas su interés que el reo que se sujeta á la sentencia, porque no basta que uno sin ser oido se someta á sufrir una pena personal, es necesario ademas que despues de oírle resulte que la pena es justa. La persona que huyendo de la justicia ha tenido que pasar por los horrores de una vida errante y aventurera, puede llegar á aborrecer su libertad y hasta su existencia, puede, aun sin llegar á este extremo, equivocarse en la estension del derecho que le corresponde para ser oido, puede por último hacer su sumision llevado por promesas, por seducciones, por artificios ó por asechanzas en que caiga á pesar suyo, y ni será justo prevalerse de estas circunstancias, ni dar lugar á que el procesado tuviera que arrepentirse aun-

que tardíamente, y cuando ya el mal era irremediable, de su espontánea sumisión á la sentencia. Al que no quiere defenderse hallándose presente al juicio, se le nombra de oficio un defensor, y esto despues de haberle oido en la declaracion indagatoria y en la confesion; contradictorio seria á esto considerar como ejecutoria la sentencia pronunciada en rebeldía porque no quisiera responder y defenderse aquel contra quien se pronunció.

La última cuestion que en este lugar debemos examinar es la de si podrá ó no admitirse en las causas que se siguen en rebeldía al que se presente con poder del procesado para defenderle. No hay disposicion general espresa en nuestro derecho acerca de este punto: pero hay una (1) especial en las causas que eran de hermandad, que prohíbe la admision de prócuradores de los que rehuyen la accion de la justicia. La práctica ha hecho estensiva esta determinacion á todas las causas, y con razon á nuestro juicio, porque no hay ningun motivo de diferencia que pueda justificar que no sean admitidos los procuradores en las causas de hermandad y sí en las otras. Ni creemos que esta práctica sea dura é inhumana y digna por lo tanto de desterrarse del foro, como en un arrebato de noble filantropía decia Gutierrez en su Práctica criminal. Enhorabuena que no sea peor la condicion del reo ausente que la del que se halla presente en la causa; pero tampoco es justo hacerle de condicion mejor concediéndole los mismos medios de defensa, cuando está libre de los rigores de la prision, de las molestias del juicio, de las pruebas que su indagatoria, su confesion y su preseencia podian acumular en su daño, y sobre todo en punible franquía de burlar la pena que se le imponga. Admitir la opinion contraria traeria el inconveniente de que una misma persona estuviera presente y ausente en el juicio. No se opone á la doctrina que sentamos la ley recopilada (2) que previene que el juez de

oficio debe informarse de la verdad de los hechos por todos los medios posibles, porque esto se refiere á las pruebas, y quiere decir que deben ser del mismo modo tomadas en cuenta las que sean favorables, que las que perjudiquen al procesado, pruebas que debe el juez cuidar de que queden consignadas en los autos, porque de otro modo probablemente desaparecerian con perjuicio del esclarecimiento de los hechos; pero de esta ley nunca podrá sacarse la consecuencia de que deba permitirse que se defienda por medio de otro el que es rebelde á la voz de la justicia. Tampoco puede deducirse nada á favor de la opinion contraria de una ley de Partidas (1) que permite que los parientes de aquel á quien se impone una pena gráve apelen de la sentencia, porque esto lo hacen por derecho propio, y no en representacion del condenado, ni de otra ley (2) que admite procurador al procesado por graves delitos que está ausente, porque como espresa la misma ley, los oficios de este prócurador se limitan á escusar al procesado por no haber comparecido, y son notables las siguientes palabras: «mas como quier que pueda esto fazer, en razon de escusar al acusado, con todo esso non podria demandar, nin defender tal pleyto por él en ninguna otra manera, así como personero».

Al terminar este párrafo debemos advertir que en el caso de haber sido procesados por una misma causa diferentes reos, de los cuales unos se hallen presentes y otros ausentes, los procedimientos deberán seguirse juntamente contra todos, á no ser que estando completo el sumario de los reos presentes no hubieran transcurrido aun, ó no estuvieren para concluir los plazos concedidos para la comparecencia. En este caso deberá formarse pieza separada respecto á los ausentes con testimonio de las diligencias del sumario que sean conducentes á probar el delito, y su cooperacion ó complicidad, medio con el cual se evitan dilaciones respecto á los presentes.

(1) Ley 8, tit. 33, lib. 72 de la Nov. Recop.  
 (2) Ley 1, tit. 27, lib. 12 de la Nov. Recop.

(1) Ley 6, tit. 23, Part. 3.  
 (2) Ley 12, tit. 6, Part. 3.



En cuanto á los que se fugan á pais extranjero (V. **ASILO ESTRANJERO, ESTRADICION.**)

### SECCION IX.

#### RESTITUCION POR AUSENCIA.

En las secciones anteriores se nos han presentado muchos motivos para conocer cuánto favor han dispensado las leyes españolas á los ausentes. Ahora vamos á confirmarnos mas en esta idea, habiendo reservado esclusivamente para la actual seccion del artículo la restitucion por ausencia, materia que por su carácter de generalidad era preciso ocupara un lugar aparte. Entre los diferentes puntos de que trataremos se encontrarán tal vez algunos que en todo rigor no pueden decirse corresponden á la restitucion «*in integrum*» pero nos mueve á darles cabida la grande analogía que á aquella institucion los acerca.

Por mucho tiempo ha pasado como un axioma jurídico la necesidad de conceder á los ausentes completa restitucion; axioma que indujo á los legisladores á aceptar y organizar este remedio, y á los juriscultos y hombres científicos á analizarle y ponderarle. Hoy las ideas han cambiado; y se ha comenzado á dudar acerca de la necesidad y conveniencia, no solo de aquella, sino de las demas restituciones, sin que por esto se haya desconocido de ningun modo la equidad de la proteccion de las personas en quienes recaen. Intercasante y grave es la dilucidacion de las cuestiones que con este motivo se han originado modernamente en la ciencia; pero en el presente artículo no nos es dado abordarlas. Ni siquiera podemos reducirnos á examinar si la restitucion por ausencia es ó no conveniente y provechosa, porque no podríamos esponer en este lugar los datos fundamentales y los principios que dominan toda la materia de restitucion, sin los que fuera aventurado todo cuanto dijéramos. Habremos por lo tanto de contentarnos con reconocer que nuestro derecho

actual ha consignado entre sus disposiciones la restitucion por ausencia, y sobre este hecho basar nuestras observaciones y la esposicion de la materia.

El Derecho romano ademas de la restitucion de los menores, admitia varias causas en virtud de las que podian obtenerla los mayores de edad, y entre ellas figuraba la ausencia (1). Mucho desarrollo recibió esta materia en aquel derecho; pero no pudiendo nosotros esponerla tan completa y ramificada como en sí era, y conceptuando de poco provecho cualquier resumen que ensayáramos, remitimos á nuestros lectores al tratado de Derecho romano de Savigny (2) donde la restitucion por ausencia está tratada con la profundidad y el método que distinguen al célebre jurisculto alemán. Nuestro derecho patrio está lejos de ser tan completo como el romano; aceptando el principio, parece que ha temido consignarle con franqueza, puesto que si bien presenta algunas disposiciones que muestran bien cuán convencido de él se hallaba el legislador, ni guardan entre sí conexión, ni son bastantes á formar un sistema que pueda satisfacer á las necesidades de la práctica. Por esto nos proponemos ante todo dar algunas ideas generales sobre la restitucion por ausencia, y después descenderemos á esponer lo que hemos hallado establecido en nuestros Códigos, conciliando así el conocimiento de los principios y el de los casos especialmente decididos en las leyes.

Desvanecemos en primer lugar un error que puede tener toda la apariencia de la verdad. Una misma razon de equidad hace que tanto al menor como al ausente se conceda la restitucion, porque uno y otro se hallan, aunque por distintas causas, en una misma situacion, la de no poder cuidar de sus negocios y vigilar por la conservacion de sus derechos; mas si esto es cierto, no lo es igualmente que ambas restituciones tengan la misma estension. Dis-

(1) Véanse particularmente el tit. 6 del lib. 4 del Dig. y los títulos 51 y 54 del lib. 4 del Cód.

(2) Párrafos 325 á 350, cap. 4, lib. 2 en el tomo 7 de la traduccion de Guenat.

En cuanto á los que se fugan á pais extranjero (V. **ASILO ESTRANJERO, ESTRADICION.**)

### SECCION IX.

#### RESTITUCION POR AUSENCIA.

En las secciones anteriores se nos han presentado muchos motivos para conocer cuánto favor han dispensado las leyes españolas á los ausentes. Ahora vamos á confirmarnos mas en esta idea, habiendo reservado esclusivamente para la actual seccion del artículo la restitucion por ausencia, materia que por su carácter de generalidad era preciso ocupara un lugar aparte. Entre los diferentes puntos de que trataremos se encontrarán tal vez algunos que en todo rigor no pueden decirse corresponden á la restitucion «*in integrum*» pero nos mueve á darles cabida la grande analogía que á aquella institucion los acerca.

Por mucho tiempo ha pasado como un axioma jurídico la necesidad de conceder á los ausentes completa restitucion; axioma que indujo á los legisladores á aceptar y organizar este remedio, y á los jurisconsultos y hombres científicos á analizarle y ponderarle. Hoy las ideas han cambiado; y se ha comenzado á dudar acerca de la necesidad y conveniencia, no solo de aquella, sino de las demas restituciones, sin que por esto se haya desconocido de ningun modo la equidad de la proteccion de las personas en quienes recaen. Intercasante y grave es la dilucidacion de las cuestiones que con este motivo se han originado modernamente en la ciencia; pero en el presente artículo no nos es dado abordarlas. Ni siquiera podemos reducirnos á examinar si la restitucion por ausencia es ó no conveniente y provechosa, porque no podríamos esponer en este lugar los datos fundamentales y los principios que dominan toda la materia de restitucion, sin los que fuera aventurado todo cuanto dijéramos. Habremos por lo tanto de contentarnos con reconocer que nuestro derecho

actual ha consignado entre sus disposiciones la restitucion por ausencia, y sobre este hecho basar nuestras observaciones y la esposicion de la materia.

El Derecho romano ademas de la restitucion de los menores, admitia varias causas en virtud de las que podian obtenerla los mayores de edad, y entre ellas figuraba la ausencia (1). Mucho desarrollo recibió esta materia en aquel derecho; pero no pudiendo nosotros esponerla tan completa y ramificada como en sí era, y conceptuando de poco provecho cualquier resumen que ensayáramos, remitimos á nuestros lectores al tratado de Derecho romano de Savigny (2) donde la restitucion por ausencia está tratada con la profundidad y el método que distinguen al célebre jurisconsulto alemán. Nuestro derecho patrio está lejos de ser tan completo como el romano; aceptando el principio, parece que ha temido consignarle con franqueza, puesto que si bien presenta algunas disposiciones que muestran bien cuán convencido de él se hallaba el legislador, ni guardan entre sí conexión, ni son bastantes á formar un sistema que pueda satisfacer á las necesidades de la práctica. Por esto nos proponemos ante todo dar algunas ideas generales sobre la restitucion por ausencia, y después descenderemos á esponer lo que hemos hallado establecido en nuestros Códigos, conciliando así el conocimiento de los principios y el de los casos especialmente decididos en las leyes.

Desvanecemos en primer lugar un error que puede tener toda la apariencia de la verdad. Una misma razon de equidad hace que tanto al menor como al ausente se conceda la restitucion, porque uno y otro se hallan, aunque por distintas causas, en una misma situacion, la de no poder cuidar de sus negocios y vigilar por la conservacion de sus derechos; mas si esto es cierto, no lo es igualmente que ambas restituciones tengan la misma estension. Dis-

(1) Véanse particularmente el tit. 6 del lib. 4 del Dig. y los títulos 57 y 58 del lib. 4 del Cód.

(2) Párrafos 325 á 350, cap. 4, lib. 2 en el tomo 7 de la traduccion de Guenat.

putaron acerca de este punto los intérpretes, y no faltaron quienes llegaron á creer mas ámplia y favorable la segunda: alegaban varios textos á que daban una interpretacion arbitraria, y citaban el hecho de que la ley ó estatuto que excluía al menor de la restitucion, no se consideraba que excluía al mayor. Otros hubo que se encontraron perplejos; y sin atreverse á formar su opinion terminante, conceptuaron una ú otra restitucion mas favorable segun la diversidad de casos. A nosotros nos parece que llevaban la mejor parte en esta controversia los que creían que la restitucion por ausencia no era tan ámplia como la que se da por la menor edad. Esta opinion cuenta entre sus partidarios al célebre Savigny, el cual la justifica con una razon tan precisa y tan clara que no creemos pueda ser rebatida, como que es una abstraccion por decirlo así de los casos en que las leyes favorecen á los ausentes. La restitucion por ausencia, dice, es mucho mas limitada que la de los menores; porque al paso que aquella no tiene aplicacion sino á las omisiones perjudiciales, esta ademas de las omisiones comprende todos los actos que pueden causar perjuicio. En efecto no puede haber una distincion mas convincente y decisiva.

Aparte de la materia sobre que recaen, todavia se distinguen ambas restituciones. Basta al menor alegar la lesion para que pueda ser restituido, al paso que el ausente tiene algo mas que hacer. Porque de nada le aprovecharia que aprobase su perjuicio, si no hiciera constar que ademas habia estado ausente, y que su ausencia era suficiente causa para ser restituido. Resulta por lo tanto que el ausente tiene que llenar mas requisitos. Por esto puede sostenerse con verdad que la ausencia es de por sí un motivo de restitucion, puesto que sin ella no seria la lesion causa bastante, á cuya doctrina no obsta el principio que tenemos espuesto en este artículo de que los ausentes por justas causas se reputan presentes. Las ficciones que el derecho ha introducido en beneficio de los individuos,

no pueden convertirse en daño suyo. El ausente se reputa presente, pero cuando se trata de su utilidad; así por ejemplo el condigno para guardar las distribuciones cotidianas; y ¿no seria absurdo deducir por esto que se le debe negar la restitucion? entonces ¿qué ausencia la produciria? Sin duda la menos digna y justa, la que el derecho rechaza porque en ella no se admite aquella ficcion. Es indudable de consiguiente que por la ausencia justificada y la lesion probada tiene lugar el beneficio de la restitucion. Sigamos deslindando este beneficio.

Una regla que no debe olvidarse para hacer exactas aplicaciones, y con la que podrán decidirse cuestiones que de otro modo parecerian dificultosas, es que la restitucion por ausencia no se dirige á reportar lucro, sino á evitar daño. Si de otro modo lo hubiera estimado la ley, su proteccion seria excesiva, y mas que todo perjudicial. El ausente no puede en justicia aspirar sino á que sus derechos sean protegidos y resguardados; darle otros nuevos seria una concesion inmotivada, y lo inmotivado en las leyes es injusto. Por otra parte la restitucion es un remedio odioso que no debe llevarse mas allá de lo que exija la necesidad y la conveniencia; y si el legislador debe su proteccion á los ausentes, tambien son acreedores los presentes á que no se la haga salir de sus límites naturales y se los irroguen perjuicios inmerecidos. El ausente pidiendo reparaciones de daños que no pudo precaver, de omisiones que no le sean imputables, deberá ser atendido; pero si se queja de que no adquirió derechos, de que no percibió utilidades, de que á otro se ha conferido un cargo que él solicitaba, de que un contrato que celebró no le ha sido ventajoso y de otras cosas semejantes, todo esto le será denegado porque está ya fuera de la esfera de la restitucion. Por esto decia el jurisconsulto Paulo: *sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium majoribus damus, in quibus rei duntaxat persouendo gratiá queruntur, non cum et lucri faciendi ex alterius parte, vel*

*damno auxilium sibi impertiri desiderant* (1).

Con los preliminares que hemos sentado puede ya comprenderse cual es el fundamento y el carácter distintivo de la restitucion por ausencia. Estriba esencialmente en la existencia de una lesion, y solo puede hacerse valer en tanto en cuanto exista lesion que no hemos podido precaver ni remediar á su tiempo porque el obstáculo de la ausencia lo impidió. Esas lesiones pueden ser de muy distinto género; su enumeracion, su exámen separado y completo seria imposible de realizar; pero considerando los casos mas frecuentes todos vienen á parar á una misma idea; todos caracterizan de igual modo el perjuicio que ha de dar motivo á la restitucion; á saber: la pérdida de un derecho. Hé aquí la verdadera lesion, la que es suficiente para que el remedio de la restitucion pueda ser fundado y usado con buen éxito.

Pero aun cuando hubiera pérdida de derecho y verdadera lesion, nada podrá pedir el ausente si no provienen exclusivamente de la ausencia; porque esta es su causa esencial indispensable. Así no corresponderá la restitucion al ausente que á estar presente hubiera tambien sufrido el perjuicio. Una vez que el daño tenia que realizarse, y ya no cabia recurso contra él, lo mismo significa la presencia que la ausencia del individuo, porque si durante esta ha disminuido sus derechos, la misma disminucion habria experimentado durante aquella. Puede servir de ejemplo el compromiso á que se hubiera ligado una persona de condonar cierta cantidad, de renunciar á una ventaja desde un dia determinado, que se cumple ya ausente el que hizo la promesa. Igualmente si el dueño de un campo se ausentó, y á su regreso encuentra que parte de él ha sido desmenbrado por aluvion, infundado y hasta ridiculo seria que pretendiera restitucion por este daño. No cabe por lo tanto duda en que no basta la lesion por sí ni la ausencia, ni aun la mera concurrencia de ambas; pre-

ciso es que haya correlacion que las una, y que aquella sea el efecto, la consecuencia de esta.

Casos habrá en que el ausente no pueda reclamar restitucion, porque se oponen á ella la naturaleza de los actos de que le haya sobrevenido algun daño. No es que entonces se niega la restitucion, es que esta no puede tener origen, es imposible: el favor otorgado á los ausentes tiene limites que nunca ha permitido traspasar la ley, que ha querido hacer irrevocables y de un efecto inalterable algunos actos. Así es que los términos fatales escluyen la restitucion por ausencia por lo mismo que escluyen toda otra: de lo contrario dejarian de ser propiamente términos fatales; aunque cuando la ley que los establece no escluya espresamente la restitucion, debe sobreentenderse escluida. Escogeremos para ilustrar este punto dos casos que el Derecho español nos presenta, y merecen ser examinados en esta ocasion, á saber: el testamento por comisario y el retracto. Si el testador encargó á una persona que hiciera por ella su testamento, y el nombrado se halla ausente del lugar, conceden las leyes españolas seis meses, si la ausencia es dentro del reino, y un año si en el extranjero, para que se cumpla la voluntad del testador: pero como á pesar de estos plazos, pudiera muy bien suceder que el ausente no recibiera dentro de ellos la noticia del poder que se le confiara, ó aunque la recibiera le fuera imposible cumplir su cometido, de aquí la duda de si justificados estos extremos podrá pedir restitucion por el término que trascurrió. No han faltado intérpretes que se han decidido por la afirmativa, creyéndola equitativa y admisible; pero su opinion es á todas luces inadmisibile. En primer lugar haciendo ya la ley de antemano distincion entre presentes y ausentes, y concediendo en favor de estos unos plazos más amplios que los que á aquellos otorga, no puede añadirse sin desentenderse de la mente del legislador y contrariar abiertamente su disposicion, un nuevo favor, una nueva prolongacion del

(1) Ley 13, tit. 6, lib. 4 del Dig.

término máximo fijado. Si á esto se agrega que el derecho que reclamase el ausente no sería dirigido á su propia utilidad, sino principalmente á la de quien le confirió el poder, y que su privación no le hace sentir directamente ningún daño; que no puede alegar haber recibido lesión, nos convenceremos mas y mas del ningún fundamento que asiste á la opinión de los que se esfuerzan en sostener que procede la restitución en estos casos. Hasta aquí hemos hablado en principios; afortunadamente la resolución que hemos deducido como cierta tiene su apoyo, ó mejor diremos, está consignada espresamente en la ley, consideración que debió retraer á los intérpretes á que antes hemos aludido, si no desponer su opinión, al menos de pretender atribuirle el mas pequeño valor en la práctica. Bastarian á cortar toda cuestión las palabras que encontramos: «no tenga ni dure su poder mas de seis meses,»..... «tenga término de un año y no mas» espresiones que demuestran la fatalidad de los plazos que se fijaban. Pero como si el legislador hubiera adivinado lo necesario que era insistir en dejar esta fatalidad de términos claramente marcada, y quitar todo pretesto de dudas, añadió: «los cuales términos mandados, que corran al tal comisario, aunque diga y alegue, que nunca vino á su noticia, que el tal poder le habia sido dado (1).» Ni en la teoría, ni en la práctica puede por lo tanto sostenerse con el mas ligero apoyo que el nombrado comisario tenga por su ausencia restitución contra el término dentro de que debe hacer el testamento que se le encargó.

Esto mismo sucede en el retracto; la ley del Fuero Real trascriba en la Novísima Recopilación (2) dispone que si hecha la venta de una heredad viniera á retraerla el pariente mas cercano, la tuviera para sí cuando se presentó antes de trascurrir nueve dias: compréndese con toda claridad que este término debe correr contra los ausen-

(1) Ley 5, tit. 49, lib. 10 de la Nov. Recop.

(2) Ley 1, tit. 43 del lib. 10.

tes por las palabras que se encuentran mas adelante: «y si el mas propinquo no fuere en el lugar, puédala demandar otro de su linage,» lo cual significa indudablemente que el derecho del ausente se estingue y caduca. Pero á pesar de esto todavía se suscitaron grandes pleitos y dudas; porque al cabo de largo tiempo de hecha la venta, y cuando el comprador ya habia mejorado y aumentado el valor de la heredad, acudian pidiéndola como de su patrimonio ó abolengo los parientes del vendedor, alegando entre otros pretestos; que no pudieron reclamar hasta entonces por hallarse ausentes, y pidiendo en consecuencia restitución del término ya hacia tiempo trascurrido. D. Enrique IV haciéndose cargo de estas dudas que se suscitaban, creyó que en justicia y en conciencia no debían consentirse semejantes restituciones; y que rescindir las ventas verificadas, era «cosa muy inhumana y agra, y muy sujeta á fraude y á pecado;» en su virtud declaró espresamente que el término de los nueve dias para usar del retracto corria contra los ausentes, y que «no les sea otorgado sobre esto restitución ni rescisión del tiempo, salvo que á la letra se guarde la dicha ley del Fuero. (1)» La inteligencia de la ley del Fuero Real no puede ser mas positiva y auténtica: sobre ella no puede suscitarse la mas pequeña dificultad, y es por otra parte conforme á los principios de equidad y de moral, como lo decia el preámbulo de la citada declaración de D. Enrique IV en Nieva.

Si como acabamos de ver, no pueden los ausentes ser restituidos de los términos fatales, otro tanto sucede cuando el perjuicio que han experimentado ha provenido de un acto nulo de por sí, ó que puede ser rescindido por la acción que el derecho tenga ya establecida. La restitución por ausencia es por una parte de estrecha interpretación, y por otra un remedio extraordinario, excepcional para revocar actos que de otro modo habrían de ser eficaces y sub-

(1) Ley 2, tit. y lib. citados de la Nov. Recop.

sistentes. Por esto, si las leyes requieren el expreso consentimiento, la presencia de una persona para que otra pueda ejecutar alguna cosa, y esta se ha prevalido de la ausencia, el perjudicado puede entablar acción de nulidad: si se le ha causado otro daño y tiene una acción ordinaria contra el que se lo infringió, y no hay obstáculo para que la use, ¿á qué acudir á medios excepcionales cuando ya los hay comunes para conseguir el mismo fin? Solo, pues, á falta de toda otra acción contra un perjuicio, podrá pedir el ausente restitución. La práctica no autoriza abiertamente optar entre una ú otra, pero ha consentido que cuando la acción ordinaria se entabla pueda proponerse subsidiariamente la restitución.

Habiendo ya examinado los casos en que procede la restitución por ausencia, debemos ahora decir á qué personas se otorga. Son tantas las clases de ausentes que pueden distinguirse, y tan variadas las circunstancias que en ellos concurren, que no es posible fijar reglas seguras y constantes en virtud de las que se conceda ó se deniegue el remedio de la restitución. Pretender encerrar esta materia dentro de límites fijos, y clasificarla por principios aplicables en todas ocasiones, podría parecer á primera vista muy completo y metódico, pero ofrecería motivos de grande desigualdad é injusticias en la práctica. No hay, á nuestro entender, otro recurso que el de confiar en el prudente arbitrio de los tribunales, dejándoles toda la amplitud, toda la libertad que la necesidad exige. Por esta razón solo apuntaremos algunas ideas generales y deducidas del espíritu del derecho; no porque sean las únicas que comprendan lo relativo á los ausentes que han de gozar de restitución, sino solo con el objeto de que sirvan de guía para el estudio y aplicaciones de la materia.

La restitución es un privilegio que la ley concede; se funda en que el ausente no conoció ó no pudo preservarse de los perjuicios que durante su ausencia se le han ocasionado. ¿Cómo, pues, habrá de ser esta ausencia? En primer lugar una ausencia

que haya hecho el individuo por razones que no podía desatender, nacidas ya del cumplimiento de un deber, ya de la urgencia de un interés importante, es decir, ha de haber una especie de necesidad. No queremos decir con esto que precisamente ha de ser la ausencia necesaria nacida de un impedimento que la ley ó la fuerza pongan al individuo para trasladarse de un punto á otro; sería esto ya dar una regla invariable y limitativa, regla que restringiría demasiado la restitución. Aludimos á tantas otras causas como producen los vínculos y las relaciones sociales y domésticas y que inducen al individuo á dirigir su conducta en uno ú otro sentido. Esta necesidad llega á ser tan atendible y poderosa, que no podemos menos de creerla bastante para la restitución. Además otro principio debe tenerse muy en cuenta: que el ausente no parta de su residencia por motivos ilícitos, ni tampoco se proponga fines reprobados respecto al punto donde se dirige, en los términos que después ampliaremos. Esto viene á ser una consecuencia legítima de lo que acabamos de decir; no puede haber motivos de necesidad, de imprescindible interés á los ojos de la ley cuando se trata de actos injustos é inmorales, y quien por ellos se mueva no es acreedor á la protección que en su virtud reclamara. Deducimos por lo tanto que para conceder la restitución por ausencia, deben concurrir dos circunstancias esenciales; una la necesidad, la urgencia; otra la inculpabilidad, la sana intención.

Y por lo mismo que ambos caracteres sobresalen tan de lleno en los ausentes por servicio público, las leyes les han concedido, sin vacilar, la restitución con toda amplitud; siempre han figurado, ya en los códigos, ya en las obras de los intérpretes, en primera línea. Con efecto, los que de este modo se ausentan, se someten al deber que todo ciudadano tiene de contribuir al bien de su país: el interés de este es el que se proponen, y á veces con detrimento del suyo particular. No hay duda, nunca la ha habido, de que se les concede restitución, y

tan lata como puede concederse. Por esta razon los autores siempre han propendido á interpretar estensivamente en su favor los textos legales, y de tal modo que aun han llegado á hacer ciertas excepciones de los principios generales, que como hemos visto coartan en ciertos limites la restitucion por ausencia; así han dicho que la ausencia del que sirve al Estado, no solo no debe serle perjudicial, sino que debe serle provechosa; que estos ausentes han de ser restituidos por todas las ventajas que hubieran adquirido estando presentes; en una palabra, que pueden ser restituidos no solo por los derechos que perdieron, sino por los que dejaron de adquirir; no ya por la lesion, sino aun para obtener lucro. Sin duda que tales ampliaciones han sido propuestas en atencion á un pensamiento laudable y en su fondo cierto, cual es que se debe estimular las ausencias que interesan al Estado, y dispensarse por ellas tal proteccion que ninguno recele partir de su residencia, ni tema sentir el mas pequeño perjuicio: á pesar de esto seamos cautos en dar demasiado ensanche á una materia que en último resultado siempre trae consigo la rescision de un acto válido por el que ya se crearon derechos.

Así como ninguna duda ofrece que son acreedores á restitucion los ausentes por el servicio público, de la misma manera no puede haberla en que son escludidos del beneficio de la ley aquellos que se ausentan por un motivo ilícito y reprobado. Es preciso por lo tanto que la causa de la ausencia sea laudable, ó por lo menos honesta; si hay un fin vituperable, si hay mala-fé, si hay fraude, la ley nunca puede transigir con tales motivos: los reprueba, é impide que por ellos se reporte ventaja alguna. Pero hay aquí que desvanecer una dificultad, una contradiccion aparente: el desterrado, ú otra persona que está sufriendo una condena, debe sin duda ser restituido por aquellas lesiones ocurridas en los derechos que no han sufrido disminucion ni suspension á pesar de la pena, lo cual no parece conciliable con el principio, segun el

cual la restitucion exige una causa de ausencia laudable, ó por lo menos no vituperable. Y ¿qué causa mas vituperable que el delito? Fácilmente se disipa esta confusion: es preciso distinguir la causa mediata y la inmediata que ha producido la ausencia; y en el caso de delito, no es este el que induce al criminal á ausentarse, es la pena que al delito corresponde. No se trata de una sutileza, sino de una distincion fundada y que sirve para dar claridad á la materia. Nadie duda que la persona es responsable por el delito que cometiera; se le puede imputar: revela una intencion dañada, punible; pero la ausencia, nacida de la necesidad de permanecer en el establecimiento penal ó en el punto de la condena, ¿puede imputársele igualmente? ¿Es responsable, es digno de vituperio porque no se halle en su antigua residencia donde le interesaria estar? No en verdad; el motivo de su ausencia, el motivo directo, inmediato, próximo, que es el que debe considerarse, es si no laudable, al menos no vituperable, y hasta cierto punto nos atreveriamos á decir, honesto, porque el criminal está cumpliendo su condena, que es lo que exige la ley, el buen ejemplo, y el interés de la sociedad. Si ese mismo criminal, temeroso de la accion de la justicia, se hubiera ocultado, ó fugado, ó escapádose de la cárcel, entonces no mereceria la restitucion, y no por el delito, sino porque ya le seria imputable la causa de su ausencia, y esta seria ilícita é ilegal. Es, pues, completamente exacta la idea que enunciamos; no se concede restitucion cuando la causa de la ausencia es vituperable; pero entendiendo esta causa como la inmediata, la que de por sí induce á ausentarse.

Y ya que tratamos de las personas que tienen derecho á la restitucion, debe advertirse que es preciso que hayan hecho lo posible por conservar los derechos de cuya disminucion ó pérdida se quejan. Si por su parte hubo descuido ó negligencia, impúntense á sí mismos la lesion, y no al obstáculo de la ausencia; el ausente descuidado se halla en igual caso que el presente que

tiene igual descuido; la ley es protectora y trata de remediar los males que no pudieron evitarse, pero no es la encargada de los negocios de cada ciudadano, y mucho menos cuando este los descuida. *Non enim*, decía el jurisconsulto Paulo, *negligentibus subvenitur sed necessitate rerum impeditis* (1).

Llegamos ahora á una cuestión que ha sido muy debatida, en la que se han sustentado las mas distantes opiniones, y que de suyo es bastante complicada, á saber: si la restitución se ha de conceder ó negar, segun que el ausente dejara ó no procurador. El Derecho romano no habia dado reglas seguras para poder decidirla; en sus leyes se encontraban fundamentos para sostener distintas opiniones, y los intérpretes se han visto embarazados en su conciliación. El Derecho español, ya de por sí escaso en la materia de restitución por ausencia, contiene disposiciones de que pudieran deducirse algunas reglas, pero no generales, sino solo para determinados casos. Algunos autores fundados en que solo una ley de Partidas distingue el caso de dejar ó no procurador, y en el favor que á los ausentes se dispensa en nuestro derecho, creen que indistintamente debe concederse la restitución. Por nuestra parte prescindiremos de las dificultades y conciliación del Derecho romano, porque al fin no tiene autoridad entre nosotros, y no es con arreglo á sus disposiciones como se ha de fallar en la práctica; tambien dejaremos á un lado las leyes patrias que hablan de casos especiales, y que tienen lugar peculiar en que explicarse; y reduciremos al presente nuestra tarea á fijar la teoría general que nos parece mas aceptable y justificada. Consideraremos para esto distintos supuestos que pueden realizarse: que el ausente dejara procurador y que este le defendiera sus derechos con inteligencia y celo; que fuera negligente ó poco diestro; que habiendo dejado el ausente procurador, este se inutilizara; en fin, que no le hubiera dejado.

El primer supuesto no ofrece en realidad la menor duda: ¿qué perjuicio ha de haber padecido el ausente habiendo dejado un celoso y exacto representante de su persona? Solo aquellos que él mismo á haber estado presente no hubiera podido evitar; pero por estos sabido es que no cabe restitución. Los que han sostenido que era indiferente la representación del procurador sin duda no habrán querido hacer extensiva su opinión al caso de que hablamos, porque no podria hallarse para ello el mas leve fundamento: nosotros no vemos la diferencia de estar presente ó ausente una persona que es cumplidamente representada.

Mas duda puede haber en el caso de que el procurador fuera tan negligente ó infiel que dejara de promover los intereses del ausente, ó tan inesperto y poco inteligente que los promoviera mal. Parece que entonces no podria negarse con justicia la restitución del ausente; sin embargo, no creemos exacta esta opinión, á primera vista tan aceptable y equitativa. Admitimos el principio de que el ausente no debe ser perjudicado por la mala fé, por la torpeza ó la negligencia de su apoderado: esto no podria negarse sin sostener una manifiesta injusticia. Pero ¿hemos de deducir de ahí que es necesario se conceda restitución? De ningun modo: en primer lugar algo de culpa pudiera achacarse al ausente que habiendo de dejar encomendados sus negocios, no buscó para ello una persona de su confianza, y que reuniera las dotes necesarias. Pero dejando á un lado esta consideración, porque no siempre es completa la prevision humana, y porque á veces salen fallidos los cálculos mas meditados, espondremos otra que en nuestro concepto es decisiva. El ausente que dejó procurador celebró un contrato expresa ó tácitamente, el cual está garantido por las leyes: de su fiel cumplimiento ninguna de las partes puede eximirse, y el perjuicio que una de ellas cause dá derecho á la otra de pedir y conseguir su resarcimiento. Si el apoderado, pues, no promovió los intereses que se le encomendaron, ó los promovió desacertadamente

(1) Ley 16. tit. 6. lib. 4 del Dig.  
TOMO IV.



te, el ausente podrá reclamar de él la reparación del menoscabo que sufriera por la acción de mandato, acción ordinaria, y que tiene espedita. No hay de consiguiente lugar al remedio extraordinario de la restitución. Parece nos de todo punto cierta esta opinión, y no somos los únicos que la profesamos; pero algunos, si bien conformes con ella, creen que debe hacerse una escepcion cuando el procurador no fuese solvente, porque en este caso no teniendo el ausente ya medio de resarcir el daño que ha padecido, justo es que se le admita el remedio extraordinario de la restitución. Sin embargo, ni aun entonces nos parece que deberá otorgarse: ¿debe estar sujeto por ventura á esas contingencias el resultado y subsistencia de un negocio válido? ¿debe pender del buen ó mal éxito de una acción que se entabló? No nos parece que pueda esto admitirse; la insolvencia del procurador será un daño para el ausente; pero un daño casual, una desgracia que debe soportar. Cuando se llega á un extremo semejante la ley nada puede hacer, nada debe hacer por aquel á quien ya concedió los medios de protección que á su alcance estaban.

Suponiendo ahora que el procurador que fué dejado por el ausente no promovió sus intereses ni conservó sus derechos, no porque no supiera ó quisiera, sino por un impedimento natural, ó un obstáculo que él no pudiera vencer, sin duda el ausente tendrá derecho á restitución. ¿A quién podría atribuirse ese impedimento ó ese obstáculo? Ni al mandante ni al mandatario; no hay aquí por lo tanto falta por ninguna de las partes, y á pesar de esto ha sobrevenido una lesión que no puede repararse por ningún medio, por ninguna acción ordinaria; es, pues, justo conceder la restitución. Así sucedería si el procurador hubiera fallecido.

Falta considerar aquellos ausentes que no dejaron procurador. Respecto de estos no creemos que indistintamente deba concedérseles restitución por mas que aparezcan perjudicados y sin haber tenido quien á su nombre lo evitara. El hecho de no dejar pro-

curador puede provenir de muy diversos motivos, y solo en atención á estos habrá de calificarse suficiente ó no para que haya lugar á la restitución: una ausencia precipitada, urgente, que despues se prolonga, justificará en quien hubo de hacerla la falta de nombramiento de persona á quien dejara encargados sus negocios; esta falta no perjudicará tampoco á quien no podia prever los perjuicios que despues han sobrevenido. Lo contrario sucederá cuando por descuido no se ha dejado procurador, porque ya lo hemos dicho, no hay restitución para los negligentes. El que pudiendo y debiendo dejar procurador omitió este requisito, cúlpese de su imprevisión ó abandono; la ley no otorga restitución sino á aquel que aparezca no podia prever que lo necesitaria, ó aunque lo previese, las circunstancias de su ausencia le impidieron tomar las precauciones suficientes.

Dicho lo mas importante acerca de las personas á quienes compete restitución por ausencia, convendrá indicar dentro de qué término pueden usar de su derecho. Aunque despues de la lesión continúe ausente el perjudicado, el tiempo de su ausencia no debe computarse para el término, porque es muy probable que durante él, ó aun no sepa el perjuicio, ó aunque lo sepa no le permita su situación reclamar. Por esto el término deberá correr desde que la ausencia cesó, desde que el ausente volvió á su antiguo hogar y se halla en estado de conocer cual es la situación de sus negocios y las vicisitudes por que han pasado. Hasta donde debe alcanzar ese término, es cosa que pende de la decisión del legislador y en que no cabe teoría alguna: solo debe recomendarse que no sea muy largo, sino solo el preciso, en atención á ser materia odiosa la de restitución. Por esto y fundados en las disposiciones del Derecho romano, y en las que el nuestro nos ofrece, creemos que el ausente podrá reclamar durante cuatro años desde que regresó; de suerte que encontramos grande analogía respecto á este punto entre la restitución de los menores de edad y la de los ausentes,

puesto que ambas dejan pasar todo el período de la incapacidad, cuentan su término propio desde que esta cesa, y concluyen al mismo tiempo; pudiendo asegurarse, según las palabras de Justiniano: *non absimilis sit in hac parte minorum et majorum restitutio* (1).

Aunque la restitución de que tratamos sea esencialmente por ausencia, no quiere decir esto que solo los ausentes pueden pedirla, y que en el mero hecho de cesar la ausencia, cesa la restitución, lo cual sería injusto y hasta absurdo. Esta acción no es de aquellas personalísimas en que se trata de la vindicta del propio interés, y que se extinguen con la persona; hace relación á una lesión en el patrimonio, y de consiguiente debe pasar á los herederos, principio ya reconocido entre los romanos, puesto que Ulpiano dice: *Non solum minoris, verum eorum quoque qui reipublicæ causâ abfuerunt: item omnium, qui ipsi poterunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt* (2): principio de que también han hecho aplicación las leyes patrias. Pero naturalmente esta transmisión de la restitución está sujeta á ciertas limitaciones bien fáciles de explicar, y nacidas de que no debe pasar al sucesor más derecho del que tuviera el causante. No se ha consumado por ejemplo la lesión, ó se ha consumado, pero queda plazo para reclamar contra ella, ó hay una acción ordinaria; entonces no podrá concederse al heredero una restitución que aun no ha comenzado ó que no puede tener lugar. Y lo mismo sucedería si habiendo ya regresado el ausente muere después que trascurrió el término que tenía para haber entablado la restitución.

Antes de terminar la exposición de ideas generales que hemos ido desarrollando, debemos hacer una advertencia importante, á saber: que la restitución por ausencia ofrece dos conceptos distintos y que no podrían confundirse sin grave error. No solo

el ausente tiene restitución contra el presente, sino asimismo este contra aquel. El fundamento de este doble concepto es equitativo, porque el presente puede haberse visto precisado á omitir el ejercicio de algún derecho, es decir, puede haber sufrido una lesión por la ausencia de otra persona; así es que las mismas razones que justifican la restitución del ausente justifican igualmente la de los presentes: siempre hay un obstáculo exterior que impide la conservación de un derecho. Los principios que tenemos espuestos con aplicación á la primera, pueden servir para explicar la segunda: que no haya negligencia, que la lesión tenga los requisitos necesarios, que no se trate de adquirir lucro, que falte una acción ordinaria, todo esto es común á ambas restituciones. Sin embargo, siempre habrán de admitirse algunas diferencias entre ellas, por ejemplo, la calificación de la ausencia, claro es que no puede tener la misma importancia si es el ausente, que si es el presente quien pide la restitución; lejos de esto habrá una proporción contraria: cuanto más sea desfavorecida la ausencia por el derecho, tanto más espedita será la restitución del presente. No nos detendremos por lo tanto en esplanar los principios en que descansa esta restitución, porque ó son comunes con la de los ausentes, ó las diferencias son sencillas y evidentes de deducir.

Hasta aquí hemos dado una idea general en globo de la restitución por causa de ausencia, y hemos tratado de fijar los puntos principales que ofrece arreglando nuestras observaciones al espíritu del derecho civil, á la fadole peculiar de la institución, y á la mente así del Derecho romano como del patrio. Debemos ahora convertir nuestra atención á las disposiciones particulares que este último nos presenta, y que según hemos dicho anteriormente son escasas para situaciones especiales, y están lejos de formar un sistema; pero no podemos prescindir de su examen, para no dejar incompleta la materia. Sin tratar de las disposiciones protectoras de los ausentes que ya

(1) Párr. 1 de la ley 7, tit. 35, lib. 2 del Cód.

(2) Ley 6, tit. 1, lib. 4 del Dig.

hallamos explicado, veamos qué se contiene en las leyes de Partidas y de la Recopilación.

Frecuente el cautiverio en la época del primero de estos códigos, y generalizadas por entonces las ideas filantrópicas y caballerescas, era natural que se pusiese por los legisladores especial cuidado en conservar los derechos de aquellos que tenían la desgracia de ser retenidos en poder de los enemigos. Uno de los medios que al efecto se emplearon fué el privilegio de la restitución contra la prescripción que se consumara durante el cautiverio. La ley que acerca de este punto encontramos en las Partidas es en su línea completa y clara; expresa la justicia de la restitución, el tiempo que hay para pedirla, y el modo de computarle. No debe correr el plazo legal en daño de los bienes y derechos del cautivo: si no vale ni la venta, ni el cambio, ni la donación en perjuicio suyo, ¿cómo ha de valer lo que algunos quisieran adquirir de lo suyo por prescripción? Así es que si al regresar del cautiverio hallase que se había prescrito alguna de sus cosas podría demandarla por espacio de cuatro años contados desde el tercer día que regresó. Si dejara pasar este plazo espira su derecho, á no ser que fuera menor, en cuyo caso por todo el tiempo de esta y cuatro años mas podría entablar restitución (f). Aunque la ley está terminante al designar desde cuando debe correr el quadrienio concedido al cautivo, puesto que dice: «Estos años se deven comenzar á contar, del día tercero que llegassen á sus casas,» sin embargo ha habido intérpretes que han creído que el cómputo no debía comenzar sino desde que el ausente tuviera conocimiento de la lesión: á ella se adhiere nuestro célebre Gregorio Lopez, quien cita en su favor las palabras de que la misma ley se vale: «si el cautivo.... fallasse alguna de sus cosas en poderío de otro.» No podemos admitirla, tanto porque nos lo impide el espreso texto de la ley, como porque daría-

mos estension á un privilegio extraordinario y rescisorio.

Lo que se había establecido en favor de los cautivos era igualmente aplicable á varios ausentes, favorecidos por el derecho, y de la misma manera imposibilitados de atender á sus negocios; y he aquí lo que se consigna en otra ley de Partidas, muy notable por ser de las pocas que hablan especialmente de la ausencia (1). Concede la restitución á los ausentes por razon de servicio militar, por el del rey ó del comun del Concejo, por estudios y por peregrinación; pero no limitativamente, sino por via de demostración ó ejemplo, puesto que despues de enumerarse aquellas causas se añade «ó por otra razon semejante destas» palabras que nos revelan que el legislador no queria, haciendo un alarde de provision que á veces es imposible, privar del beneficio de la ley á quienes lo merecieran segun las circunstancias de que se vieron rodeados. De las palabras de la ley se deduce que concede la restitución contra una prescripción comenzada; pero debe entenderse que cuando se pida aquel remedio, la prescripción esté completa, pues de otro modo bastaría al ausente para no perder sus cosas interrumpir la posesion de quien las tuviera, como espresa oportunamente Gregorio Lopez. Propone este tambien la cuestion de si se dará restitución por prescripción comenzada en ausencia y completada en presencia, y se decide porque puede haber restitución del tiempo que trascurrió en ausencia; por mas que esta opinion es defendible, atendido el tenor literal de la ley, creemos que se presta á razonadas impugnaciones, particularmente si el ausente regresó bastante tiempo antes de que la prescripción se completase, puesto que habria fundamento para presumirle negligente, y á los negligentes no se concede la restitución; por esto mas bien que acordarnos por una opinion absoluta, creemos preferible que en cada caso se falle por las circunstancias que medien. La restitución de que tratamos

(f) Ley 8, tit. 29, Part. 2.

(1) Ley 28, tit. 29, Part. 3.

puede pedirse en el término de cuatro años contados desde que el ausente regresó, «después de su venida» «después que el viniere» dice terminantemente la ley, en lo cual encontramos una diferencia con la que anteriormente hemos mencionado que solo se hacia comenzar el cómputo desde el tercer día; diferencia que puede ser de algun interés, y diremos mas, ocasion de algun conflicto, puesto que tambien entre las causas de ausencia de que se habla en esta ley se menciona el cautiverio. Puede por lo tanto asegurarse que respecto al dia desde que se cuenta la restitucion del cautivo hay una verdadera contradiccion en las leyes de Partidas; sin embargo, si algun caso se presentara en la práctica, no dudariamos en adoptar el término que comienza desde el tercer dia, porque en caso de duda y ambigüedad debe estarse á lo mas favorable á la persona protegida por el derecho. En la misma ley se dice que el heredero del que muere ausente, puede tambien pedir la restitucion en el mismo término de cuatro años. Pero entouces ¿desde cuándo comenzarán estos á correr? Con poca meditacion se ha dicho por algunos que desde la muerte del ausente, aserto que hemos encontrado en el mismo Escriche, tan exacto en otras ocasiones. No es desde el dia de la muerte cuando comienza el cuadrinio en beneficio del heredero; sino desde aquel en que haya este tenido noticia de la muerte, lo cual es bastante distinto. Y es tanto mas reparable que se haya cometido un error ó un descuido de esta naturaleza, cuanto que la misma ley dice terminantemente hablando del heredero, que puede pedir al juez la resticion hasta cuatro años «desdel dia que supiesse que era muerto.... aquel á quien deve heredar.» Por lo demas toda la ley que acabamos de explicar se funda en un principio justo, que viene á reducirse á una ficcion, la de que el presente que en realidad completó el tiempo de la prescripcion, no ha prescrito, no ha ganado el dominio de la cosa del ausente; ha trascurrido todo el tiempo necesario, pero se

supone que aun no ha espirado el término legal.

Con respecto á la venta de la prenda presentan otro caso de restitucion las leyes de Partida. Segun estas, los ausentes por romería, cruzada, servicio del rey, de su concejo, ó estudios, ó por otra causa semejante, durante cuya ausencia vendió el acreedor la prenda que de ellos tenía, podrán á su regreso y en término de cuatro años, contados desde que este tuvo lugar, rescatarla del comprador pagando el valor de la deuda porque fué empeñada (1). Las dos dudas que pudieran suscitarse sobre si la disposicion es estensiva á cualquier venta, y al caso de haber mediado pacto de vender la prenda no pagando en dia determinado, son á nuestro entender de sencilla resolucion; la parte de la ley relativa á los ausentes, que es la mencionada, está á continuacion de la que habla de igual caso de restitucion en los menores de edad, y se enlaza á ella con las significativas palabras: «Esso mismo dezimos.» Ahora bien, exigiéndose para la restitucion del menor que pueda este probar que la venta se hizo en su daño; y suponiéndose tambien en la ley que el menor empeñó alguna cosa bajo condicion de que si no la redimiera hasta cierto dia pueda venderla el acreedor, lo mismo debe sobreentenderse de la restitucion del ausente. Y tanto la primera como la segunda de ambas resoluciones se justifican fácilmente. La venta que se trae de rescindir ha de haber sido gravosa; porque si no hubiera habido lesion, la restitucion careceria de su base principal. En cuanto al pacto que el ausente celebrara con el acreedor, se han dividido los intérpretes, y algunos han sostenido que entonces no puede concederse la restitucion porque esta no procede contra el propio contrato; pero Gregorio Lopez cree fundadamente que es mas segura la opinion contraria, y que descansa en sólidos fundamentos, puesto que por una parte si el ausente no hubiera estado ocupado por las atenciones de su au-

(1) Ley 47, tit. 43, Part. 3.

sencia, naturalmente es de presumir que hubiera pagado la deuda y rescatado su cosa, y por otra parte, caso de venderse esta, hallándose presente, el precio hubiera sido mayor. Hay por lo tanto verdadera lesión; y el ausente que en ella se funde, y reclame contra una venta que le damnificó debe ser restituído.

Mencionadas las disposiciones de las leyes de Partida, no podemos pasar en silencio una bastante notable que se halla incluida en la Recopilacion. Redúcese á mandar que ninguna persona, cualquiera que sea su estado y preeminencia, se atreva á ocupar de hecho las propiedades de los que continúen y sigan el servicio del rey. Si lo contrario hicieren se tomará enmienda y satisfaccion de los bienes del usurpador, y en su defecto serán responsables los parciales que favorecieron la usurpacion con su ayuda ó consejo; y si todavia no se pudieran haber bienes de las personas sobredichas, el rey tomará á su cargo la satisfaccion (1). Basta enunciar el contenido de esta ley para que se comprenda cuán evidente é indudable es el principio de equidad y de rigurosa justicia que sanciona: no hubiera sido necesario que se consignara en nuestros códigos para que en la práctica se hubiera reconocido y aplicado; el derecho privado y el derecho público de consuno estaban interesados en que no sufriera el mas pequeño menoscabo. Pero á pesar de esto, la calamidad de los siglos medios llegó á hacer por desgracia demasiado frecuentes y demasiado graves las pretensiones anárquicas de los súbditos poderosos de la monarquía. Estas pretensiones y las turbulencias que les eran anejas no se habian estinguido en el siglo XV, todavia daban que sentir á nuestros reyes, y exigian de ellos una firme resistencia, que así tenian que demostrar con las armas como con las leyes; y hé aquí porque D. Juan II tuvo que hacer la declaracion que hemos mencionado, y demostrar que no le era indiferente la suerte de aquellos súbditos fie-

les que pouian su lealtad y sus servicios en defensa de los reyes. Los daños que les atrajera su conducta noble y honrosa exigian una reparacion á costa de los culpables, y en todo caso á costa del mismo rey, á quien daban el auxilio de sus constantes servicios; de otro modo lo que era digno de recompensa hubiera sufrido la suerte de lo que merece pena, y no solo se habria disgustado á los servidores del monarca, sino que se retraerian los demas de prestar servicios que lejos de ser protegidos eran causa de la ruina del patrimonio. Todo esto quiso evitar prudentemente D. Juan II de Castilla, y por eso concluyó su ley manifestando daba restitucion á los perjudicados «porque aquellos que nos sirven no sean »damnificados y otros hayan voluntad de »nos seguir y servir.» Como se ve por estas palabras y se deduce del contesto de la ley, y del espíritu de aquella época, era mas bien un objeto político, que no civil, el que se proponia al legislador; pero siempre demuestra cuán atendida y protegida ha sido en nuestro derecho la ausencia en servicio del Estado.

## SECCION X.

### PRESUNCIONES A QUE DA LUGAR LA AUSENCIA.

Quedaria incompleto el presente artículo y la esposicion que en él vamos haciendo de nuestro derecho relativamente á la ausencia, si no manifestáramos las presunciones de que esta puede ser á la vez sugeto y objeto; materia que participa, como la de restitucion, de un carácter general, y exigia por lo mismo la seccion separada que la destinamos. Entre las varias clases de presunciones que se suscitan con motivo de la ausencia, nos detendremos especialmente en la de muerte.

La ausencia es uno de aquellos hechos que no pertenecen á la esfera de lo que mas generalmente sucede; lo mas comun es que cada cual resida en el domicilio que ha escogido y en el que está arraigado. Por esta razon se debe suponer que el individuo ha

(1) Ley 4, tit. 34, lib. 4 de la Nov. Recop.

estado presente en donde interesaba; ó lo que es lo mismo, la ausencia no se presume, y de consiguiente ha de probarse. Esta regla es segura cuando alguno reclama un derecho fundado en su ausencia, como demuestran los principios capitales del derecho. Así la persona que reclamara contra la venta hecha, contra la prescripción consumada ó contra otra cualquiera lesión ocurrida en su ausencia, deberá acreditar la existencia de este hecho, como que es el fundamento de su pretension. Lo que decimos es aplicable así en materia civil, como en la criminal; el acusado que pretenda probar su inocencia y eximirse de pena, alegando que no se hallaba en el lugar de la perpetración del delito en el momento que este se verificó, no es reputado ausente hasta tanto que justifique su coartada. Estos y otros ejemplos que fueran fáciles de aducir, nos convencen de que por regla general la ausencia no se presume.

Pero cuando la presencia de una persona en determinado lugar consta de una manera fehaciente, entonces el interesado que quiera desmentirla habrá de acreditar su ausencia de un modo mas fehaciente todavía, ó tanto por lo menos, pues que ya no se trata de un hecho que la ley no presume, sino que está en oposicion con una prueba legal. Este es el fundamento de las leyes de Partidas cuando establecen que existiendo un instrumento que demuestra la presencia de los otorgantes, debe ser creído, y si alguno de ellos alegara que el día del contrato estaba á tal distancia que fuera imposible haberse hallado en el lugar del otorgamiento, será preciso que así lo pruebe por cuatro testigos idóneos contra un documento público; ó por dos solamente contra el instrumento privado (1). Los límites de este artículo solo nos permiten la indicacion que hemos hecho, y no nos es posible detenernos á esplanarla y analizarla.

Hablemos ahora de la ausencia, no como objeto, sino como motivo de presuncion.

En general toda ausencia se presume justa á no ser que se pruebe lo contrario. Así lo convencen los principios del derecho, segun los cuales no se supone mala fé, ni hecho desfavorable ó ilícito, á no ser que aparezca claramente. Aunque los fraudes y los pensamientos dañados sean por desgracia muy frecuentes, con todo las leyes no los consideran, no deben considerarlos como actos ordinarios y normales, ni como las inclinaciones naturales de los hombres. Pero á pesar de ser esta la regla, casos hay en que no se puede presumir la ausencia justa y en que se exige su prueba. Esto sucede, por ejemplo, cuando se reclama el beneficio de restitucion, puesto que no siendo esta concedida por cualquiera ausencia indistintamente, es preciso que el reclamante justifique que la suya tiene los requisitos que las leyes exigen. Tambien hay ocasiones en que la ausencia se presume injusta; puede ser tal la situacion de una persona, que su ausencia aparezca como un recurso para eludir el cumplimiento de obligaciones que sobre él pesan, para sustraerse de cargas que debe soportar, ó para librarse de males legitimos y á que se haya hecho acreedor por su conducta; entonces la ausencia puede decirse que es intempestiva y fraudulenta. Una presuncion de esta especie concurre en el criminal que se ausenta de España; acto semejante revela con bastante claridad el desigñio de rehuir, ó mejor, de hacer ineficaz la accion de la justicia; poniéndose fuera del alcance de las autoridades y de los tribunales del reino; y por esto es que esa clase de ausencia nunca da derecho á la prescripcion de la pena, como dice el Código penal y tenemos indicado en la seccion quinta del presente artículo.

Nace tambien de la ausencia la presuncion de ignorancia de los hechos, y muy justamente por cierto. El ausente que ha abandonado el lugar donde antes estuvo, no tiene medios fáciles y seguros para cerciorarse de lo que allí suceda, ya le perjudique ó le favorezca, y no seria equitativo creerle sabedor. Por una parte la distancia

(1). Ley 117, tit. 18, Part. 3.

á que se encuentra el ausente, y por otra el suponerse naturalmente que su ausencia es motivada por alguna ocupacion, son las razones inductivas de la presuncion de ignorancia de que hablamos. Escusado es decir que esta presuncion se hace mas vehementemente á proporción de la mayor distancia entre el lugar de la ausencia, y aquel en que se verifica un negocio, ú ocurre un hecho. Algunos autores citan á este propósito unas palabras de San Bernardo: *Ubi enim certior ac facilius notio, ibi decisio tutior, expeditiorque esse potest*; pero ciertamente no hubieran necesitado acudir á este testo del santo Doctor para confirmar una idea tan sencilla que se justifica por su mera enunciacion.

Conviene tambien advertir que la ausencia no hace presumir la vida del ausente, cuando alguna otra persona reclama á su nombre, en su interés, ó en su daño un derecho ó lucro. Por esto tratándose del cobro de una pension, de un salario, de un sueldo que correspondan al ausente, será necesario acreditar que este vivia en el tiempo en que los devengó. Esto nace de un principio inconcuso, aplicable, asi al caso de ausencia, como á otros infinitos, á saber: que todo aquel que afirma un hecho, base de un derecho, debe probarle. Y tanto es así que igual prueba se necesitará aun cuando no haya trascurrido el tiempo al cabo del cual se presume la muerte del ausente, porque de lo contrario se tocaria la dificultad de que se aseguraba el goce de un derecho sin tenerse certeza de que existia su principal fundamento.

De todas las presunciones que de la ausencia pueden originarse, y en cuyo examen no continuamos porque se conciben fácilmente, segun los casos que se presentan; la mas interesante, y la mas grave es la presuncion de muerte. Que esta presuncion, prescindiendo ahora de la manera en que se establezca, deba admitirse en los códigos, es cosa que se demuestra por poderosas razones de justicia y de interés público. Cuando ha pasado largo tiempo de

duda acerca de la existencia de un individuo y su ausencia se prolonga, la ley no puede menos de dictar algunas reglas á fin de que esa situacion incierta desaparezca en lo posible, tanto en interés de los presentes, como del mismo ausente. No autorizar hasta tanto que la muerte de este constara plenamente ninguna medida, no deducir ningun raciocinio, seria una desviacion del órden natural de los sucesos y de nuestras ideas; mucho mas cuando aquella prueba puede prolongarse demasiado y aun quizás no llegará á obtenerse. De aquí la necesidad de una presuncion de muerte. Pero al establecerse, ni ha de ser demasiado prematura, ni darla efectos universales; así es que ha de tener sus garantías, es decir, fundarse en una induccion verosímil, al paso que ha de limitarse respecto de ciertos puntos, y aun en algunos ser declarada insuficiente, como por ejemplo, para pasar á segundo matrimonio, segun vimos en el párrafo primero de la seccion VI de este artículo. Esto supuesto, interesa explicar la presuncion de muerte, haciéndose cargo así de lo dispuesto en las leyes, como de las opiniones é interpretaciones de los autores, de suerte que se determine su verdadero valor y carácter.

Examinemos qué disposiciones contenia el Derecho romano: manifiesta el juriconsulto Gayo las dudas suscitadas acerca de si deberia concederse accion á los individuos de un municipio para reclamar un usufructo á que tuvieran derecho, y despues de decir que triunfó la opinion afirmativa, espone una cuestion que de esto nacia; ¿hasta cuándo habia de durar aquel usufructo? y contesta el juriconsulto: *Et placuit, centum annis tuendos esse municipes*; y para justificar esta decision añade inmediatamente: *quia is finis vite longevi hominis est* (1). En otra de las obras propone igual cuestion, y la resuelve casi con las mismas palabras: *unde centum annos observandos esse constat; qui finis vite longissimus est* (2). Como puede verse por estos testos, el término máxi-

(1) Ley 36, tit. 1, lib. 7 del Dig.

(2) Ley 8, tit. 2, lib. 33 del Dig.

no que se asignaba á la vida del hombre no era especialmente discurrido para la cuestion del usufructo concedido al municipio, sino un principio consignado en términos generales, del cual dándole por corriente y ya admitido, se sacaba una razon para justificar el modo de decidir aquellas dudas. Convéncenos de esto una ley que encontramos en el Código. Llevado el emperador Justiniano de su celo por la religion cristiana, tratando de las herencias, legados y enagenaciones en favor de las iglesias y otros establecimientos ó fines piadosos, manifiesta su intencion de haber establecido que la accion para reclamar lo de aquel modo enagenado, no tuviera nunca término, y sigue diciendo: *sed ne videamur in infinitum hanc extendere, longissimæ vitæ hominum tempus eligimus, et non aliter eam actionem finire concedimus, nisi centum annorum curricula excesserint*; idea que repite despues: *et supradictis omnibus unum tantum modo terminum humanæ vitæ imponimus, id est, centum metas annorum* (1). Sin embargo de esto, el derecho romano, ó no quiso hacer del principio una presuncion á los cien años, ó de otro modo, la contradijo en ciertas ocasiones con motivo de puntos en que era interesante calcular hasta donde llega la vida del hombre. Así tratándose de la computacion para los alimentos nos demuestra un fragmento del juriconsulto Emilio Macer que, segun Ulpiano, se hacian los cálculos de probabilidad de la vida desde varias edades, siendo la última de que se habla la de sesenta años; y añade despues: *Solitum est tamen á primâ ætate usque ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri; ab annis veró triginta, tot annorum computationem inire, quod ad annum sexagesimum deesse videntur; nunquam ergo amplius quàm triginta annorum computatio initur*. Todo esto revela ciertamente otra base mas reducida que la presuncion de vida por cien años. A lo cual podemos añadir los breves términos que así en el derecho antiguo como en el Justiniano

mismo se habian declarado suficientes para que ausente un cónyuge, el otro pudiera pasar á segundo enlace, autorizacion que no hubieran concedido las leyes, si no hubieran creído que al cabo de aquel tiempo se reputaba por muerto al ausente. En vista de estas disposiciones, las únicas que nosotros hemos encontrado en relacion con el punto que nos ocupa, es preciso confesar que no puede asegurarse que los romanos tuviesen admitida con fijeza y fundamentalmente una regla segura de la presuncion de la muerte del ausente.

Pero es lo cierto que los intérpretes antiguos y aun los autores modernos se han fijado con preferencia en las leyes romanas relativas al usufructo, sin duda por ser las mas espresas y directas en la materia de que hablamos, y de ellas han deducido la presuncion de muerte de un individuo á los cien años trascurridos desde su nacimiento. Y en verdad que esa deduccion no carece de lógica ni de exactitud. Si hay una época señalada como el término mayor de la vida, antes de él no puede en realidad suponerse la muerte; así como luego que llega debe naturalmente comenzar esta presuncion. Sin embargo, no han faltado tambien otros intérpretes y autores que han pretendido reducir el término de cien años al de sesenta ó setenta; para probar esta opinion han acudido á la esperiencia, á la observancia de lo que generalmente sucede. Se ven casos, dicen, de llegar la vida de algunas personas á un siglo, y aun pasar de esta longevidad; sin embargo, mucho mas hay edades de ochenta y noventa años; pero por lo general el término de la vida humana es de sesenta ó setenta; luego estos casos, y no los extraordinarios y raros deben tomarse por base de la presuncion: *nam ad eam potius debet aptari jus quæ et frequentér, et facilis, quàm que per raro eveniunt* (1). Este argumento hacian los que combatian la presuncion del siglo de vida. Y como si no les fuera suficiente, aun despues de haber acumulado otros va-

(1) Pr. y párr. 1.º de la ley 23, tit. 2, lib. 1 del Código.

(1) Ley 5, tit. 3, lib. 1 del Dig.



rios, y de haber hecho infinitas citas de autores y de leyes, acudieron á la sagrada escritura, y la escudriñaron, y sacaron de ella textos para su controversia, como si se tratara de algun punto teológico ó moral. Alegaban un psalmo en que se dice: *Dies annorum nostrorum in ipsis, septuaginta anni. Si autem in potentantibus octoginta anni et amplius eorum labor et dolor* (1). Los contrarios no se convencieron por esta autoridad, antes bien presentaban otra, segun la que la presuncion de cien años era nada mas que moderada, lo que Dios dijo: *Non permanebit spiritus meus in homine in æternum, quia caro est: eruntque dies illius centum viginti annorum* (2); ni se olvidaron de citar los ejemplos de los patriarcas primitivos, aunque no hicieron mención expresa de los novecientos sesenta y nueve años que vivió Matusalen.

No podemos nosotros detenernos á esponer por completo quanto se alegó por unos y otros en esta controversia, ni tampoco irnos haciendo cargo de las opiniones sustentadas por los diferentes autores. Pero no nos es posible dejar de hacer mérito particular del célebre Menochio (3). Este es quien ha combatido con mas razones y valentía la presuncion de los cien años de vida: cifra su principal argumento en un dilema; ó esa presuncion se hace de ley ó de hombre; si se la dá el primer concepto incurrimos en un error manifiesto; porque faltando, como en este caso falta, la declaracion terminante y esplicita del derecho, no puede haber presuncion de ley; si suponemos que la presuncion es de hombre, asimismo padecemos equivocacion evidente, porque el juez no debe presumir lo que repugna á la esperiencia, al curso ordinario de las cosas, ateniéndose á lo que solo sucede raras veces: luego no puede darse fundamento alguno á la presuncion de cien años. Combate despues otras diferentes opiniones, y concluye diciendo que esta

materia conviene que se deje al prudente arbitrio del juez, el cual teniendo en consideracion la edad, la salud y otras qualidades del ausente, el punto á donde este se dirigia, el camino que emprendió y demas circunstancias, podrá fallar, segun ellas, con mas acierto que si hubiera de sujetarse á una regla general de la ley. Nosotros no profesamos esta opinion; nos parece mas conveniente que se fije en los códigos un término para una presuncion tan importante como es la de que se trata, y que trae consigo graves y considerables consecuencias; creemos tambien que por esto mismo, á pesar de que no es lo comun llegar á cien años de edad, basta que tengamos ejemplos, no tan extraordinarios como se quiere suponer; y que las leyes se hayan de formar para diferentes climas y para toda clase de individuos, á fin de que no se establezca un término mezquino, ni se forme tanto empeño en rebajar de los cien años diez ó veinte, que seria lo mas que pudiera hacerse. Por esto no nos parece mal establecido el siglo de vida á que aludieron los romanos; en este punto el detenimiento, la escrupulosidad, la latitud de la presuncion de vida no acarrea perjuicios, no se opone á la equidad por mas que parezca desviarse algun tanto del carácter que tienen las demas presunciones del derecho, y esto mismo se ha establecido en el proyecto de código civil español, como veremos en el lugar correspondiente de la seccion próxima.

Pero entremos ya con los antecedentes que quedan espuestos en el exámen de nuestro derecho vigente en la actualidad, y veamos en qué forma se ha aceptado en él la presuncion de la muerte del ausente. Respecto del siglo de vida tenemos una ley de Partidas que se expresa como las romanas, hablando del usufructo otorgado á alguna ciudad ó villa. Dicese en ella que no habiéndose fijado tiempo cuando se constituyó, no debe durar mas de cien años; porque ese usufructo se pierde por la muerte de todos los de la villa ó ciudad. «E asmaron los sábios que en el tiempo de los cien

(1) Psalmo 39, vers. 10.

(2) Génesis, cap. 6, vers. 3.

(3) De presu. pñonibus, conjecturis, signis et iudicis commentaria. Lib. 6, Págs. 69.

»años pueden ser muertos, quantos eran »nacidos el día que fuesse otorgado el uso »fruto (1).» Estas palabras no son mas que una traduccion de las que se valia el jurisculto Gayo, y que anteriormente hemos trascrito. No creemos por lo tanto sostener una opinion aventurada, deduciendo de semejante testo que hay verdaderamente en nuestro derecho presuncion de muerte á los cien años; tanto mas cuanto no tocamos las divergencias con otras leyes que hablen de términos menores, único motivo que pudiera originar dudas acerca de la regla. Pero de otra presuncion de muerte de muy distinto carácter se ocupa espresamente y de propósito nuestro derecho; en ella es en la que propiamente debemos detenernos.

Dudándose si es vivo ó muerto un ausente que marchó á paises lejanos, su próximo pariente podrá recibir la herencia si han pasado diez años por lo menos, y si entre todos los del lugar es fama que murió el ausente; pero si hubiera trascurrido corto tiempo desde la partida, ó esta fue á tierra en que se puede saber la verdad, entonces se necesitará la prueba de la muerte por testigos que vieran el cadáver y el acto de enterrarle. Esto dice una notable ley del código de las Partidas (2): trátase, segun ella demuestra, de una verdadera presuncion de muerte al cabo de diez años de ausencia, y de ausencia incierta como la ley tambien espresa: ha habido quienes han tachado de demasiado breve este plazo, y con ello tácitamente han dirigido una acusacion al legislador, y tachado de injusta su disposicion; pero han procedido con demasiada ligereza ó no han reparado bastante en el contesto de la ley. Con efecto las Partidas han estado muy lejos de autorizar ninguna presuncion por el mero trascurso de diez años, esto hubiera sido prematuro, perjudicial é injusto; han exigido otras varias circunstancias concomitantes que con los diez años dan sobrado funda-

mento á la presuncion de muerte. Es necesario que la ausencia sea á país lejano «en »estraña ó luenga tierra» y sobre todo debe haber en el lugar donde se reclama la herencia fama de que el ausente murió; aun mas, esa fama ha de ser pública, y tan conteste, tan general y estendida que el legislador en esta parte llega á exigir «que públicamente digan todos que es muerto;» en fin, esta fama se ha de probar, de suerte que no quede duda de su realidad. Ahora bien, fama de esta naturaleza tratándose de una persona en paises remotos y aun desconocidos, de la que nada se ha sabido en diez años, ¿no es suficiente á hacer presumir la muerte? Indudablemente lo es y aun la misma ley dá el motivo de conceder entonces la herencia: «ca non podría »ome tan lijeramente aver testigos, para »provar fecho que oviesse contecido en tan »luenga tierra, é de tan gran tiempo; é »mayormente que lo oviesseen visto muerto, »ó soterrar.» Pero ahora pudiera ocurrir la duda de la conciliacion de esta presuncion de los diez años espresamente consignada en nuestro derecho, con la de cien años que anteriormente hemos deducido de otra ley de Partidas. ¿No es esto una contradiccion? ó por lo menos, admitida una presuncion, ¿no ha de ser inútil la otra? A nosotros nos parece que ambas presunciones pueden coexistir y recibir aplicacion, puesto que cada cual tiene su esfera distinta en que producir sus efectos. Convienen ciertamente en que así la una como la otra han de recaer necesariamente en un ausente, incierto, de cuya existencia se dude; tambien son las dos de las que se llaman presunciones *juris tantum*, porque puede llegar á constar la muerte del ausente, ó presentarse este ó dar noticias de su persona; pero por lo demas la presuncion de diez años se ha de fundar en la ausencia lejana y principalmente en la fama pública, al paso que la de cien años descansa únicamente en el trascurso de un tiempo tan largo. Creemos que no de otro modo pueden entenderse las dos presunciones, y en este supuesto no hay repugnancia ni

(1) Ley 26, tit. 51, Part. 5.

(2) Ley 14, tit. 14, Part. 3.

oposición entre ellas; son medios distintos que conspiran á un mismo fin.

Salvada esta dificultad con que pudiera tropezarse, veamos el efecto que produce la presunción de la muerte del ausente al cabo de diez años, que era de la que estábamos tratando. Bien claramente expresa la ley, que se abre la sucesión; porque dá al juez reglas para presumir muerto al ausente cuando los parientes traten de «heredar lo suyo.» Pero equiparar el derecho de estos parientes cuando han recibido los bienes en virtud de la presunción al que tendría otro heredero cualquiera, sería un verdadero absurdo que no podría justificarse por principios de derecho, y que sin duda no ha querido admitir la ley de Partidas por mas que omita toda esplicacion acerca de este punto. El ausente así como puede morir, y constando su muerte asegurarse el derecho de los herederos, puede también acreditar su existencia y reclamar de ellos sus bienes. Esta reclamacion es esencialmente de equidad; el ausente que la hace no ha perdido el dominio por su ausencia; no ha podido ser reemplazado en sus derechos, ínterin vive; lo contrario sería, no una sucesión, sino una usurpación odiosa é injustificable. Resulta por estas sencillas consideraciones, que los derechos del heredero del ausente son por su naturaleza revocables; que si se ha abierto en su favor la sucesión no ha podido ser definitiva, sino provisionalmente; en una palabra, que no entra en la herencia á título de dominio. Otra consecuencia deducimos de la posibilidad del regreso del ausente, y es que debiendo el heredero quedar sujeto á restitución de los bienes, habrá de formalizar inventario, y lo que es mas importante, dar fianza que asegure aquella restitución íntegra y completamente. Todo esto no lo expresa la ley; pero si no se quiere conculcar los mas sagrados derechos, y violar los principios mas inconcusos de la equidad, es preciso admitirlo como indudable y seguro.

Así lo han reconocido los autores regnicolas; pero han querido al mismo tiempo

dar tal estension á aquellas limitaciones que reclama la protección del ausente y el respeto de sus derechos que, á nuestro modo de ver, han llegado á sostener opiniones infundadas y opuestas abiertamente al espíritu de la ley. Han creído que los parientes que reciben los bienes del ausente no tienen otro concepto que el de curadores, y que si el ausente se presentara, no solo habrían de restituirle su patrimonio, sino además los frutos que por él percibieran durante todo el tiempo de la ausencia. Y esto ha constituido una opinión general, casi unánime, de la que parece participar entre tantos Gregorio Lopez, quien glosando la ley de que hablamos, dice sin vacilar: *et debent tales propinquiores recipere, ut curatores bonorum.* Por nuestra parte no nos es posible admitir esta opinión, aunque conozcamos que se halla muy estendida, y aunque la encontremos aceptada por Escriche. Basta leer la ley de Partidas para convencerse de que se trata, no de dar la mera administración, la mera curaduría de los bienes del ausente, sino de abrir la sucesión de este, de establecer herederos por mas que no sea irrevocable y definitivamente. De otro modo ¿qué objeto tendría la presunción de muerte que con tantos requisitos ha organizado el legislador? Sería preciso convenir que aquella y estos eran inútiles, puesto que no producirían ninguna consecuencia. Para que á los bienes del ausente se dé un curador, no es necesaria la presunción de muerte, ni el lapso de diez años; mucho antes de que estos se completen, puede y debe darse persona que cuide de la administración de un patrimonio abandonado, como ya dejamos puesto en claro en el párrafo 1.º de la sección VII de este artículo. Por esto creemos que la inteligencia verdadera y fiel de la ley de Partida, es que se concedan al que recibe los bienes en virtud de la presunción de muerte, los mismos derechos que á otro heredero, salvo la fianza y la obligación de restituir, si se probase la existencia del ausente. Nuestros jurisconsultos ó han prescindido de la ley

de Partidas, ó si la han tenido presente la han desvirtuado del todo, ofuscados por el Derecho romano, que menos previsor en esta parte que el español, solo estableció el nombramiento del curador á los bienes del ausente. Y en verdad que no ha sido de esos intérpretes Gregorio Lopez; antes bien constituye entre ellos una escepcion honrosa, y que acredita su buen criterio. Dice terminantemente que los parientes son admitidos como curadores; pero examínese el supuesto de que habla, el lugar que ocupa su glosa, y cualquiera se convencerá de que profesa una opinion idéntica á la que nosotros sustentamos. La ley dice que el que pretende la herencia, y se funda en la muerte del ausente, ha de probar la fama pública. Y Gregorio Lopez comienza su glosa á esta parte del texto con las siguientes palabras: *¿Quid si hoc non probet, sed nescitur de vitá alicujus jamdiú absentis?* Entonces y solo en este caso, esto es, cuando no puede haber presuncion, es cuando dice que la costumbre está porque sean admitidos los parientes como curadores. Con lo cual dá claramente á entender que si se prueba la fama pública, si hay presuncion, no serán ya admitidos en este único concepto.

A una duda importante puede dar lugar la ley: como que esta se concreta á hablar de parientes que hayan de heredar, ocurre naturalmente preguntar, cuál ha de ser la suerte de los herederos testamentarios. El silencio de la ley ¿debe intepretarse como una exclusion? No nos parece; en esta parte nos hallamos conformes con varios de nuestros intérpretes, que admiten á los herederos testamentarios y que autorizan, mediante la presuncion de muerte, la apertura del testamento cerrado del ausente. Desde el momento en que, como mas de una vez hemos dicho, la ley abre la sucesion, y llama á los parientes mas que por este concepto por el de herederos legítimos, no podría hallarse una razon que escluyera á los testamentarios. Antes por el contrario, es de necesidad conocer cuáles son estos, porque ellos merecerán la pre-

ferencia, puesto que sabido es que la ley no dá herederos sino á falta de la voluntad del testador. Pero aun cuando se admita con preferencia á los herederos testamentarios, escusado es decir que estos quedarán sujetos á las mismas obligaciones que dijimos pesaban sobre los legítimos.

Terminaríamos aquí esta materia, si no creyéramos de interés hacer indicacion de algunas cosas especiales, respecto de Aragon y de la jurisprudencia de Cataluña y de Valencia. Hablando algunos espositores del derecho aragonés del fuero *ut fratres vel propinqui*, en el cual se determina que pasados diez años de ausencia, se provea á la administracion de los bienes del ausente, como hemos espuesto en el párrafo 1.º de la seccion VII, dicen que ese plazo de diez años se tomó como otras varias disposiciones, del Derecho longobardo, segun el que al cabo de ese tiempo se presume la muerte del ausente (1). Respecto de Cataluña, segun una declaracion hecha por la audiencia en 1616, se reputaron muertas dos personas de que no se tenian noticias hacia cinco años, y en su consecuencia se adjudicó una herencia al presente. Y en Valencia habia ya declarado en 1699, que se presumia muerto cierto individuo ausente mas de treinta años de la ciudad y reino de Valencia, sin constar su vida ni su muerte, y que en virtud de esa presuncion se adjudicaran sus bienes á sus mas próximos parientes, á los cuales con efecto, fueron adjudicados, con exclusion del curador que los tenia en administracion (2).

## SECCION XI.

### EXAMEN DEL TITULO 11 «DE LOS AUSENTE» LIBRO 1.º DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

Con las secciones anteriores, en que hemos reunido lo mas importante que sobre

(1) Franco de Villalva en su obra: *Fororum atque observatiarum Aragonie compilatio*, al tratar del Fuero *ut fratres vel propinqui*, libro 2.

(2) Espose é impugna ambas declaraciones el jurista catalan Fontanella en su obra *de pactis nuptialibus*, Cláusu 7, Glos. 3, Part. 1, Núms. 33 á 46.

ausencia nos presenta el derecho pátrio vigente, pudiéramos dar por terminado el presente artículo; sin embargo, un acontecimiento reciente nos ha impulsado á prolongar nuestro trabajo. Aludimos á la publicacion del proyecto de Código civil español, en el que un título completo está consagrado á tratar «de los ausentes.» Trabajado este proyecto por jurisperitos de conocida reputacion, aguardado con impaciencia, arreglado al designio de ordenar y reformar por completo todo el derecho civil de nuestro pais, y sobre todo dado al público por el gobierno, con el objeto de conocer la opinion de las personas facultativas, no solo creemos conveniente, sino hasta una deuda de honor, corresponder de este modo, tanto á una invitacion respetable, como al objeto de la presente obra. Por estas razones vamos á manifestar con toda ingenuidad el juicio que del citado proyecto en la parte relativa á los ausentes hemos formado; y al mismo tiempo trataremos de fijar el verdadero espíritu y sentido de las disposiciones que contiene. En esta tarea ha venido á darnos una importante base la obra que con el título de «Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español» comienza á dar á luz uno de los individuos de la comision de códigos; el señor García Goyena. Nuestras observaciones recaerán primeramente sobre el conjunto del título, y despues sobre cada uno de los capítulos en que se divide.

#### § 1.º *Observaciones generales.*

La legislacion que se ha mostrado siempre favorable respecto á los que en general están ausentes de su habitual residencia, debe hacer sentir mas proteccion cuando se trata de aquellos ausentes cuyo paradero se ignora. El ausente conocido es al cabo una persona cuya existencia consta, y por tanto á él toca dirigir sus negocios y proveer á su ausencia; en todo caso puede hacerse saber lo que le sea interesante. Mas el ausente de cuya existencia se duda, se halla en muy distinta posicion; no puede

saberse por qué ha desatendido sus intereses, por qué no dá á conocer su paradero; hay una incertidumbre de si vive ó ha muerto. Esta incertidumbre no debe ser indiferente para el legislador, sino que debe estimularle á que tome medidas y precauciones; en lo cual no tanto habrá de mirar por los derechos y la fortuna del ausente, cuanto por los intereses y esperanzas de los presentes. Pero á esta proteccion justa de los particulares se añade la necesidad de evitar la disipacion y la pérdida de las propiedades, la de no dejarlas abandonadas, y la de que se cumplan las obligaciones de los ausentes. Resulta por lo tanto que las leyes deben ocuparse con detencion y madurez, respecto á aquellos cuyo paradero se ignore, en su obsequio primeramente, despues en el de los presentes que tengan relaciones con ellos, y últimamente por motivos de pública utilidad. Estas verdades han debido ser de todos los tiempos; pero en los actuales han llamado mas poderosamente que nunca la atencion de los legisladores, y les han movido á formular los principios necesarios para su aplicacion. En nuestra época hemos salido de aquel aislamiento y concentracion en que vivieron las sociedades antiguas; el mundo ha mostrado sus anchos límites; los medios de comunicacion se han estendido y facilitado; la curiosidad, el deseo de estudio y adelanto mueven á los hombres á emprender viajes á paises lejanos; otras veces las revoluciones y las guerras les alejan de su patria. Todas estas causas pueden llegar á producir la incertidumbre de la existencia y del paradero de las personas, y se han hecho ya sentir lo bastante para que la legislacion las tome en cuenta.

Por esto es que en el proyecto de Código civil se han sentado las bases y desarrollado los principios de tan interesante materia. No han podido sin embargo sus redactores acudir á nuestro derecho vigente, ni encontrar en él las ideas necesarias para llevar á cabo su trabajo. Solo una que otra ley tenemos que se ocupe de la ausencia

sobre que era preciso legislar; de algunas pueden sacarse ciertas deducciones, pero á pesar de esto por grandes esfuerzos que se hubieran hecho, no habria sido posible llegar á fijar principios exactos y homogéneos, y mucho menos arreglar un sistema, que es lo que se ha propuesto, y muy acertadamente la comision de códigos. Ni aun quedaba el recurso de encontrar elementos en el Derecho romano; porque este, completo y previsor en tantas otras materias, dejó casi intacta la de que hablamos. Habia, pues, tanto en nuestra legislacion como en la romana, un gran vacío, fácil de explicar, por lo que dejamos dicho anteriormente.

Si se querian tener en cuenta algunos datos y antecedentes, y conocer lo que ya se habia pensado en punto á los ausentes inciertos, era necesario acudir á las legislaciones extranjeras modernas. Casi todas ellas con efecto nos presentan principios y sistemas dignos de estudio y de meditacion, y que sin duda se han consultado para la formacion de nuestro proyecto; á veces están bien distantes unas de otras: así en Baviera por ejemplo, todo el pensamiento del legislador se reduce á que se nombre un curador al ausente durante el tiempo que tarde en regresar. Pero otros códigos, no teniendo por conveniente esta sencillez, han dado diferentes efectos al tiempo de la ausencia segun este vaya siendo mas dilatado, y han considerado en consecuencia varios períodos; sobre esta base descansan casi todos los códigos modernos. Sin embargo, las aplicaciones han sido mas ó menos estensas y progresivas, mas ó menos esplicitas. Algunos han admitido solamente dos períodos; otros, aunque á primera vista no fijan mas que dos, admiten en realidad tres. Y en fin, ha habido códigos que claramente se han fijado en este número.

Para nosotros el último sistema es el mas admisible. Trátase de los ausentes desconocidos, es decir, tómate por punto de partida la incertidumbre, y esta incertidumbre, segun transcurre mas ó menos tiempo, dá lugar á distintas presunciones, á las que

tambien deben corresponder distintos efectos. ¿Cómo admitir el sistema del código de Baviera, segun el cual, ya pasen pocos ya muchos años, constantemente administra un curador con las mismas facultades? ¿Se halla por ventura en igual caso la ausencia incierta que dura dos años y la que se ha prolongado cuarenta? No ciertamente; la razon autoriza distintas conjeturas en un supuesto ó en otro. Mas lógicos han sido sin duda los códigos que han admitido dos períodos, fundándose en que la incertidumbre, cualquiera que sea el tiempo de la ausencia, en realidad hace presumir, ó que existe, ó que ha muerto el ausente sin que haya término medio. A pesar de esto nosotros, como hemos indicado, estamos por el sistema inaugurado por el código francés y seguido en otros países, segun el que se establecen ó distinguen hasta tres períodos; porque á nuestro entender cuanto mas progresivas y mas sucesivamente graduadas sean las medidas legislativas, cuanto mas se conformen sus efectos con el trascurso creciente del tiempo por el que se prolonga la ausencia, tanto mas será completo y exacto el sistema que resulte, si bien mas complicado y difícil.

El proyecto de código civil español ha adoptado el sistema general del código francés, y no increparemos por ello á sus autores. Habiendo de llenar el gran vacío que se nota en nuestro derecho y en nuestra jurisprudencia, habiendo de consultar los códigos extranjeros, ha tomado por base aquel que presenta con mas acierto el sistema de ausencia. La eleccion ha sido, pues, acertada y oportuna. No aparecerá ciertamente original en esta parte nuestro código civil, no se fundará en nuestras tradiciones; pero téngase presente que los esfuerzos de originalidad muchas veces no producen mas que una vana ostentacion de ingenio, y que pueden ser motivo de principios escéuticos y erróneos.

Fijémonos ahora en general en el sistema adoptado. Una persona se aleja del lugar de su domicilio; aunque no haya dejado quien le represente, aunque se desconozca su

existencia, si es corto tiempo el que ha trascurrido, el proyecto mira al ausente como vivo; mas que la incertidumbre, considera la suposición de la existencia; así solo provee á lo que la necesidad exija, satisface el justo y legítimo interés de quienes tengan ciertos derechos, y todo esto lo deja al arbitrio de los tribunales. Pero pasa aquel tiempo, y nada se sabe del ausente, entonces ya se caracteriza una verdadera incertidumbre, y comienza la duda legal de si existirá ó no aquella persona; no se le supone, pues, ni vivo ni muerto, sino rigurosamente ausente, es decir, una persona cuya existencia es dudosa, y por esto son muy distintas sus disposiciones de las del caso anterior: los bienes del ausente se entregan á quienes deban tenerlos conforme á las presunciones de la ley y del individuo, pero no en propiedad ni en usufructo, sino solo en administracion. En fin, transcurren muchos mas años de incertidumbre respecto á la existencia del individuo, entonces se le reputa como muerto, y el proyecto conformándose á esta nueva faz de la ausencia, tambien cambia sus disposiciones, y convierte la administracion, la posesion provisional que antes diera, en una posesion definitiva, en una especie de dominio. Hé aquí, pues, los tres períodos que el lapso de tiempo va sucesivamente presentando: la ausencia propiamente dicha consiste en la incertidumbre, y forma el segundo período; antes no hay sino presuncion de ausencia, y este es el primero; despues hay presuncion de muerte, y este es el tercero.

Fáciles de comprender son estas bases, pero su desarrollo y aplicacion es punto difícil y delicado: por una parte las presunciones que en cada período dominan, particularmente la de muerte, no pueden ser absolutas, sino que exigen restricciones, porque en rigor todas se resuelven en una incertidumbre mayor ó menor; por otra parte hay muchos pormenores, muchos casos que pueden ocurrir, y que el legislador no debe prescindir de arreglar; tales como la situacion del cónyuge presente, las re-

clamaciones que hagan los hijos de que no se tuviera conocimiento, los derechos que puedan corresponder al ausente á su regreso, y otras cosas semejantes. Sin embargo, el proyecto de código civil español ha metodizado con bastante regularidad todas las situaciones á que puede dar lugar la ausencia, refiriendo los pormenores á una division fundamental: primeramente trata de las medidas que anteceden á la ausencia propiamente dicha (cap. 1.º); despues de la declaracion de ausencias y sus efectos (cap. 2.º y 3.º); en seguida de la presuncion de muerte (cap. 4.º), y en fin, considerando aparte la regulacion de los derechos que pueden tocar á alguno durante su ausencia (cap. 5.º), concluye con algunas disposiciones generales (cap. 6.º)

Por lo que queda dicho se habrá podido conocer que por el proyecto de código se dá una significacion especial que hasta aquí no habia tenido la palabra «ausente,» es decir; que esta palabra se hace técnica. No serán en rigor ausentes los que no se hallen en su domicilio ó en el lugar donde interese, sino aquellos cuyo paradero se ignore, cuya existencia no consta de un modo positivo. Esta sin duda ha sido la intencion de los redactores del proyecto, ya porque en otros lugares no han prodigado el uso de la palabra, ya porque han puesto simplemente al título 11 del libro 1.º el epigrafe «de los ausentes.» Toda otra persona á la que no comprendan las disposiciones de este título será rigurosamente «no presente,» y solo se le podrá dar el dictado de *ausente* por estension impropia de la palabra, ó porque así lo espese la misma ley tratándose de algun punto, de alguna institucion determinada, como sucede en la prescripcion. Esta observacion es una consecuencia importante del sistema seguido en el proyecto, y aunque á primera vista parezca encerrar una cuestion de palabras, tiende á la mayor claridad y exactitud. Si siempre es importante fijar el sentido de los vocablos porque significan cada cual distinta idea, lo es mucho mas en el derecho que requiere un lenguaje exacto el

inequívoco. Y es tan cierto lo que decimos, que si bien se consideran las disposiciones contenidas en el título 11 del libro 1.º del proyecto, la voz ausente es aplicable á una persona, cuya condicion, cuyo estado se ha modificado notablemente, por lo que nos atrevemos á asegurar que, así como distinguimos los vecinos de los no vecinos, á los padres de los hijos, á los menores de los mayores de edad, así debemos distinguir cuidadosamente á los presentes y á los no presentes, de los ausentes.

Acerea del método seguido para la colocacion y distribucion de las diferentes especies que comprende la materia de ausencia, discrepa algun tanto del que han adoptado los códigos de otras naciones, y descubre cierta originalidad. No por esto, sin embargo, puede hacerse ninguna inculpacion á los redactores del proyecto, antes bien creemos que han acreditado todavía mas espíritu de claridad y de orden que el que se revela en los otros códigos extranjeros. En cambio hay en el proyecto artículos que se prestan á fundada objecion, como haremos ver en sus respectivos lugares.

Tambien diremos algo acerca del lugar que se ha dado en el código al título de la ausencia. En otros códigos se ha colocado al principio del tratado de las personas; así sucede por ejemplo en el de Francia, en el que despues de establecer lo tocante al goce y privacion de los derechos civiles, al registro del estado civil y al domicilio, se trata de la ausencia con preferencia á las demas situaciones en que pueden hallarse las personas. Por el contrario en el proyecto de código civil español, se ha puesto en último lugar despues de las materias de matrimonios, patria potestad, tutela, etc. Aunque esta diferencia de colocacion no sea un punto de gran importancia en que debamos detenernos, creemos sin embargo mas acertado el método del proyecto, no tanto porque la ausencia carece del carácter de necesidad y de frecuencia que las demas modificaciones del estado de las personas, cuanto porque conocidas y

explicadas estas previamente, parece mas comprensible y fácil la materia de la ausencia, y se ahorran remisiones á puntos aun no tratados.

Dejando á parte las observaciones á que puede dar lugar el proyecto del código en sus pormenores, hemos visto hasta aquí que en él se ha comprendido perfectamente la necesidad de completar nuestro derecho, tratando en particular de la ausencia, y que se recomienda por la adopcion de un buen sistema, de una amplia generalizacion y de exactitud de método. La tarea quizá mas difícil y grave que habia en el proyecto ha sido felizmente desempeñada.

Pero así como abrigamos esta conviccion, no podemos dispensarnos de manifestar nuestro juicio acerca de ciertas omisiones que encontramos en el título de ausencia. Al tiempo de discutirse el proyecto se han previsto algunas cuestiones que *probablemente* habrian de suscitarse en la aplicacion del código, y sin embargo sus autores han prescindido de resolverlas en el texto del proyecto, limitándose á recomendar la obra que simultáneamente con el código fué formando el señor Garcia Goyena, individuo de la comision (1), en cuya obra se contienen las resoluciones de aquellas cuestiones, previa discusion y con aprobacion de los mismos autores del proyecto. Dejando á un lado si estas interpretaciones podrán considerarse como auténticas, segun pretenden los redactores del proyecto, vemos inconvenientes de grave consideracion que debian á nuestro juicio haber evitado diligentemente. Parécenos que previstas cuestiones importantes y probables en la práctica, no cabia mejor medio de cortarlas, ó mejor dicho, de evitarlas, que el haber dispuesto la redaccion de suerte que las hiciera ociosas. El texto y la autoridad de un código siempre están á mucha mayor altura que la interpretacion y opiniones de un escritor por autorizado que sea: lo primero es la ley, es el precepto garantido

(1) Así lo dice la seccion del código civil de la comision de códigos en la comunicacion con que acompañó su proyecto al ministerio de Gracia y Justicia, que está impresa al frente de la obra.



por la sancion pública; lo segundo es la esplicacion que hace y aconseja el jurisculto. Y á no dar á este igual autoridad que al legislador, y á su obra la misma fuerza de obligar que al código, extremo absurdo en verdad, siempre existirán en pié las cuestiones; siempre quedarán vacios tanto mas sensibles, cuanto que fueron reconocidos y previstos, mas no satisfechos y llenados por quienes recibieron el encargo de formar un código completo y acabado. Ocasion encontraremos de tropezar con este inconveniente en el titulo de ausencia.

Habiendo ya hablado de él en general pasaremos á examinar cada uno de sus capitulos. No seremos difusos en nuestro trabajo, porque como es una materia nueva é intacta por decirlo así, y que está aun por plantearse, no se conoce por esperiencia ninguno de los resultados que dará. En este supuesto no conviene suscitar á cada paso dudas, mover cuestiones y rebuscar dificultades, esto solo produciria desaliento, desconfianza y recelos, y tenderia á embarazar la aplicacion del sistema; lo que únicamente y en la actualidad puede ser útil es ceñirse á esponder el recto sentido que encierran las disposiciones del proyecto y el juicio que merecen.

§ 2.º *De las medidas provisionales en caso de ausencia. (cap. 1.º)*

El capítulo primero del titulo «de los ausentes» comprende el período que comienza desde la desaparicion y llega hasta cuatro años, sin que en ese término haya apoderado ni noticias del individuo. Propiamente no es período de la ausencia en el sentido legal que el proyecto del código dá á la palabra *ausente*, sino un período anterior á ella, que dá lugar á presumir que llegue á haberla: no se funda en la conjetura de la muerte, ni en la incertidumbre de la existencia del que se alejó de su domicilio, sino en la de que todavía vive. Las precauciones que se adoptan durante él no son ordinarias ni normales, se arreglan á la nece-

sidad. Partiendo de esta base se han formulado los tres artículos de que consta el capítulo.

Pero el epigrafe que á todos ellos comprende es á nuestro modo de ver equívoco é inexacto. Lo primero, porque parece dar á entender que solo las medidas contenidas en este capítulo tienen el carácter de provisionales, lo que no es cierto, porque tambien las hay provisionales de la declaracion de ausencia; las de que habla este capítulo primero son mas bien previas, preliminares. Es tambien inexacto el epigrafe, porque se dice que las medidas que comprende son «en caso de ausencia,» siendo así que esta en realidad no ha comenzado todavía, como lo dá á entender bien claramente el mismo proyecto cuando en el capítulo siguiente habla de la «declaracion de ausencia.» Hubiera sido mas propio por lo tanto valerse de las palabras «presuncion de ausencia» que otros códigos han empleado para representar la misma idea, y comprender el mismo período preliminar á que el nuestro se refiere. Pero entremos en el exámen de cada uno de sus artículos.

El primero que es el 310 dice así: «Cuando una persona desaparece del lugar de «su domicilio sin dejar apoderado, y se ignora su paradero, podrá el tribunal, en «caso de urgencia, y á instancia de parte «interesada ó del ministerio fiscal, nombrar «persona que la represente, en todo aquello que se considere necesario.—Esto «mismo se observará, cuando en iguales «circunstancias caduque el poder conferido «por el ausente.»

Obsérvase en este artículo mucha vaguedad, y por él queda gran latitud al arbitrio del juez; pero pueden ser tantas y tan varias las circunstancias que se presenten, tan diversas y desiguales las reclamaciones que ocurran, que la ley ha tenido que confiar en la ilustracion y equidad de los tribunales, dándoles tan solo una idea que nunca deben olvidar, á saber, que únicamente procedan en caso de urgencia y para aquello que sea necesario. El medio que

hubiera podido utilizarse para evitar esa incertidumbre es el que han adoptado, y no desafortunadamente, varios códigos extranjeros, que consiste en nombrar siempre un curador durante el primer período, ó sea el de la presunción de ausencia. De todos modos hubiera sido de desear que aun para solo los casos de urgencia se hubiera encargado, no el nombramiento de persona que represente al ausente, lo cual puede prestarse á cavilaciones y dudas, sino mas sencilla y claramente el nombramiento de un curador, lo cual hubiera estado mas en consonancia con lo que se establece en el artículo 312 que luego espondremos.

En el de que vamos hablando no deben pasar desapercibidas la copulativa y disyuntiva que se usan en dos puntos importantes. No basta que el ausente no haya dejado apoderado, ni que su paradero se ignore: cada una de estas circunstancias son de por sí insuficientes y necesitan reunirse y concurrir para que tenga lugar la disposición del artículo. Por el contrario, bastará por sí sola la instancia de parte interesada ó la del ministerio fiscal, segun se deduce del modo con que está redactado el texto; sin embargo creemos que esto debe entenderse de suerte que hasta la instancia del ministerio fiscal; porque en cuanto á la que hiciera la parte interesada siempre deberá comunicarse á aquel para que sea oído sobre ella, y la acepte ó la impugne, deducción que parece fuera de duda á vista del artículo 335.

Tambien es digno de notarse que el tribunal no puede proveer de oficio para representar al ausente, sino solo á instancia de parte interesada ó del ministerio fiscal. No parece que pudiera suscitarse en esto dificultad alguna cuando está terminante el artículo; pero el comentador del proyecto supone que puede haber algunos casos en que lo haga de oficio el juez, y cita por ejemplo el caso de una ley de la Novísima Recopilación (1), segun la que los dueños y administradores de casas en Madrid no las

(1) Ley 8, tit. 10, lib. 10.

deben tener sin uso y cerradas, y pueden ser compelidos á arrendarlas. No nos parece fundada la interpretación: el artículo no admite que el juez proceda de oficio en ningun caso: sostener otra cosa es contrariar á su letra y á su espíritu. Pero hay otras consideraciones no menos interesantes que nos mueven á no seguir la opinion que combatimos. La ley que cita el comentador, no está vigente, se halla derogada (1); pero en la hipótesis de que la consideráramos vigente, no seria necesario para que tuviera cumplimiento acudir á la infracción del artículo que examinamos ó á hacer en él una escepcion. Separadas hoy las atribuciones de las autoridades administrativas y judiciales, es claro que á aquellas y solo á aquellas corresponderia graduar la necesidad y conveniencia pública de obligar á los dueños de las casas á que las arrendaran, punto en que sin duda debe de estar conforme el comentador cuando dice que la prohibición de tenerias sin uso es de policía y buen gobierno. Esto supuesto, si la autoridad administrativa encontrara entre las casas cerradas la del que se habia ausentado, no dejando representación legitima, no podria menos en nombre de los intereses públicos, es decir, como parte interesada, de escitar al tribunal competente para que nombrara persona que representara al ausente, persona que hiciera el arrendamiento ó que pudiera ser compelida á efectuarlo. En este caso tendríamos que habia una escitación que hacia que el juez no procediera de oficio, y creemos que entonces deberia oír al ministerio fiscal que tiene el doble deber de representar los intereses públicos y vigilar por los del ausente. Y sobre todo, suponiendo que aun en este caso, único que se cita, el juez procediera de oficio, seria en virtud de una ley especial; lo cual no significaria que en otros casos y por el código pudiera hacerse lo mismo á pretesto de analogía, porque la interpretación tiene sus límites inviolables en las disposiciones espresas del legislador.

(1) Art. 4 de la ley de 9 de abril de 1842.

En lo que pueden haber dudas fundadas y darse motivo á competencias y litigios es en la inteligencia del tribunal á que corresponde el nombramiento de representante del ausente. En este nombramiento se comprende indudablemente el cuidado de los bienes cuando sea necesario; y entonces ¿qué tribunal será competente, el del lugar de la cosa ó el del domicilio que dejó el ausente? Esta misma cuestion se suscitó en la discusion del Código civil francés, y allí se convino por fin en una resolucion adaptable á los dos aspectos diferentes que presentaba, pues se decidió que al tribunal del domicilio que debia tener mas conocimiento de la persona del ausente, corresponderia fallar sobre la presuncion de ausencia; y que al tribunal en cuya demarcacion se hallaran situados los bienes, tocaria establecer el modo de proveer á su administracion. Esta resolucion, que solo por inadvertencia dejó de espresarse en el Código civil francés, como ya han observado algunos (1), puede defenderse con muy buenas razones, y hubiera podido aceptarse sin inconveniente por los redactores de nuestro Código. Pero otra debe haber sido la opinion que entre los primeros haya predominado, cuando Goyena al comentar el art. 3.º dice espresamente, y en términos absolutos, que en toda la materia del título se estimará competente el tribunal del domicilio del ausente, porque puede apreciar mejor que ningun otro todos los motivos y circunstancias de la ausencia.

A otra duda no menos grave se prestan las palabras de «parte interesada» de que se vale el artículo que estamos examinando. ¿Qué interés será suficiente para motivar una instancia al tribunal á fin de que se nombre representante del ausente? Desde luego ha de ser un interés legal, no simplemente el de la simpatía, ó el de la beneficencia, el de la amistad ó del parentesco. Entre los que tienen este interés legal figuran en primer término aquellos que go-

zan de derechos existentes y efectivos á que la ausencia puede afectar: esto es indudable. Pero ¿le tienen asimismo los herederos presuntivos del ausente? ¿pueden ser admitidos á provocar el nombramiento de representante, como partes interesadas? Parécenos que sí: porque si bien no pueden pretender en este mismo período preparatorio de la ausencia derecho alguno á los bienes del que desapareció de su domicilio, tienen una esperanza, una probabilidad próxima de un derecho. No solo aguardan por su carácter de herederos que aquellos bienes les han de corresponder en pleno dominio, si el ausente muriera, esto no sería bastante; sino que tienen motivos para presumir y muy fundadamente, que siguiendo la incertidumbre de la existencia del ausente, muy en breve van á entrar en posesion de su fortuna en el concepto de administradores legales, cuyo concepto remonta á la época de la desaparicion y de las últimas noticias (véase el art. 318). Aunque no les compete en la actualidad un derecho, tienen grandes motivos para escitar medidas protectoras y conservadoras de los bienes que no están quizá muy distantes de recaer en su posesion provisional. Esto no es en manera alguna una sugestion directa que por ser un término tan corto el del primer período, tenga visos de codicia, como indica el comentario; porque en primer lugar la misma circunstancia de faltar poco tiempo para la declaracion de ausencia, hace que concurra un verdadero interés, un interés legal muy atendible; y en segundo lugar la latitud del artículo de que tratamos, deja al tribunal en completa libertad acerca de la eleccion de persona que administre la fortuna del ausente. Si los herederos presuntivos dejaran traslucir su codicia y trataran de alzarse con la administracion y con la representacion del ausente, podria y deberia el tribunal rechazar sus inmoderadas preteasiones; pero de esto á impedirles que tomen la iniciativa en medidas en que tienen interés hay una distancia inmensa. Ni la letra, ni la mente del artículo,

(1) Entre otros Locré y Dalloz.

ni el temor de ningun inconveniente debe impedir que se considere para sus efectos á los herederos presuntivos como partes interesadas.

El artículo siguiente, el 311, dice: «En el caso del artículo anterior el cónyuge que se ausenta será representado por el que está presente.» La duda única que aquí pudiera ocurrir sería la de saber cual es la referencia exacta de las primeras palabras «en el caso del artículo anterior,» porque este comprende diversos extremos, tales como la falta de apoderado y de noticia del paradero del ausente, el caso de urgencia, la instancia de parte interesada ó del ministerio fiscal. Pero si se atiende á la forma directa é inmediata en que se autoriza al cónyuge presente, y al espíritu que ha predominado en la redacción del artículo, tal cual lo espone el comentario, se conocerá sin grande esfuerzo que no se necesita que medie urgencia, ni que se acuda por instancia de otra parte interesada al tribunal. Basta sin duda la desaparición del marido, y que no se tengan noticias de él, á no ser que haya dejado apoderado, excepción que á nuestro juicio debe sobreentenderse. Si por el contrario es la muger la ausente, haya dejado ó no apoderado, no cabe la menor duda en que el marido sigue administrando sus bienes y siendo su representante; puesto que no hay razón para que se altere en nada el carácter de superioridad que tiene en el matrimonio.

Así entendemos nosotros el art. 311: y á su contenido no puede hacerse ninguna objeción que tenga fundamento; porque descansa en la misma consideración que tienen respectivamente los cónyuges. Ausente uno de ellos nadie mejor que el que queda presente conoce sus negocios y su fortuna, ni pudiera tener el celo y el interés que él pondrá de su parte para desempeñar la administración que la ley le confía, del modo mas esmerado y beneficioso en interés del ausente, que es en último resultado el suyo propio y el del matrimonio.

El último artículo del capítulo, que es

el 312 del proyecto advierte que: «Siempre que el tribunal nombre un representante del ausente, dictará las providencias oportunas para asegurar los derechos é intereses de este, así como las facultades, obligaciones y remuneración del primero; regulándolas segun las circunstancias, por lo que está prescrito de los curadores.» Sencillo es esto y no necesita explicarse: ya que la ley no podía tener la suficiente fuerza de previsión y generalización que abarcase todos los casos y situaciones susceptibles de presentarse en la práctica, era menester que al menos trazara alguna pauta á la conducta de los tribunales, respecto á la persona que eligieran para dirigir los negocios y administrar los bienes del ausente. Esta pauta se ha tomado de lo establecido respecto á los curadores; y difícil, si no imposible, hubiera sido hallarla en otra parte, porque ya lo tenemos indicado, y ahora es ocasión de repetirlo; el nombrado por el tribunal en el período de la presunción de ausencia es verdaderamente un curador judicial; y de esta denominación debiera haberse usado en el capítulo, en vez de la de representante, en gracia de la sencillez y de la claridad.

### § 3.º De la declaración de ausencia. (cap. 2.º)

Pasado un plazo no muy largo desde que uno desapareció de su domicilio sin haber de él noticia, la suposición de que vive se va disminuyendo y debilitando hasta nivelarse con la presunción contraria de que ha muerto. De esta mútua contradicción nace en el intermedio el estado de duda, la completa incertidumbre acerca de la existencia, y entonces es cuando la ausencia comienza propiamente: antes solo se había presumido, ahora ya se declara. Por esto el epígrafe del capítulo nos anuncia que va á tratarse «de la declaración de ausencia;» espresiones que han empleado con propiedad varios códigos extranjeros, y que el de Friburgo ha sustituido por otras que aun parecen mas claras, como son «declaración

de incertidumbre de la existencia de una persona.» Nosotros sin embargo aceptamos el epigrafe de nuestro proyecto, y aun lo aceptaríamos de mejor voluntad, si al capítulo anterior se hubiera puesto el de «presunción de ausencia;» porque este contraste y el que hubiera formado el del cap. 4.º habrían hecho percibir á un golpe de vista y con toda fijeza la idea general del sistema.

Sea de esto lo que quiera, el cap. 2.º se dirige á explicar cuándo, de qué modo y con qué formalidades se llega á hacer la declaracion de ausencia. Háse fijado el término al cabo del cual esta declaracion puede solicitarse; término no susceptible de reduccion, pero sí de ampliacion por consideracion ya al ausente, ya al cónyuge presente, ya á las circunstancias particulares de la ausencia. Fuera de esto, se reserva á ciertas personas el derecho de provocar la declaracion, y se establecen para ella requisitos previos que siempre é invariablemente deberán ser guardados. Veamos cómo se han desarrollado todos estos particulares.

Art. 313. «Pasados cuatro años sin haber »tenido noticia del ausente, podrá declararse la ausencia. Esta accion solo puede intentarse por los herederos presuntivos legítimos ó instituidos en testamento »abierto, y por cualquiera otro que tenga »sobre sus bienes algun derecho subordinado á la condicion de su muerte.» El término que este artículo señala parece prudentemente establecido; ni es demasiado largo, de suerte que la fortuna del ausente se resienta por falta de una administracion normal y continuada, ni tampoco tiene una prematura brevedad que no dé lugar á que el mismo ausente pueda llegar á conocer las importantes medidas que van á decretarse. Este término, segun espresa el artículo, comienza á correr desde que dejaron de tenerse noticias del ausente.

Una vez trascurrido se podrá «declarar la ausencia;» comprendemos la idea de los redactores, pero á nuestro entender no está bien espresada, porque no son cuatro, sino

cinco años al menos con arreglo al artículo 317 los que se requieren para que se pueda hacer la declaracion, y en esto conviene tambien el comentador del proyecto: con mas propiedad y precision estaria redactado el artículo usando de la frase: *podrá pedirse la declaracion de ausencia*, ú otra análoga que no diera á entender que bastan cuatro años para la declaracion, sino que al cabo de ellos hay términos hábiles para pedirla. Mas dejando esto á un lado, observemos cómo el artículo no prescribe al tribunal una obligacion, sino que confia una facultad á su prudente arbitrio. Disposicion es esta muy fácil de justificar; el que se ha separado de su domicilio puede dejar de dar noticias por cuatro años, y sin embargo no ser justo ni equitativo declarar su ausencia; si al ausentarse manifestó que se dilataria su regreso mas de aquel tiempo, si ha emprendido un viaje á paises muy lejanos, si se han cortado las comunicaciones por guerra ú otra causa entre el punto donde se halla y aquel en que se intenta la declaracion, ¿no deben tomarse en cuenta estas circunstancias por el tribunal, ya que la ley no ha podido fijar todas las que caben, y diferirse mas allá del término de cuatro años la declaracion de ausencia? Sin duda que debe ser así, y que otra cosa ademas de pecar contra la equidad, hubiera falseado en un todo el sistema adoptado por el proyecto, porque el segundo período está caracterizado por la incertidumbre, por la pugna y equilibrio de las conjeturas de la vida y de la muerte; y en los casos de los ejemplos anteriores no existe esta duda, sino mas bien la suposicion de que aun vive el ausente. Por esto debe seguir corriendo el primer período, en una palabra, tratarse de la ampliacion del capítulo primero, no del segundo, del título de la ausencia. Así es que la primera escepcion de la regla de que bastan cuatro años es justa y motivada; el tribunal no «deberá,» sino que «podrá» proceder á la declaracion de ausencia.

Y ¿á quienes se ha de conceder el derecho de provocar la declaracion? Desde

luego á aquellas personas á quienes la ley dá una esperanza de suceder en los bienes del ausente cuando este muera, y asimismo á aquellas otras que derivan igual esperanza de la voluntad manifiesta del testador, en una palabra, á los herederos presuntivos del ausente. A unos y á otros comprende el artículo, porque aun cuando no ha llegado el caso de que adquieran por completo y con verdadero dominio la sucesion, tomarán la posesion provisional, la administracion legal cuando se verifique la declaracion de ausencia (§ 2 del art. 318); están pues directamente interesados en solicitar esta declaracion.

En cuanto á los herederos legítimos presuntivos, los hay de distinto grado de parentesco: todos tienen una fundada esperanza, al menos respectivamente subsidiaria, de la sucesion y de la posesion provisional; ¿podrá, pues, cualquiera de ellos provocar la declaracion? Indudablemente; pero en la inteligencia de que los de grado mas remoto solo lo podrán ejercer cuando sean negligentes los mas próximos; interpretacion que nos parece lógica y fundada. Por lo que hace á los herederos presuntivos testamentarios, claro es que no todos, sino solo los que lo son en virtud de testamento abierto, tienen facultad de pedir la declaracion. Así lo espresa testualmente el artículo que examinamos; los herederos presuntivos por testamento cerrado, hasta ahora serán desconocidos; porque estos testamentos no se abren hasta que ya se ha declarado la ausencia (§ 1.º del artículo 318.)

Por las mismas razones que se ha concedido esta facultad á los herederos presuntivos, ha debido concederse á los que tienen sobre los bienes del ausente algun derecho subordinado á la condicion de su muerte: su situacion es de todo punto igual y deben aprovecharse de unas mismas consecuencias. Mas adelante tendremos lugar de convencernos de su asimilacion.

Pero fuera de las personas hasta aquí mencionadas, á nadie mas compete la facultad de provocar la declaracion; el artí-

culo es limitativo y tenia que serlo. Los acreedores, los socios, todos los demas que tenían negocios pendientes con el ausente, ni son perjudicados por no ser admitidos, ni podrían alegar título alguno para su admision. La declaracion de ausencia no les aprovecha, no promueve sus intereses; si por sus negocios han de entablar alguna reclamacion, pedir el pago de sus deudas, exigir otro cualquier derecho, lo mismo pueden hacerlo dure el período de la presuncion de ausencia, ó haya comenzado el de la declaracion: en el primero solicitarán del tribunal las medidas oportunas (art. 310); en el segundo se dirigirán al que tenga la posesion provisional (art. 351). Mucho menos convenia dar al ministerio fiscal iniciativa alguna en este punto: su mision es representar el interés publico, y velar por el del ausente. El primero en nada se afecta por la declaracion de ausencia; esta es de interés particular de aquellos que la ley designa: el segundo lejos de existir y de reclamar la aceleracion de ella, concurre para que se retrarde. Indudablemente el ministerio fiscal ha de tomar una gran parte y muy activa en la materia del capítulo que examinamos; pero ya veremos que esto proviene de muy distintos motivos, con muy distintas miras y con otros fines diametralmente opuestos que los que encierra la demanda de que habla el artículo. Pasemos al siguiente.

Art. 314. «El cónyuge presente podrá impedir la declaracion de ausencia del otro cónyuge, ó ejercitar, despues de hecha la declaracion de ausencia, los derechos subordinados á la condicion de la muerte del ausente.» Comparando este artículo con el 311, observamos como varia la condicion del cónyuge presente segun que subsiste la presuncion de ausencia, ó se ha entrado en el período de su declaracion; en el primero tiene obligacion de administrar y representar al ausente, lo cual no sucede en el segundo caso. Esta diversidad de resultados se cifra en que tambien ha cambiado el concepto que la ley dá al cónyuge ausente; cuando se supone que este

vive, cuando no es mas que un presunto ausente, ¿per qué título se dejaría á voluntad del presente el cuidar ó no de sus bienes y de sus negocios? Si la ley no duda todavía de la existencia del vínculo del matrimonio, ¿cómo un cónyuge sería árbitro de eximirse de las mas nobles é importantes obligaciones que impone? ¿cómo autorizarle para que se desentendiera de la solicitud, de los cuidados, de la vigilancia que imponen el afecto y el vínculo legal entre los consortes? Pero cuando ya comienza la incertidumbre completa de la vida del ausente, el proyecto obra con mucha cordura en dejar libre la determinacion del presente; va á tomar importantes medidas, va á disponer sobre la administracion y posesion ordinaria y normal de los bienes, y no hubiera sido nada equitativo despreciar la voluntad del cónyuge, y obligarle á pasar por ciertos resultados en cualquiera sentido que se ordenasca. Si el cónyuge presente, que mejor que nadie ha de conocer el estado de los negocios del ausente y su interés propio, calcula que no le favorece seguir administrando, la ley no debia forzarle á tomar un encargo que repugna, que desempeñará poco celosamente, y sobre todo que quizás le será calamitoso. Pero aun hubiera tenido mas inconvenientes el caso contrario; esto es, el de dar á las personas designadas la posesion de los bienes, vedándose la al cónyuge presente. Los respetables lazos que á este unen y que él quiera hacer valer, el interés de que los bienes aportados al matrimonio, sean conservados y mejorados, son razones muy poderosas para su preferencia sobre los estraños, ó mejor para que estos no le escluyan. Muy triste seria que tras del aislamiento en que queda el cónyuge por la ausencia del otro, se encontrara tambien despojado de la posesion y administracion de sus bienes. Por tales consideraciones el artículo del proyecto ha recurrido al medio que aconsejaba la equidad y la conveniencia, dando al cónyuge presente opcion á impedir ó á conformarse con la declaracion de ausencia.

Fácilmente se comprende lo que sucederá en cada uno de estos supuestos. Si el cónyuge impide la declaracion de ausencia, sigue administrando y representando al ausente como sucedia en el período de la presuncion, el cual en este caso se prolonga indeterminadamente; pero nunca mas allá del tiempo en que comienza la presuncion de muerte. Y hé aquí una segunda escepcion de la regla general de que á los cuatro años puede declararse la ausencia. Si por el contrario el cónyuge no se opone á la declaracion de ausencia, surte esta todos sus efectos, si bien en ellos tendrá participacion. Cuando los herederos presuntivos ya legítimos, ya testamentarios, cuando todos aquellos que tienen derechos subordinados á la muerte del ausente entran en posesion provisional, luego que se declara la ausencia, el cónyuge debe seguir igual suerte. La circunstancia de haber consentido esta declaracion en uso de su derecho, no debe ser perjudicial, si tiene derechos subordinados á la muerte del otro cónyuge, y así lo ha establecido espresamente el proyecto de código. Reasumiendo: la opcion que establece este es entre la situacion del artículo 314 y la del 318.

El artículo siguiente, que es el 315, dice: »En el caso de que el ausente haya dejado »apoderado para la administracion de sus »bienes, no podrán los parientes hacer esta »reclamacion hasta pasados diez años des- »pues de su desaparicion, y haberse reci- »bido las últimas noticias. Encontramos en este artículo la tercera escepcion del principio que dá por bastantes cuatro años para la declaracion de la ausencia. Las razones en que se funda son de gran peso y valor: entre el que desaparece de su domicilio habiendo dejado apoderado, y el que lo hace sin haber tomado esta precaucion, hay una gran diferencia, por mas que tanto de uno como de otro no se hayan tenido noticias. Esta falta en realidad es menos de estrañar en el primero; ha dejado quien cuide de sus negocios, quien administre sus bienes, quien le represente en lo que

vive, cuando no es mas que un presunto ausente, ¿per qué título se dejaría á voluntad del presente el cuidar ó no de sus bienes y de sus negocios? Si la ley no duda todavía de la existencia del vínculo del matrimonio, ¿cómo un cónyuge sería árbitro de eximirse de las mas nobles é importantes obligaciones que impone? ¿cómo autorizarle para que se desentendiera de la solicitud, de los cuidados, de la vigilancia que imponen el afecto y el vínculo legal entre los consortes? Pero cuando ya comienza la incertidumbre completa de la vida del ausente, el proyecto obra con mucha cordura en dejar libre la determinacion del presente; va á tomar importantes medidas, va á disponer sobre la administracion y posesion ordinaria y normal de los bienes, y no hubiera sido nada equitativo despreciar la voluntad del cónyuge, y obligarle á pasar por ciertos resultados en cualquiera sentido que se ordenasca. Si el cónyuge presente, que mejor que nadie ha de conocer el estado de los negocios del ausente y su interés propio, calcula que no le favorece seguir administrando, la ley no debia forzarle á tomar un encargo que repugna, que desempeñará poco celosamente, y sobre todo que quizás le será calamitoso. Pero aun hubiera tenido mas inconvenientes el caso contrario; esto es, el de dar á las personas designadas la posesion de los bienes, vedándose la al cónyuge presente. Los respetables lazos que á este unen y que él quiera hacer valer, el interés de que los bienes aportados al matrimonio, sean conservados y mejorados, son razones muy poderosas para su preferencia sobre los estraños, ó mejor para que estos no le escluyan. Muy triste seria que tras del aislamiento en que queda el cónyuge por la ausencia del otro, se encontrara tambien despojado de la posesion y administracion de sus bienes. Por tales consideraciones el artículo del proyecto ha recurrido al medio que aconsejaba la equidad y la conveniencia, dando al cónyuge presente opcion á impedir ó á conformarse con la declaracion de ausencia.

Fácilmente se comprende lo que sucederá en cada uno de estos supuestos. Si el cónyuge impide la declaracion de ausencia, sigue administrando y representando al ausente como sucedia en el período de la presuncion, el cual en este caso se prolonga indeterminadamente; pero nunca mas allá del tiempo en que comienza la presuncion de muerte. Y hé aquí una segunda escepcion de la regla general de que á los cuatro años puede declararse la ausencia. Si por el contrario el cónyuge no se opone á la declaracion de ausencia, surte esta todos sus efectos, si bien en ellos tendrá participacion. Cuando los herederos presuntivos ya legítimos, ya testamentarios, cuando todos aquellos que tienen derechos subordinados á la muerte del ausente entran en posesion provisional, luego que se declara la ausencia, el cónyuge debe seguir igual suerte. La circunstancia de haber consentido esta declaracion en uso de su derecho, no debe ser perjudicial, si tiene derechos subordinados á la muerte del otro cónyuge, y así lo ha establecido espresamente el proyecto de código. Reasumiendo: la opcion que establece este es entre la situacion del artículo 314 y la del 318.

El artículo siguiente, que es el 315, dice: »En el caso de que el ausente haya dejado »apoderado para la administracion de sus »bienes, no podrán los parientes hacer esta »reclamacion hasta pasados diez años des- »pues de su desaparicion, y haberse reci- »bido las últimas noticias. Encontramos en este artículo la tercera escepcion del principio que dá por bastantes cuatro años para la declaracion de la ausencia. Las razones en que se funda son de gran peso y valor: entre el que desaparece de su domicilio habiendo dejado apoderado, y el que lo hace sin haber tomado esta precaucion, hay una gran diferencia, por mas que tanto de uno como de otro no se hayan tenido noticias. Esta falta en realidad es menos de estrañar en el primero; ha dejado quien cuide de sus negocios, quien administre sus bienes, quien le represente en lo que



durante su ausencia pudiera ocurrir, y descansando en su prevision es posible que no se interese porque sepan de él y que no acelere su regreso. Todo esto concurre para que en un período mayor que el de los cuatro años se crea fundadamente que vive; para que no se pueda admitir tan pronto la incertidumbre completa en que descansa la declaracion de ausencia. Esta base, unida á la mayor consideracion que tiene que dispensar la ley al que administra por voluntad del ausente, que al que ella designa para representarle, ha motivado la prolongacion del segundo período de la ausencia. Y aunque hay algun código que como el de la Luisiana fija siete años, nos parecen muy oportuno los diez que el proyecto señala, tanto porque constituyen un doble de los cinco que por regla general han de pasar hasta que llega á declararse la ausencia, como porque tienen un antecedente en el derecho pátrio, en los fueros de Aragon, segun dejamos dicho en el párrafo primero de la seccion VII. Por lo demas, á pesar de que la prolongacion consiste solo en diez años, no quiere significarse con esto que al punto que trascurren tendrá efecto la declaracion de ausencia: la letra y la mente del artículo prescriben que se deje pasar el año marcado para estos casos (art. 517).

Pero puede darse el supuesto de que el apoderado cesase antes de los diez años: ¿á qué tiempo podrá entonces declararse la ausencia? Cuando suceda que el poder haya espirado antes de este tiempo, ó que haya muerto ó se haya imposibilitado el apoderado; cuando, en una palabra, el ausente queda sin representacion y no han transcurrido los diez años, no por eso creemos que se abrevia este término, ni que se anticipa la declaracion de ausencia. Las razones que la ley ha debido tener para fijarle, subsisten en cualquiera de esas hipótesis; y por otra parte la letra del artículo no dá lugar á duda, puesto que solo exige que el ausente «haya dejado apoderado» sin distinguir si este seguirá por tal ó cual tiempo representando al ausente. El

párr. 2.º del art. 516, que asimila al ausente cuyo apoderado ha cesado con aquel que no le dejó, debe en nuestro entender ser comprendido, de suerte que guarde armonía con el artículo que estamos examinando; esto es, como poniendo al ausente bajo el imperio del cap. 1.º del título de ausencia, en tanto en cuanto se aguarde para la declaracion el término de los diez años. Nos valdremos de un ejemplo para demostrar esto: desaparece una persona del lugar de su domicilio, sin que se tengan despues noticias de él: el apoderado que deja muere al año: el ausente desde entonces será representado en caso de urgencia en todo lo necesario, pidiéndolo una parte interesada; es un presunto ausente como el que no dejó apoderado: pero se trata de que se declare la ausencia; entonces ya no tendrá igual consideracion; no podrá ser declarado ausente por los artículos 515 y 517 á los cinco años de haber caducado el poder, ó sea á los seis desde la desaparicion, sino que habrá de aguardarse el término del art. 515 que ahora estamos examinando.

Preciso es tambien averiguar si para los efectos de este se entenderá apoderado del ausente aquel que voluntariamente se prestó á dirigir sus negocios y á cuidar de sus bienes, tomando sobre sí la representacion del ausente, por cuya suerte tenia motivos de interesarse. Creemos que no: la gestion voluntaria de esa persona podrá á lo sumo ahorrar las medidas provisionales de que trata el cap. 1.º del título de la ausencia; pero no debe ser bastante para impedir á los interesados provocar con éxito la declaracion. La gestion voluntaria si bien aprovecha al ausente, no revela su prevision, ni su resolucion de prolongar el regreso, ni esplica del mismo modo la carencia de noticias; y así faltan los motivos que sirven de base á la disposicion del artículo de que tratamos. El hecho voluntario del gestor á que se ha movido sin tener la menor indicacion de la voluntad del ausente, no puede detener el curso de la incertidumbre que al cabo

de los cuatro años se hace completa. Aunque el gestor de negocios sea en realidad un apoderado, quizás mas, no lo «ha dejado el ausente» como el proyecto de Código requiere; está escludido por consiguiente de su disposicion.

Hemos visto aquí que el término de los diez años no puede reducirse; ¿podrá ampliarse? ó en otros términos, si el poder conferido por el ausente subsiste por voluntad de este mas de los diez años, ¿habrá de aguardarse á que caduque para que pueda pedirse la declaracion de ausencia? El artículo fija invariablemente el decenio, y de aquí parece que él es bastante en el caso propuesto, á fin de que haya términos hábiles para pedir la declaracion: cuando en todo ese tiempo el ausente no ha dado de sí noticias, y aunque ha dejado un apoderado, ni aun á este al cabo de tanto tiempo ha revelado su existencia, esta es muy incierta, lo bastante para que se esté en el caso de que se declare la ausencia. Sin embargo, á pesar de esta resolucion, que creemos cierta por punto general, aun podría ocurrir algun caso en que, siendo dado para mas de diez años un poder, resultara haberse movido á ello el ausente por la imposibilidad de regresar hasta la dilatada época que fijó, y aun la dificultad que tendria de dar noticias de su persona. En estos casos raros y excepcionales creemos que seria arriesgado establecer la incertidumbre completa de la existencia; antes bien parece que prepondera la suposicion de la vida, y á nuestro entender pudiera entonces dilatarse la declaracion de ausencia mas de los diez años, por el prudente arbitrio del tribunal; lo cual no seria contrario á la mente del artículo, ni del sistema desarrollado en el proyecto. El término de los diez años es muy de notar que guarda íntima semejanza con el de los cuatro fijados como regla general; ni uno ni otro pueden reducirse; pero así como el segundo puede dilatarse, segun hemos visto al esponer el art. 313, creemos que pueda tambien serlo el primero.

Tal vez se dude acerca de si el término

de los diez años aprovecha al menor que se ausenta, y del que no hay noticias. No está seguramente comprendido el menor en la letra del artículo, el cual exige que el ausente «haya dejado apoderado;» pero debe estarlo en su espíritu. El menor no necesita dejar apoderado: ¿qué mejor apoderado que el tutor que le representa y administra sus bienes? ¿en quién mejor que en él puede descansar su confianza, y tranquilo con ella no cuidarse de si se sabe ó se ignora su existencia? Es en consecuencia indudable que los interesados deben aguardar el término de los diez años cuando pidan la declaracion de ausencia de un menor. Pero no siempre, porque si cuando este se ausentó, estaba ya próximo á su mayor edad, no se puede presumir en él igual indiferencia y confianza: sabia ó debia saber que si bien quedaba representándole su tutor, en breve se extinguiria esta representacion, y así quizás ni sean cuatro ni diez los años que deban trascurrir para la declaracion de ausencia: en todo caso el tribunal lo graduará haciendo uso de las facultades discretionales que le confiere el art. 315.

Márcase tambien la época desde que han de contarse los diez años, con estas palabras: «después de su desaparicion, y haberse recibido las últimas noticias,» cuya parte del artículo se halla, á lo que creemos, redactada con incorreccion. Debe atribuirse á error el uso de la conjuncion copulativa en vez de la disyuntiva, si no se quiere hacer imposible el sentido y la aplicacion del artículo, y con efecto los artículos análogos de los códigos extranjeros, de donde ha sido tomado, corroboran esta observacion. Dos casos pueden ocurrir: que desde que salió de su domicilio el ausente no haya habido noticias de él; ó que hayan cesado si en un principio las hubo: en el primero solo se atiende, solo se puede atender al tiempo de la desaparicion; en el segundo al de haberse recibido las noticias, y la desaparicion entonces nada representa.

Otra equivocacion no menos grave aun advertimos en el artículo, y que como la

anterior, no podrá menos de notarse y corregirse si el proyecto pasa á ser ley, aun cuando en el fondo no sufra alteracion alguna. Aludimos á las palabras «no podrán los parientes hacer esta reclamacion:» prescindiendo de lo conveniente que sería evitar el empleo del pronombre demostrativo que el artículo anterior aleja demasiado, nos ceñiremos á observar la impropiedad de la palabra «parientes,» pues que parece deducirse de ella, que en el supuesto de que se trata solo á los parientes, y no á los herederos presuntivos estraños, ni á los que tienen derechos subordinados á la condicion de la muerte del ausente, se impide reclamar la declaracion de ausencia, lo cual sin duda ha estado bien lejos del pensamiento de los autores del proyecto, segun pone en claro el art. 513. Verdad es que en el art. 121 del Código francés, de donde el nuestro ha sido tomado, se usa de las palabras «herederos presuntivos;» pero ni esto es sinónimo de «parientes» ni podia aludirse en nuestro Código solamente á aquellos, porque el art. 513 ya citado, expresa que otras personas tambien tienen derecho de intentar la declaracion de ausencia. Así el artículo comprende á todos aquellos de que habla el 513.

Falta saber cuáles son los trámites que han de preceder á la declaracion de ausencia, y este es el objeto de los artículos restantes del capítulo. El art. 516 dice: «Si el juez encuentra fundada la reclamacion, remitirá al gobierno un testimonio de ella, para que se anuncie en los papeles oficiales, y se la dé la conveniente «publicidad.» Obvias son las razones que justifican este artículo; como que se trata de disponer de la posesion provisional de los bienes del ausente, y los que á esta tienen derecho, son los mismos que están facultados para pedir que se declare la ausencia, ha sido menester evitar que triunfasen sin obstáculo las pruebas astutas y artificiosas á que aquellos pudieran acudir con objeto de demostrar que no hay noticia alguna del ausente. Este es un gran inconveniente muy temible, porque radica

en la codicia de los hombres, que va por encima de las consideraciones de la equidad, de la humanidad y hasta del parentesco; por esto hubiéramos deseado la redaccion del artículo en términos mas explícitos, y aun que hiciera mera indicacion, ya que otra cosa no fuese posible, de diferentes medios á que deberá apelarse, de varias diligencias que se tuvieran que practicar para reunir, no solo el mayor cúmulo de datos, de documentos, de noticias, de testimonios, en fin de toda clase de pruebas, sino para que estas trajeran la procedencia mas verídica y desinteresada. Tambien hubiera sido muy oportuno, como lo han hecho otros códigos, demostrar, no taxativamente, sino con varios ejemplos, que era precisa una gran publicidad general y multiplicada.

A pesar de que ha sido algun tanto escasa la expresion del artículo, no hay duda que la mente de los autores del proyecto ha debido ser amplia prueba y publicidad; lo cual deberán tener muy presente los jueces y el gobierno en la esfera á que se concretan las atribuciones de cada cual. Así los primeros deben abrir una informacion lata y cumplida en que demuestren el mas esquisito celo para obtener la conviccion de que es fundada la demanda de declaracion de ausencia; en la cual no solo les será útil, sino necesario oír al ministerio fiscal, que tiene el encargo especial de velar por los intereses del ausente, y con quien debe contarse para acreditar la ausencia (art. 335). El gobierno por su parte debe poner cuantos medios crea oportunos para que la demanda, cuyo testimonio le pasa el juez, obtenga la mayor publicidad, y en virtud de ella puedan acudir las personas con quienes tenia trato y relaciones el ausente, á deponer lo que sepan acerca de su paradero, ó quizás él mismo, si ha llegado á su noticia la demanda entablada.

La hipótesis sobre que procede el artículo, que se contiene en las palabras, «si el juez encuentra fundada la reclamacion» debiera haberse omitido á juicio del co-

mentador, quien opina que es tan peligroso como impropio dar ó suponer en el juez la facultad vaga de no admitir ó de detener el curso de una demanda de esta especie. Sin que nosotros nos mezclemos en la oportunidad de esta censura, y sin que nos propongamos defender las palabras en cuestion, creemos que estas pueden recibir una interpretacion menos desfavorable. Para averiguar si la reclamacion de los interesados en la declaracion de ausencia, es fundada, no basta la mera lectura de la demanda y de sus motivos, á no ser que estos fueran tan fútiles que demostraran evidente injusticia y revelaran la codicia de quien los proponia. Será menester que se intenten medios probatorios, y si de ellos apareciera que hay razones poderosas para creer que el ausente vive, si resultara que se han recibido noticias, haria muy bien el juez de desechar la reclamacion; y no encontrándola fundada, ¿qué objeto tendria pasar testimonio de ella al gobierno, darla publicidad, llenar, en una palabra, las formalidades previas de la declaracion de ausencia, si esta no procedia? Verdad es que se dá gran latitud al arbitrio judicial; pero fuera de que la ley debe presumir su buen uso, ya hemos tenido ocasiones, y todavia se presentarán en lo sucesivo, de convencernos que en esta materia de ausencia, los códigos tienen que abandonar la prevision de muchos casos, y fiar en la prudencia y buen criterio de los tribunales.

El siguiente artículo concluye la materia del anterior, y dice: Art. 317. «La declaracion de ausencia no podrá decretarse hasta pasado un año, desde que se anuncie su reclamacion en el papel oficial del gobierno: decretada que sea, se la dará igual publicidad que á la reclamacion.» Este intervalo se explica naturalmente: de nada hubiera servido la insercion de la demanda en los papeles oficiales, si no se aguardara á que estos circularan, á que se difundiera su conocimiento y llegando á saberse por los amigos y conocidos del ausente, tal vez por él mismo, y unos

ú otros acudieran á declarar ante el tribunal. Todo esto necesita algun tiempo, y no es ciertamente excesivo el que se ha designado, ni desacertada la época desde que debe contarse.

Por lo demas, advierte oportunamente Goyena, que ninguna otra dilacion se prescribe como necesaria entre la declaracion de ausencia y el auto de posesion provisional; y avanza hasta decir, que ambos extremos podrán comprenderse en una misma sentencia. No hay obstáculo efectivamente en que pueda hacerse; si bien parece conveniente que medie un pequeño plazo, en el que quizás venga una declaracion, una noticia que cambie la situacion legal del ausente. Pero si una vez declarada la ausencia comienza á surtir sus efectos, ¿á qué darla igual publicidad que á la reclamacion, como establece el artículo? No es inútil esta precaucion, porque aunque no se dirige á que se aplace el efecto de la declaracion, puede conducir á que se conozca el paradero y la existencia del ausente, con lo cual cesarian sus consecuencias y se disiparia la incertidumbre que la sirve de base. La ley no ha economizado, no debia economizar toda garantía que sin perjudicar los derechos de un tercero, favorezca al ausente.

§ 4.<sup>o</sup> *De los efectos de la declaracion de ausencia (cap. 3.<sup>o</sup>).*

Prosíguese en este capítulo la materia del anterior. Explicados todos los requisitos y formalidades que deben preceder á la declaracion de ausencia, faltaba conocer cuáles son los efectos que se siguen de ella. Los bienes del ausente van á ser administrados y poseidos de un modo normal: quienes disfrutaran de esa posesion, cuáles serán sus derechos y obligaciones, sea que la ausencia continúe ó que se ponga en claro la existencia del ausente; tales son los objetos que comprenden los artículos que ahora debemos examinar.

Art. 318: «Declarada la ausencia, si existe un testamento cerrado, se abrirá á ins-

«tancia de cualquiera que crea tener derecho en él. Los herederos testamentarios, y en su defecto los legítimos del ausente al tiempo de la desaparicion ó de sus últimas noticias, serán puestos en posesion provisional de sus bienes, dando fianza que asegure las resultas de la administracion. Los legatarios, donatarios y todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos subordinados á la condicion de su muerte, podrán tambien ejercitarlos dando fianza.» Cuando el ausente desaparece de su domicilio, y no se sabe donde reside, la ley no se mezcla en la administracion de sus bienes, y permanece impassible, escepto en casos de urgencia; esta conducta observa por espacio de cinco años, pero cuando estos pasan, y ni aun entonces se tiene noticia del ausente, cuando en nada se aclara su existencia, á pesar de las indagaciones y de la publicidad de los avisos, hay ya motivo bastante para que la ley provea á tomar medidas eficaces, dirigidas por una parte á satisfacer la esperanza de aquellas personas á que habia de reportar ventaja la muerte del ausente, y por otra á evitar que los bienes, faltos del cuidado continuo ó incesante de un individuo interesado, vayan desmejorándose y paren en una completa ruina. Estas miras de solicitud y proteccion por parte del legislador, han de producir dos hechos, dos consecuencias capitales; primero, que es preciso poner en administracion los bienes del ausente, y segundo, que esa administracion á ningunos otros debe confiarse mejor que á aquellos en quienes concurre una preferencia por parte del mismo ausente ó de la ley; esto es, los herederos presuntivos. Ellos son los que están naturalmente indicados para poseer los bienes que se presume han de pertenecerles en propiedad, y que por este motivo conservarán y mejorarán, ya por la simpatía y afecto hácia la persona, por cuyo intermedio les vienen, ya por su propio interés y provecho. Hé aquí la base en que descansa el artículo del proyecto; si se considera atentamente, se verá que llegada la declaracion

de ausencia, puede decirse que se abre la sucesion; no porque se traspase el dominio, ni otro derecho irrevocable, lo cual solo puede proceder del hecho acreditado de la muerte, sino en cuanto á que pasa la posesion provisional á todos aquellos á quienes aprovecharia definitivamente la muerte del ausente.

Por esto lo primero que dispone el artículo tan luego como la ausencia está declarada, es que se abra el testamento del ausente, á fin de que sean conocidas las personas que él designara para sucederle ó concederles algun derecho. Pero ¿no parece esta escepcion una contradiccion con la saludable regla de que solo debe abrirse el testamento del que efectivamente ha muerto? ¿Tan poco respeto se merece la voluntad de quien ha querido otorgar un acto y conservarlo oculto hasta que deje de existir? ¿Es justo dar un paso de tal gravedad solo por la mera incertidumbre de la existencia del testador, y cuándo ni siquiera se ha llegado á presumir la muerte? Tales son las objeciones que ocurren á primera vista; pero que considerado atentamente el sistema de la ley, no son de grave fundamento. Si, como acabamos de manifestar, la sucesion se considera abierta, aunque de un modo provisional, ¿por qué limitarla solamente á los herederos presuntivos legítimos ó á los instituidos en testamento abierto. Si fuera verdad que el testamento no debe ser ejecutado de modo alguno hasta la muerte del que lo otorgó, tampoco de modo alguno podria darse derecho á los parientes, á los legatarios, etc. en los bienes del ausente. Sin embargo admitidos estos al ejercicio provisional de sus derechos no habria razon para prescindir de aquellos. Aun mas: de no abrirse el testamento se destruia todo el sistema de la ausencia; porque ¿cómo dar la posesion á los herederos presuntivos legítimos ó de testamento abierto con la seguridad posible, y en virtud de fundadas conjeturas? ¿no puede suceder que no sean ellos los nombrados en el testamento cerrado? Preciso es, pues, abrir este para que en el disfrute

de los bienes se prefiera aquella persona en que pensó el ausente, y se respete su voluntad. Esto ciertamente es muy natural y entra en los principios del derecho que no camina á ciegas é inflexiblemente, antes bien cede á poderosas razones de conveniencia. Severo se mostró en este punto el Derecho romano, y sin embargo ya hizo la escepcion casi del mismo modo bajo el que se establece en el artículo: el célebre juriconsulto Ulpiano nos dice: «*Si dubitatur, utrum vivat an decesserit is, cujus quis, quod ad causam testamenti pertinet inspici describique postulat: dicendum est, prætorum causâ cognitâ statuere id debere* (1).» Apoyados en tan respetable autoridad; en las razones sobredichas y en el ejemplo de otros códigos, no nos repugna la disposición que el proyecto contiene.

Acerca de la época en que deberá abrirse el testamento, el artículo que examinamos corta toda cuestión: así que se declara la ausencia, y antes de que nadie sea puesto en posesion provisional. Respecto á las personas que tengan derecho á reclamar la apertura, el artículo dá una regla general, la misma que se observaría si hubiera fallecido el ausente; cualquiera que crea que se le deja algo: sin embargo, parece que en el caso de que habla el artículo sería conveniente que en defecto de los interesados pudiera pedir la apertura del testamento el ministerio fiscal; en efecto sucede frecuentemente que no se traspira la disposición de los que para que su voluntad esté oculta hacen testamento cerrado, y faltan por lo tanto personas que pidan la apertura del testamento; si sabiéndose, pues, que el ausente hizo testamento cerrado, y por falta de persona legítima que solicite su apertura, se dá la posesion provisional de los bienes á los herederos legítimos, ó á los que fueron instituidos en un testamento anterior abierto, tendremos el inconveniente de que se reputen como herederos presuntivos los que no lo son, porque solo

pueden considerarse como tales los que se supone que están escritos en el testamento cerrado. Por esto quisiéramos que el proyecto estuviera adicionado en este sentido.

Practicada la apertura del testamento, y teniéndose presente el abierto que haya podido dejar otorgado el ausente, á ellos habrá que atenderse para conceder la posesion provisional, la cual obtendrán los que aparezcan instituidos herederos: el artículo lo expresa terminantemente, porque los menciona en primer lugar, y solo «en su defecto» admite á los legítimos. Pero interesa saber el tiempo en que los herederos han de tener este concepto de legítimos: parecía natural que se atendiera al de la declaración de la ausencia, como que en virtud de ella se recibe la posesion provisional; pero no lo dispone así el artículo, el cual se ha atendido al tiempo de la desaparicion ó de las últimas noticias; es decir que se retrotrae la calidad de heredero mucho antes de cuando ha comenzado la ausencia, retroaccion que no nos parece del todo inoportuna. De lo cual se infiere que el que tenga la cualidad de heredero presuntivo al tiempo de la desaparicion ó de las últimas noticias, será preferido al que la tenga solo al tiempo de la declaración; por esto el comentario advierte oportunamente que el heredero presuntivo en la primera de aquellas épocas, y que no lo sea en la segunda, será preferido ó concurrirá con el que lo es al tiempo de la declaración, cuyo supuesto esplica con un ejemplo.

Pero el término á que se atiende para que aproveche la cualidad de heredero, no está claramente espresado en este artículo; porque al decir «al tiempo de la desaparicion ó de sus últimas noticias» no demuestra si estas se han de estimar por el tiempo en que se dieron ó por el en que se recibieron. Hay fundamentos bastante fuertes para decidirse por una ú otra opinion; pero nosotros no nos detendremos á discutirlos, ni aun á esponerlos, porque creemos que la oscuridad del artículo que examinamos se desvaneco por el contesto

(1) Párrafo 4 de la ley 3, tit. 5, lib. 29 del Dig.

de otros contenidos en el mismo título de los ausentes. Con efecto: al hablar del caso de haberse dejado apoderado vimos (artículo 515) que se empleaba la frase «haberse recibido las últimas noticias,» así como veremos mas adelante que para declarar la presuncion de muerte se exige cierto tiempo «desde que se recibieron las últimas noticias (art. 522);» todo lo cual nos induce á creer que debemos dar la misma inteligencia al artículo de que tratamos, que sin embargo hubiéramos deseado que hiciera igual expresion.

Mencionaremos ahora un caso que puede ocurrir, y que no parece se ha previsto en el artículo, aunque á nuestro entender no ofrece gran dificultad. Suponemos que habiéndose presentado á pedir la posesion provisional un pariente, como heredero presuntivo, la ha obtenido y la está disfrutando: pero viene despues otro pariente de quien no se tenia conocimiento y con la misma calidad de heredero presuntivo, pero de grado más próximo, pide para sí la posesion; deberá concedérsele? ó la sentencia en favor del primero ha de seguir surtiendo sus efectos? A nuestro entender no tiene la sentencia tal eficacia, la proximidad de grado no debe ser perjudicada por la posesion que tiene otro pariente mas lejano. Así se establece en el código sardo, segun el cual (art. 92) el reclamante puede escluir de la posesion al que la disfruta ó asociarse á él. En el silencio que sobre la materia guarda el proyecto creemos que cabe adoptar una opinion análoga.

La declaracion de ausencia no solo aprovecha á los herederos presuntivos, así testamentarios como legítimos, sino á todas aquellas personas que tienen derechos subordinados á la condicion de la muerte del ausente. Quienes sean estos no hay para que detenerse á explicarlo, por sí mismo se comprende; aquellos que si se hubiera abierto realmente la sucesion del ausente, percibirian algo de ella, ó adquiririan un derecho en su virtud. Pueden verse algunos ejemplos en el comentario, que respec-

to á los donatarios mencionados en el testamento advierte que se alude al caso en que el donante se reservara el usufructo de la cosa donada, lo cual es indispensable, porque si ya tuviera el donatario, así el usufructo como la propiedad, ¿en qué habria de quedarle derecho subordinado á la condicion de la muerte del donante?

Las personas de que hablamos, justamente han sido llamadas al ejercicio provisional de sus derechos. Compréndelos las mismas razones que justifican la posesion de los herederos; la voluntad presunta del ausente, la esperanza que abrigan, el interés en la conservacion de las cosas, todo hace igual su situacion. ¿Qué razon habria, ni qué inconveniente se opondria á que abierta provisionalmente la sucesion del ausente entraran en el disfrute de los bienes los herederos, y se escluyera á los demas que tienen derechos provenientes de igual origen? Esta, pues, es, á nuestro entender, la razon fundamental de la disposicion del artículo; la que se dá alegando que la administracion de los bienes de los legatarios, donatarios, etc., seria onerosa para los herederos, quienes tendrian que restituirlos en todo caso á la presentacion de aquellos ó del ausente, no nos parece tan convincente y sólida.

Pero ocurre una duda que debemos desvanecer: ¿cuándo serán admitidos al ejercicio provisional de sus derechos las personas á que se refiere el párrafo último del artículo? ¿inmediatamente que esté declarada la ausencia, ó despues que los herederos presuntivos hayan tomado la posesion provisional? Parécenos esto segundo lo mas probable, porque así habrá naturalmente quienes estén mas interesados en combatir cualquier defecto ó exageracion de las pretensiones particulares de los legatarios, donatarios, etc.: esto constituiria un orden mas regular y mas análogo al que se observa cuando la sucesion se abriese definitiva ó irrevocablemente. Así sucederá por lo comun; pero como puede darse el caso de que no hubiera reclamacion de la posesion por parte de los herederos presuntivos

ya por negligencia, ya por sospecha de que habia legatarios de grandes cantidades que absorvieran la mayor parte de los bienes del ausente; semejante omision, sea cualquiera su motivo, no constituirá un obstáculo ni una dilacion para los que tengan derechos subordinados á la condicion de la muerte del ausente, cuyo ejercicio provisional les deberá dar el juez en justa aplicacion de la ley. La interpretacion que dejamos enunciativa parece conforme al sentido en que se halla redactado el artículo.

Hubiérase dejado sin completar la idea de la ley, si no se impusiera así á los herederos presuntivos como á las demas personas que obtengan la posesion provisional, la obligacion de dar fianza. Sin esta no seria eficaz la obligacion de restituir, y al regresar encontraria á las veces el ausente sus bienes, no protegidos, sino abandonados por la ley. Era, pues, esencial establecer la responsabilidad de aquellos á quienes se concede la posesion provisional. Sin embargo, hubieramos deseado que esta garantia fuera mas eficaz en sus efectos que lo que el proyecto establece. En efecto, segun su artículo 1768, siempre que, como en el caso presente, haya que darse fiador por disposicion de la ley, este debe tener las cualidades prescritas en el 1740; entre ellas se cuenta la de poseer bienes inmuebles que no estén en litigio, bastantes para cubrir la deuda, y situados en la provincia donde se dé la fianza: pero no quedando hipotecados los inmuebles del fiador en la parte necesaria á responder de la obligacion que contrae, sucederá con frecuencia que pasando los bienes á otras manos quede insolvente el que antes no lo era, y que de este modo sea burlada la ley y defraudados los intereses del ausente.

El artículo 519 dice así: «Si no pudiere ser dada la fianza requerida en el artículo anterior, podrá el tribunal, segun las circunstancias, exigir la garantia que tenga por conveniente.» Como habrá con frecuencia alguna persona comprendida en el artículo anterior que no encuentre fianza con todos los requisitos que esta necesita

para ser admitida, ha debido presentarse la cuestion que resuelve el presente artículo. ¿Qué temperamento adoptar con un heredero presuntivo que por su pobreza ni otra causa no puede hallar fiador? Por una parte cuando se trata de confiar en administracion los bienes del ausente, es decir, de una persona que la ley protege, y que puede regresar pidiendo su patrimonio, se debe asegurar una garantia eficaz y positiva; por otra parte el que sumido en la indigencia y la desgracia reclama con legitimo título la posesion de unos bienes que han de ser suyos quizás dentro de poco, merece alguna escepcion humanitaria y compasiva en su favor. Los autores del proyecto han adoptado la segunda idea, sin desechar por completo la primera, presumiendo la prudencia de los tribunales, su conducta arreglada á la proteccion de los intereses del ausente, y confiando sobre todo en el celo y diligencia del ministerio fiscal. Nosotros hubiéramos aplaudido menos lenidad, porque vemos en primer término la necesidad de una responsabilidad completa por parte del poseedor provisional, el interés del ausente y el estricto deber en que está constituido el legislador de evitar cuanto esté de su parte todo riesgo, todo perjuicio á sus legitimos derechos. Hubiéramos por lo tanto exigido indispensablemente en defecto de la fianza una prenda ó hipoteca, conforme á lo dispuesto en el artículo 1769 del mismo proyecto de código; sin estas garantías no nos parece conveniente confiar á nadie la posesion del patrimonio del ausente.

Art. 320: «Los derechos y obligaciones del que ha obtenido la posesion provisional de los bienes del ausente, se regulan por los del curador de los bienes del incapaz, supliéndose la intervencion del consejo de familia por la aprobacion judicial.» Nos hallamos conformes con la determinacion de este artículo; dos medios se presentan naturalmente para regular los derechos del poseedor provisional: ó comprenderlos todos en un código esplicándolos en particular, ó dar un tipo de asimilacion del posee-



dor con otra persona cuyas facultades y obligaciones sean análogas á las suyas. El primer medio se ha abandonado justamente por embarazoso y mas que todo por incompleto: se hubiera podido consignar que el poseedor estuviera autorizado para vender en caso necesario los bienes muebles, que emplease su producto en beneficio del patrimonio del ausente, que lo mismo hiciera con las rentas, que no pudiera vender los inmuebles, ni tampoco hipotecarlos; en fin hubieran podido enumerarse diferentes casos; pero aun así se hubieran omitido muchos que llegarían á ser otros tantos motivos de dudas y de conflictos.

Se ha preferido en consecuencia dar un tipo de asimilacion; y ¿cuál habia de ser este? ¿El usufructuario, el depositario, el mandatario, el administrador voluntario? El código francés (art. 125) ha tomado el tipo de depósito; pero esta asimilacion encuentra muchas contradicciones y escepciones en otros artículos del mismo código y del mismo título de la ausencia, que detenida y decisivamente han puesto de manifiesto los espositores del derecho y la jurisprudencia de aquel país; los cuales entre sí tampoco han podido convenir en el verdadero carácter y denominacion propia que debia darse al poseedor provisional. El código holandés (art. 550) le dá el carácter de usufructuario; pero ademas de que tiene que hacer bastantes escepciones á esta asimilacion; no podia de ningun modo ser imitado por el proyecto de código que ha reglado la ausencia por un sistema bastante distinto. Con efecto, el carácter de usufructuario que en el proyecto hubiera sido tachado con razon de inoportuno y exagerado; no lo es tanto en el código holandés, que después del período de la presuncion de ausencia, hace suceder el de la presuncion de muerte, y omite el de la declaracion de ausencia, que es puntualmente el que estamos aquí examinando. El proyecto se ha fijado con preferencia en los derechos y obligaciones del curador; y no puede negarse que entre este y el poseedor provisional, hay mas puntos

de contacto que con otra persona que hubiera podido designarse.

Pero entiéndase que lo que se establece, no es una igualdad; sino solo una analogía, una semejanza, una regulacion, como dice el proyecto; y por lo tanto que aun han de encontrarse bastantes puntos de diferencia del curador al poseedor provisional, que el juez apreciará en su buen criterio. Desde luego, como advierte exactamente el comentador, la administracion de los bienes del ausente puede llegar á durar hasta los treinta años, ó sea el término máximo del período de la declaracion, y pueden ocurrir casos que escedan la esfera de la simple administracion, como la enagenacion de inmuebles por absoluta necesidad ó evidente utilidad; en tales casos hubiera sido inoportuno dar intervencion al consejo de familia, y con razon se le ha sustituido por la aprobacion del juez, á la que deberá preceder el dictámen que emita el ministerio fiscal, y las diligencias que su celo le sugiera.

La diferencia capital que separa al poseedor provisional del curador, es que aquel tiene un interés mas directo é infinitamente mayor, y de este concepto parten multitud de diferencias secundarias. De donde se infiere que muchos artículos del proyecto, relativos á los curadores, deben entenderse modificados ó inaplicables en el título de ausencia. Así, por ejemplo, el art. 295, dice que «el consejo de familia nombrará en todos los casos de curaduría un curador adjunto;» y ciertamente no habria razon para que esto se verificara, respecto al poseedor provisional, por mas que se le reputé como curador, y que la intervencion del consejo de familia sea reemplazada por la aprobacion judicial; así tambien por el art. 509, el curador no tiene derecho á ser relevado de la curaduría hasta pasados diez años desde que se encargó de ella, lo cual en manera alguna puede entenderse del mismo modo respecto al que disfruta la posesion provisional, porque este no desempeña un cargo público; aunque por su intermedio recibe

proteccion el ausente, su posesion, mas que una carga, es un derecho al cual no hay duda podrá renunciar cuando lo crea oportuno. Y sin detenernos en enumerar otras diferencias, examinemos una muy notable que se deduce del artículo siguiente.

Art. 521: «Si el ausente se presenta ó se prueba su existencia antes de declararse la presuncion de su muerte, le serán entregados sus bienes con deduccion del quinto de sus frutos y rentas, que quedará á beneficio del que ha tenido la posesion provisional.» Comprende este artículo un caso en que desaparece la completa incertidumbre que se tenia del ausente, y en que cesa la declaracion de ausencia, ó mejor dicho, se ha concluido la ausencia. De aquí surge una cuestion grave y de no poca dificultad: el poseedor provisional que estaba administrando, ¿qué parte de frutos y rentas ha de hacer suyas cuando entregue los bienes al ausente? No hablamos de las dos resoluciones extremas que pudieran adoptarse: que el poseedor provisional tuviera que restituirlo todo, ó que hiciera por el contrario suyos todos los frutos y rentas; la primera seria injusta y absurda; con razon no se ha pensado en ella: ¿quién tiene obligacion de administrar sin el mas pequeño lucro? ni ¿quién se encargaría de una administracion puramente gratuita? Tampoco la segunda puede aceptarse en este período de la ausencia; no se cree tal vez que viva y pueda aparecer el ausente, pero tampoco se puede aun presumir su muerte: reina una completa incertidumbre; y ¿podria sobre esta base autorizar la ley el percibo íntegro de todos los frutos y rentas? Entonces, si se presentara el ausente, recordaria, es verdad, la propiedad de sus bienes, pero esta tal vez por sí sola, le seria inútil é ilusoria; no podría atender á las mas urgentes necesidades; y se veria en la precision de desmembrarla, con lo cual no quedaria muy satisfecho de la proteccion de la ley durante su ausencia. Desechados estos extremos, la cuestion se reduce á la proporcion mayor ó menor en que debe per-

cibir el poseedor provisional. La quinta parte que el proyecto le concede, ¿es suficiente, ó debiera haberse establecido una cantidad mas crecida? Esta es la cuestion.

Goyena la resuelve absoluta y fácilmente. Despues de esponer las disposiciones de varios códigos extranjeros, en que se concede mas del quinto, y se disminuye la cantidad restituible á proporcion del mayor tiempo que dura lo posesion provisional, dice que la única razon que se dá para justificar esta graduacion, á saber, que el peso de la administracion se hará mas gravoso á medida que se lleve por mas tiempo, no satisface; para probarlo observa que el que administra ha pedido esa carga, como interesado en la conservacion y fomento de los bienes; y despues comparando al poseedor con el tutor, hace resaltar el lucro que á aquel dá el proyecto, al lado del que dá á este, que solo puede percibir el 8 por 100, y eso que nada espera de los bienes del menor, y la tutela es carga mas pesada y recae sobre él sin pedirla. Procuremos examinar el valor que esto tiene realmente.

Partamos del principio de que debe ofrecerse á los herederos presuntivos una recompensa no mezquina que les estimule, que les decida á tomar en administracion los bienes del ausente. Esta será desempeñada con tanto mas cuidado y mas celosamente, cuanto mas ventajas actuales, positivas se concedan al que de ella se haya encargado. Verdad es que ve la probabilidad de que á él vengan á parar los bienes; pero esta es una esperanza que ha de tardar bastante, quizá mucho tiempo, en realizarse; ademas, puede suceder que salga fallida, porque cuando llegue á abrirse definitivamente la sucesion del ausente, ¿no pueden haber ocurrido cambios que echen por tierra toda aquella esperanza? ¿no pueden haber aparecido hijos del ausente? Aun fuera de este caso, ¿no puede haber él instituido otros herederos que vengan á reclamar del que ha tenido la posesion provisional los derechos que les ha dado el testador? Por esto

la esperanza remota, la esperanza que puede resultar fallida, quizás no fuera bastante para empeñarse en una administracion de suyo difícil, y es menester añadir una recompensa de actualidad positiva é irrevocable. Ni se ha de escatimar esta de suerte que baste para comprometerse á administrar; es preciso que sea bastante lucrativa para que sepa el poseedor provisional cuánto le interesa acrecentar los productos de los bienes.

Poner en esta parte al poseedor provisional en parangon con el tutor, no lo creemos exacto; no siendo forzosa la administracion del ausente, deben buscarse mayores estímulos para ella: ni ¿cómo poner á un mismo nivel al que administra los bienes de una persona cuya existencia se duda, cuya sucesion se ha dado, aunque provisionalmente, y cuyo testamento se ha abierto, con el que cuida del menor, que por su edad no puede defenderse, pero que existe, y que aunque en tutela, está presenciando su administracion? En el punto de que tratamos, creemos que hay una distancia inmensa entre el poseedor provisional y el tutor; entre el menor y el ausente: de modo que pudiéramos aplicar á la cuestion las palabras de que se valia el orador francés Mr. Huguet, cuando presentó en nombre del Tribunado el título de ausencia del código francés: «No deben compararse los ausentes á los menores; estos se hallan incapacitados de obrar y defender sus derechos por la debilidad de su edad, por la misma naturaleza, y contra semejantes obstáculos no pueden prevalecerse. La ausencia por el contrario es voluntaria generalmente; y así los ausentes merecen menos favor que los primeros.»

No es sin embargo un tipo invariable el que han adoptado casi todos los códigos modernos. Al contrario, han establecido la base de graduacion con arreglo á la mayor duracion de la ausencia: han considerado que cuanto mas se acomoda la ley al sucesivo desarrollo de la ausencia, tanto mas perfecta es, y han creído que la influencia

del tiempo, que como ya hemos dicho con otro motivo, se siente á cada paso, debia ser apreciado principalmente en las cuestiones de ausencia; á lo que se agrega la dificultad que va aumentándose con el mayor trascurso de tiempo para hacer el reintegro de los frutos y rentas que se hayan percibido. No se ha introducido por lo tanto la graduacion solo porque la carga de la administracion se haga mas pesada y sensible cuanto mas se dilate; esto será una razon mas ó menos sólida en favor de la graduacion, pero no la única, como asegura el comentador, aludiendo á la discusion del código francés. Cualquiera que examine con detencion los varios informes que se dieron, los discursos de los jurisconsultos, los debates que se suscitaron, y aun las observaciones que los tribunales hicieron, se convencerá de que no se vino á establecer en Francia solo por este motivo el art. 127 del código civil.

Por lo demas el artículo demuestra bien claramente dos casos que pueden dar lugar á la cesacion de la declaracion de ausencia; cuando el ausente se presenta, ó cuando se prueba su existencia. En ambos dice que deberán ser entregados los bienes; pero ¿qué deberá hacerse en el intermedio que hay en el segundo caso, desde que se sabe la existencia del ausente hasta que este se presenta? Entendemos que desde el momento en que desaparece la incertidumbre que motiva la declaracion de ausencia, debe esta quedar sin efecto, y que los herederos presuntivos no podrán tener otro carácter que el que señala el art. 310, aunque este hable solo de ausentes inciertos; es opinion que fundamos solo en lo que dicta la equidad.

Antes de concluir nuestras observaciones sobre este capítulo del proyecto, debemos advertir que aparece incompleto en cuanto que se habla en él de la cesacion de la ausencia por presentarse el ausente ó constar de su existencia, y sin embargo, nada se dice del otro caso contrario en que asimismo concluyen los efectos de la declaracion, cuando se prueba la muerte del au-

sente. Este es un caso notable que puede ocurrir en el segundo período de la ausencia; pero no trataremos de él, refiriéndonos al art. 524, el cual aunque colocado en lo relativo al período de la presunción de muerte, es sin duda igualmente aplicable al de que trata este capítulo.

§ 5.º *De la presunción de la muerte del ausente (cap. 4.º).*

Llegamos al tercer y último período de los que comprende el sistema de ausencia adoptado en el proyecto. Pasado largo tiempo de incertidumbre de la existencia del ausente, puede y debe presumirse que ha muerto: si en treinta años por lo menos no han recibido noticias ni sus amigos, ni sus parientes, si no ha provisto de manera alguna á la administracion de sus bienes, ni á los asuntos que mas de cerca le afectan, puede conjeturarse que es porque ha dejado de existir. La ley no le declara, pero le presume muerto; y en consecuencia de tal presunción reduce sus derechos, al paso que amplía los de los presentes; no se le priva de sus bienes, pero se dá su posesion bajo una forma que se asemeja mucho al dominio. Como que lo menos probable es que viva, la ley lleva al último extremo que la equidad permite su intervención en favor de los presentes. Tal es la idea que domina en el tercer período de la ausencia: el proyecto le destina un capítulo por separado, al que pone el epígrafe de «presunción de muerte,» en lo cual, aunque se ha separado del método de otros códigos, encontramos mas lógica, mas exactitud y claridad. Designar los casos en que puede declararse esa presunción; quiénes pueden provocarla; cuáles son sus efectos; determinar para el caso de cesacion de la ausencia y asegurar los derechos de los descendientes del ausente, hé aquí los puntos que desenvuelve el capítulo de que vamos á tratar.

Art. 522. «Pasados treinta años desde la desaparicion del ausente, y desde que se recibieron las últimas noticias de él, ó

»ciento desde su nacimiento, el tribunal, »á instancia de las partes interesadas, de- »clarará la presunción de muerte.» Establécense aquí dos medios que conducen á idéntico resultado; nadie se presume que descuida por el largo tiempo de treinta años toda relacion con las personas que mas aprecia y ha tratado; nadie se presume que tiene mas de ciento de edad, y ambos deben ser considerados del mismo modo ante la ley, esto es, como si no vivieran. Son presunciones de igual valor; en una y otra, especialmente en la primera; predomina una consideracion de órden público: que las propiedades no estén inciertas; que entren en el comercio, que no se amorticen. Pero examinémoslas por separado.

Acerca de la que ocupa el primer lugar en el artículo, diremos algo solamente respecto del tiempo desde que se computa, á saber, el de la desaparicion, ó de las últimas noticias; es decir, desde que ha principiado la presunción de ausencia: van incluidos, por lo tanto, en el período de los treinta años los cinco que han de trascurrir hasta la declaracion. Otros códigos hacen el cómputo aparte del primer período, y se han fijado como punto de partida en el tiempo en que se dá la posesion provisional; de suerte que por lo menos resultan treinta y cinco años para que se pueda hacer la declaracion de presunción de muerte. Verdad es que las razones que se dan para justificar ese término, justifican igualmente el de treinta, como observa el comentario: sin embargo, hubiera sido tal vez preferible establecer el primero, porque consulta mas el beneficio del ausente: por otra parte creemos que puede tropezarse con un inconveniente de consideracion fijando el término, cualquiera que sea, desde la época en que comienza la presunción de la ausencia; y es que se ponen á un mismo nivel el ausente que dejó y el que no dejó apoderado; de suerte que su presunción de muerte no se resiente de la diferencia de los diez años que dilatan la declaracion de ausencia cuando se trata del primero, cosa bastante irregular. A parte de esto, observamos en el ar-

tículo que se usa de la conjuncion copulativa al decir «desde la desaparicion del ausente» y desde que se recibieron las últimas noticias» siendo así que debió emplearse la disyuntiva, por las razones que espusimos al hablar del artículo 315: confirmamos en la exactitud de esta observacion la redaccion del 323, que luego espondremos.

Sobre la presuncion que nace del lapso de cien años desde el nacimiento, nos parece fundada: hemos hablado de ella en la seccion anterior, por lo cual ahora no necesitamos detenernos en este punto. Solo añadiremos á lo que entonces dijimos, que los códigos estranjeros presentan bastante divergencia acerca del número de años. El holandés autoriza la reclamacion para declarar la presuncion de muerte pasados cinco años (art. 525); el prusiano á los diez (art. 825); el de Austria á los 80 (artículo 24, párr. 1) y á los 90 el de Friburgo (artículo 393); pero el de Francia (art. 129) y los que le siguen, llegan hasta los cien años, como el Proyecto; de este término no se ha escedido en ningun código. Notemos de paso que los cien años se señalan en el artículo absolutamente y sin escepcion; así, aunque concurren conjeturas que induzcan á sospechar que el ausente ha muerto antes, no por eso el tribunal estaria autorizado para anticipar la declaracion de presuncion de muerte.

Y ¿quienes pueden provocar esa declaracion? Dicese en el artículo que «las partes interesadas.» Si no tuviéramos el siguiente, que dá luz sobre este punto, habríamos de perdernos en un laberinto de cuestiones acerca de la verdadera inteligencia de una frase tan vaga y genérica. Pero creemos sin vacilar que no pueden pedir la declaracion de presuncion de muerte sino los herederos presuntivos, ya testamentarios, ya legítimos, los legatarios, donatarios, etc.: en una palabra, todos y ninguno mas de los que pueden pedir la declaracion de ausencia; así debería sencillamente haberse espresado y se hubiera evitado una oscuridad, aunque fácil de desvanecer, mucho mas cuando, á pesar de estar clara la men-

te de las leyes, sus espresiones vagas pueden ser el efugio de la mala fé y de la injusticia.

Observamos que el artículo dice que, mediante instancia, el tribunal «declarará» la presuncion de muerte, redaccion que contrasta con la que emplea el artículo 313 segun el cual pasados cuatro años el tribunal «podrá declarar la ausencia.» Estas distintas locuciones son muy importantes, y sin duda alguna han sido usadas con intencion de espresar distintas ideas. Motivos de equidad y de conveniencia vimos que concurrían para que el tribunal pudiera aplazar la declaracion de ausencia; mas esos motivos no pueden existir pasado tan largo periodo, como el de treinta años, y por esto, con razon, no se deja igual arbitrio al tribunal; antes bien se le prescribe como necesario, que en virtud de la instancia declare la presuncion de muerte.

Nada dice este artículo acerca de si en este periodo tendrá el cónyuge presente una opcion semejante á la que vimos le concedia el artículo 314; pero á pesar de tal silencio, no podrá suscitarse en esta parte ninguna duda. Dominan aquí distintos principios que al declararse la ausencia; por una parte media la consideracion social y de interés público, en virtud de la cual los bienes del ausente deben ya entrar en circulacion; por otra, la incertidumbre, la perplejidad sobre la existencia del ausente ha cedido, y predomina la presuncion de la muerte: lo primero dá por consecuencia, que el cónyuge presente no pueda impedir la declaracion de la presuncion de muerte; lo segundo, que si tenia la administracion provisional de los bienes, haya de dejarlos á los herederos presuntivos y contentarse con el ejercicio definitivo de los derechos que tuviera subordinados á la condicion de la muerte.

El art. 325 acaba de completar el modo de constituirse el tercer periodo de la ausencia; dice así: «Hecha la declaracion de» que trata el artículo anterior, se publicará «el testamento del ausente, si no estuviere» ya publicado, á virtud de lo dispuesto en

«el artículo 315; se dará la posesion definitiva de los bienes á sus herederos presuntivos al tiempo de la desaparicion, ó de las últimas noticias, sin fianza; y quedará cancelada la que se hubiere dado á virtud del artículo 318. Tambien se dará la posesion á los demas interesados comprendidos en el art. 318.» El caso de que trata este artículo acerca de la apertura del testamento del ausente, se presentará muy frecuentemente, pues teniéndose noticia de haberse otorgado testamento, no habrá faltado quien durante el período de la declaracion de ausencia, ó al comenzar este, haya pedido se abriera, cuando sabia que si en él se le concedia algun derecho, habia de entrar en su ejercicio provisional. De todos modos resulta, que si no ha llegado á abrirse el testamento, será abierto una vez que se declare la presuncion de muerte, y lo será sin que nadie lo pida: así lo dá á entender claramente el texto del artículo y lo convence el principio dominante en este periodo de la ausencia.

Los que disfrutarán la posesion definitiva se hallan designados con claridad en el artículo, y son exactamente los que vimos tenían derecho á la posesion provisional; su capacidad se computará del mismo modo, atendiéndose al tiempo de la desaparicion del ausente ó al de haberse recibido las últimas noticias; lo cual creemos cierto por el contesto de otros artículos, aunque el presente solo diga «ó de las últimas noticias.» Y será obstáculo para que un heredero presuntivo reciba la posesion definitiva, el que no haya obtenido anteriormente la provisional? El artículo no se espresa sobre este caso; pero parece inferirse que no habrá tal obstáculo: puede suceder muy bien que haya sido ignorante ó negligente en el segundo período, quien reclama ser admitido en el tercero, y no debe ser privado por eso del beneficio que indistintamente concede el artículo del Proyecto; además no ha tenido obligacion, sino derecho, de pedir la declaracion de ausencia y la posesion provisional; si no ha usado del primero, no tiene incapacidad para ejerci-

tar la declaracion de presuncion de muerte y reclamar la posesion definitiva, que es otro derecho independiente, á pesar de la analogia de ambos.

Llámase definitiva á esta posesion que se concede en virtud de la declaracion de presuncion de muerte, porque trascurra el tiempo que quiera de ausencia, la ley no pasa adelante en sus disposiciones: habrá variaciones y cambios si llega á constar la existencia ó la muerte del ausente; pero siguiendo la ausencia no puede haber ninguno. La posesion definitiva difiere capitalmente de la provisional; esta era en último resultado una administracion privilegiada; aquella es mas que administracion; es una posesion, diremos mas, un dominio, si bien con el carácter de revocable. Esta idea recibirá su demostracion en el curso del presente párrafo; por ahora tenemos un hecho que demuestra que la administracion ha cesado en realidad: la posesion definitiva se dá sin fianza, ó cancelando la que se hubiera prestado, efecto muy notable é importante. Así lo prescribe el artículo, como una consecuencia del principio dominante en este tercer período de la ausencia. Cómo se haya de entender la cancelacion de la fianza; si verificada por la ley al punto que fenece el período de la declaracion de ausencia, ó aguardándose al auto de deliberacion que el tribunal pronuncie al dar la posesion definitiva, es cosa que no resuelve claramente el artículo; lo segundo aparece á primera vista como cierto, porque despues de espresar que se dará la posesion definitiva, dice: «y quedará cancelada la fianza;» pero nosotros damos otra explicacion á esta frase; creemos que, atendiendo al conjunto del párrafo del artículo, á su misma ortografia, aquellas palabras encierran uno de los tres efectos distintos de la declaracion de presuncion de muerte, de que se comienza hablando; por lo tanto entendemos que «hecha la declaracion... quedará cancelada la fianza;» y de consiguiente, que por ministerio de la ley cesa así que se declara la presuncion de muerte. Comprendemos el inconvenien-

te que ofrece esta interpretacion en medio de ser mas benigna que la otra que hemos desechado; es muy posible que la declaracion de presuncion de muerte tarde en pedirse, y aunque no sea así, siempre habrá dilacion para hacerla; de lo cual resultará un verdadero gravámen para el poseedor provisional que, á pesar de los treinta ó los cien años no estará libre de su obligacion: quizás no habrá estado tal cosa en la mente de los autores del proyecto; pero es lo cierto que se deduce legítimamente de las palabras del artículo. Veamos el siguiente.

Art. 524. «Cuando se pruebe la muerte del ausente, se defiere su herencia á los que debieron heredarle en aquella época: el poseedor de los bienes hereditarios deberá restituirlos, reservando el quinto de los frutos correspondientes á la época de la posesion provisional; y el todo de ellos desde que obtuvo la posesion definitiva.» Trátase propiamente en este artículo, no de la ausencia, sino de su cesacion: porque probada la muerte, la incertidumbre, la duda no puede tener lugar; la presuncion de muerte cesa ante la realidad; lo que antes era probable, ha pasado ya á ser cierto. Este cambio ha debido ser apreciado por el proyecto de código, y lo ha sido con efecto de un modo que no tiene nada de escepcional; en aquella fecha en que consta haber muerto el ausente, en aquella se abre su sucesion; y sirve para arreglar la capacidad de los sucesores. No hay necesidad en este caso de retrotraer: si era necesario cuando se trataba de una persona cuya existencia se dudaba, ahora sería inútil é injustificable. Este principio es evidente y ni siquiera hubiera sido menester anunciarle en el titulo de la ausencia, sino es porque puede dar un resultado irregular hasta cierto punto: así, á pesar de que sean herederos presuntivos los que tengan la posesion, quizá al tiempo de la muerte del ausente no sean los herederos verdaderos; entre este tiempo y el de la desaparicion ó cesacion de noticias hay un largo intervalo en que pueden haber ocurrido vicisitudes que hacen diferente el orden de tomar la

posesion y el orden de suceder, y hé aquí lo que comprende principalmente el artículo, lo cual demuestra con ejemplos el comentario.

Hay códigos que como el sardo (art. 94) espresan, que probada la muerte del ausente entran á sucederle los herederos testamentarios ó legítimos, ó sus sucesores; pero aunque el proyecto no sea tan minucioso, no cabe duda en que ha comprendido a todos en sus palabras, «los que debieron heredarle.» Estos herederos, acreditada la muerte del ausente, de la que derivan su derecho, han de obtener del poseedor los bienes en que la herencia consiste.

Pero no podrán reclamar juntamente con ellos todos los frutos y rentas que el poseedor haya percibido, sino solo aquellos que este no pudo hacer suyos por la disposicion de la ley; esto es, solo las cuatro quintas partes por la época de la posesion provisional. En razon de la posesion definitiva nada restituye; el motivo es evidente: el poseedor definitivo es un propietario, cuyo derecho de propiedad puede revocarse; ha ganado por lo tanto como un verdadero dueño todos los frutos y rentas, aunque deba restituir la propiedad; una decision semejante encontraremos en el artículo siguiente.

Ultimamente, el actual, si bien colocado en este capítulo, se refiere á la materia de los anteriores, á la declaracion de ausencia; es decir, que probada la muerte del ausente, acaecida en el período de esta, tambien se ajusta la sucesion á igual época, y en consecuencia, el poseedor provisional en la forma que el artículo establece, y el cónyuge presente que estuviera administrando, restituirán los bienes al heredero. Y que el artículo comprenda á ambos períodos de la ausencia, lo demuestra su contéstó, la identidad de razon, y el comentario.

Art. 525. «Si el ausente se presenta, ó se prueba su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan; el precio de los enagenados ó los adquiridos con el

»mismo; pero no podrá reclamar frutos ni rentas.» Este artículo abraza el caso contrario al que se esplicó en el anterior; la cesacion de la ausencia por presentarse el ausente ó probarse su existencia; pero no comprende sino lo relativo al tercer período, porque en el segundo ha de regir el artículo 521 que en su lugar espusimos. Por las disposiciones en él contenidas acabaremos de comprender perfectamente cuáles son los derechos, el carácter de la posesion definitiva; y habiendo ya visto que no requiere fianza y que dá la completa percepcion de todos los frutos y rentas, ahora deducimos que el poseedor definitivo puede variar el estado de los bienes, imponer en ellos servidumbres, hipotecarios, venderlos, en una palabra, puede obrar como un verdadero propietario. Con la aparicion del ausente sus bienes han de salir de manos del poseedor definitivo: lo contrario hubiera sido una privacion injustificable del respetable derecho de propiedad, un despojo arbitrario no menos odioso, porque lo estableciera la ley; pero por otra parte la presentacion del ausente no era justo que tragera consigo el trastorno de todos los derechos adquiridos, de todos los hechos consumados durante su ausencia. Poner en armonía ambos principios, hacerlos compatibles y limitarlos uno con otro, era lo que tocaba preveer al legislador; lo que ha regulado el artículo del proyecto que examinamos. Se respeta lo que ha hecho el poseedor definitivo; pero este hace devolucion de la propiedad.

Aunque el proyecto de código ha fijado con toda claridad la regla general que debe presidir á esta devolucion, con todo fácilmente se comprende cuán delicada es la materia, y cuantas dificultades y dudas ha de suscitar en la práctica. Muchas podieran proponerse, pero nosotros nos ceñiremos á las que presentan mayor gravedad, partiendo del principio de que lo que interesa mas que proponer gran número de casos, es fijarse en algunos, en los que mas conduzcan á la claridad de las bases que contiene el proyecto.

El ausente recobrará sus bienes «en el estado que tengan.» Estas palabras son bien significativas; ha convertido, por ejemplo, una huerta en un jardín, ha derribado una casa para hacer distinto empleo del terreno, ha constituido en los campos una servidumbre, ha dejado perder una cosecha por su negligencia; todo esto ocasionará con efecto daños positivos, pero no están sujetos á indemnizacion alguna: que el poseedor haya usado ó abusado nada significa para dar derecho alguno al ausente. Pero ¿qué sucederá en el caso contrario, cuando en lugar de disminuir el valor de los bienes del ausente y deteriorarse, ha habido reparaciones, mejoras y útiles reformas? A pesar de esto el ausente nada tendrá que abonar, por lo mismo que en el caso contrario nada le es lícito pedir. El objeto del artículo es evidente, y terminante su modo de espresarse; el poseedor no tiene responsabilidad por el modo con que administró los bienes, y el ausente tampoco por el modo en que los recibe; atiéndese únicamente al estado en que se encuentran, y este estado tanto puede ser próspero como desfavorable.

Respecto á las enagenaciones, aunque en manera alguna sufren alteracion, era preciso idear el medio de proteger los intereses y derechos del ausente, respetando los del poseedor; así se ha establecido que éste haya de restituir el precio de lo enagenado ó lo que adquirió con él. Como se ve, la obligacion que aquí se le impone es alternativa; devolverá el precio ó lo adquirido con él, segun lo crea mas conveniente, el ausente no podrá compelerle á uno ú otro extremo: la eleccion queda al arbitrio del poseedor, como que es el deudor, pero de ningun modo tendrá este facultad de devolver parte del precio y parte de los bienes; así se deduce claramente del artículo 1051 del proyecto de código. Claro es tambien que el artículo que examinamos es indistintamente aplicable al caso en que el poseedor deba el precio ó lo haya ya pagado; la enagenacion de todos modos está verificada, y por lo tanto no há lugar á esa distincion.



Del principio que hay que respetar los actos que, como si fuera propietario, hizo el poseedor, y que la obligación de restituir es relativa á lo enagenado cuando ha mediado precio, se deduce que las enagenaciones hechas por título lucrativo son válidas, y que respecto á ellas nada puede reclamar el ausente. Una donacion que el poseedor hubiera hecho es válida, y solo queda á aquel el recurso de impugnarla, cuando resulte ser simulada, y que encierre una enagenacion por título oneroso. Y si el poseedor dotó á quien tenia obligación con los bienes del ausente, ¿se conceputará esto como una donacion? No ciertamente; mas que donar, lo que hizo fué pagar una deuda con dinero ageno; y así estará obligado á la devolucion de una cantidad igual, y esta es tambien la opinion del comentarista.

Pudiéramos continuar presentando cuestiones de aplicacion, reglas y escepciones acerca del artículo que tratamos; pero como ha de entrar por mucho en esta parte la equidad y el arbitrio judicial, nos contentaremos con consignar una regla que un autor francés ha dado para la inteligencia del artículo 152 del código de su nacion, que es igual al del proyecto. La regla es la siguiente «En la restitution que ha de hacer el que ha tenido la posesion definitiva, no debe sufrir ninguna pérdida, ni reportar ventaja proveniente de los capitales del ausente.» Esta regla si bien no podrá siempre decidir todas las dudas, tiene la ventaja de formular de un modo sencillo y exacto lo que ha exigido la equidad y la mente del legislador.

La última parte del artículo no ofrece duda alguna: el poseedor ha ganado todos los frutos y rentas. Pero como implicitamente comprende no solo el caso en que el ausente se presenta, sino el de que haga constar su existencia, puede resultar un intervalo entre la cesacion de la posesion definitiva y la presentacion del ausente: entonces se seguirá una decision análoga á la que dimos al mismo supuesto en el artículo 521, y á que tambien se inclina el conve-

ronc IV.

tario; en su consecuencia los frutos desde el momento en que conste la existencia del ausente son de éste, pues ha concluido ya la posesion definitiva.

Art. 326. «La prescripcion de la accion hereditaria de los hijos y descendientes del ausente no corre sino desde el día en que recae la declaracion de que trata el artículo 522.» Se habrá quizás extrañado que nada se haya dicho hasta ahora de los hijos en el título de los ausentes; pero no habia en verdad motivo para tratar especialmente de ellos; si el ausente dejó descendencia, si la ley llama á la posesion provisional y definitiva á los herederos presuntivos ¿cómo se dudará que los hijos habrán podido reclamar esa posesion? Era esta una aplicacion natural y evidente de los principios en que descansa el título, y hubiera sido supérfluo el consignarla especialmente. Esto mismo nos esplica que el artículo ha de entenderse forzosamente en el caso de que la descendencia del ausente sea desconocida, y despues, una vez dada la posesion definitiva, se presente reclamando los bienes de su ascendiente.

¿Qué debía entonces hacer el legislador? Escluirlos absolutamente hubiera sido injusto. Verdad es que ya se presume muerto el ascendiente, que sus bienes se hallan en poder de los herederos presuntivos, casi como en su dominio; pero es tambien cierto que sean cualesquiera estos herederos, los hijos siempre tienen un título mas preferente que el suyo, y que si algo significa la familia y el vínculo de padres é hijos, no pueden ser estos escludidos de su patrimonio por llevar hasta el rigor una presuncion y por favorecer á otros parientes. Adoptar el extremo contrario y declarar que los hijos en cualquier tiempo que se presentaran habian de recuperar los bienes que en época remotísima fueron de su padre, hubiera pecado tambien de injusticia por otro aspecto. Por esto creemos sumamente oportuno el medio adoptado por el proyecto, que admite el derecho de los hijos á reclamar, y que al mismo tiempo le señala el límite de treinta años, es decir, el mas

ámbito que podía, pues el proyecto de código no admite prescripción mas prolongada.

El término desde el que ha de empezarse á contarse esta prescripción, era el único que lógicamente podía admitirse. Antes del tercer periodo no era de temer ninguna prescripción: cualquiera que hasta entonces tenga los bienes, será en concepto de administrador; pero desde que la presunción de muerte se declara, y los herederos presuntivos en virtud de su posesión definitiva, adquieren facultades de enagenar, y estas enagenaciones son válidas y los bienes entran en circulación, desde entonces ha debido comenzar la previsión del legislador; desde entonces sienten los hijos su protección. Si á pesar de esto no reclaman en treinta años, su acción queda escluida, y no podrán por ello quejarse fundadamente. Justo es que al cabo de sesenta años de ausencia de su padre, la ley haya dado tranquilidad á los herederos presuntivos. En caso de que el padre hubiera muerto antes de la posesión definitiva, el artículo tendrá exacta aplicación; por la muerte del ausente, la propiedad ha pasado á los hijos, y que estos ó aquel sean los propietarios, no altera en nada el carácter de administradores que tienen los poseedores provisionales, y que es la razón por la que no puede contarse la prescripción sino desde la posesión definitiva.

Recordando aquí lo que consigna el artículo 324, tendremos ocasión de observar los dos distintos caracteres con que pueden presentarse los hijos del ausente antes desconocidos. Si vienen provistos de la prueba de la muerte de su padre, recibe su aplicación el artículo 324, pues que habla de «cuando se pruebe la muerte del ausente.» Por lo mismo, este requisito nada supone para el artículo de que tratamos, en que la ley les atiende, no precisamente como á herederos, sino como á hijos del ausente. Cuando estos se presentan antes de espirar los treinta años, claro es, como advierte el comentador, que están comprendidos en las disposiciones del art. 325 que antes explicamos.

Ningun otro artículo hay en el presente capítulo del proyecto, ni en todo el título de ausencia, que nos indique si la presunción de muerte produce el efecto de legitimar un segundo matrimonio del cónyuge presente. Algunos códigos atribuyen esta consecuencia á la presunción de muerte; el de la Luisiana (art. 81) llega á permitir nuevo enlace trascurridos diez años sin noticias; el código francés parte del supuesto de que no es válido (art. 139). El proyecto calla sobre este punto, y su silencio no es un descuido ciertamente; bastábale haber ya consignado que «el matrimonio válido» no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges, y según las leyes de la Iglesia (art. 89), para escusar aquí toda declaración: la presunción de muerte no es bastante para disolver el matrimonio.

§. 6.º *De los efectos de la ausencia relativamente á los derechos eventuales del ausente (cap. 5.º).*

Hasta aquí todos los capítulos del título de los ausentes han considerado á estos como gozando de derechos, en cuya posesión estaban al tiempo en que desaparecieron de su domicilio ó se dejó de recibir noticia de ellos; esto es, cuando comenzó su ausencia. Pero esos ausentes son capaces de derechos y pueden indudablemente abrirse en su favor después que han entrado en estado de ausencia: era, pues, necesario para completar el título, fijar la suerte que habian de experimentar tales derechos. A esto se dirige el presente capítulo; y de aquí su epígrafe de los «derechos eventuales» en contraposición á los «derechos actuales» que tenía el ausente al desaparecer de su domicilio. Afecta esta materia á todos los periodos de la ausencia; y así muy oportunamente se le ha dedicado un capítulo por separado, lo cual hace mas perfecto el método del proyecto que el de otros códigos extranjeros. El principio que domina en la materia es el mismo que acerca de la ausencia en general tenemos ya inculcado repetidas veces, pero modificad<sup>o</sup>

algun tanto; pártese de la incertidumbre del ausente, pero ya no es preciso entrar á examinar si esa incertidumbre se inclina más á la probabilidad de la vida ó á la de la muerte; considérase en gèneral la incertidumbre, la duda, contrapuestas á la existencia ó á la muerte acreditadas. La ley no podía despojar al ausente del patrimonio y de los derechos que dejó al tiempo de su partida, sino que tomando por base su conservacion, debia conciliar el interés del ausente con el de los presentes; mas cuando los bienes y derechos vienen ya despues de ausente, la ley dudando de su existencia sigue un camino distinto, y sin pronunciar una exclusion irrevocable dá preferencia clara y decidida á los presentes, ¿y cómo censurar esta idea de la ley? Para ser heredero, legatario, donatario, etc., se necesita manifestacion de voluntad, se necesitan ciertos actos y solemnidades en que tome parte directa el favorecido, y nada de esto puede hacer el ausente, ni siquiera dar á entender su voluntad, y sobre todo preciso es no olvidar que se trata de una persona cuya existencia no está averiguada, y en la cual por consecuencia no pueden radicarse derechos que tengan origen en semejantes circunstancias, mientras no conste positivamente que vive. Sentada esta base comprenderemos sin dificultad los artículos de que el capítulo consta.

Art. 327. «Cualquiera que reclame un derecho perteneciente á una persona, cuya existencia no esté reconocida, deberá probar que este individuo existia en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.» Este artículo contiene una máxima general y de continuo uso en todo el derecho, y que tiene gran aplicacion respecto de los ausentes: todo el que afirma es el que tiene obligacion de probar: se trata del ausente: su existencia es incierta; luego aquel que dice y pretende fundar su interés en que ha correspondido un derecho á este individuo, debe probar que vivia, porque un muerto es incapaz de adquirir. Así, por ejemplo, un acreedor alega que su deudor ausente no es insol-

vente, porque ha heredado de otra persona; si la época en que esta sucesion se ha abierto es posterior á la ausencia, el acreedor deberá probar que en ella vivia su deudor.

Las palabras «una persona cuya existencia no esté reconocida» no dejan de estrañarnos. En el código francés se emplean en igual caso (art. 153); pero habia para ello una razon que debieron tener en cuenta los autores del proyecto. Los redactores del código francés, colocando la materia de que tratamos como parte del que ellos han intitulado «de los efectos de la ausencia,» y habiendo designado á los que desaparecen de su domicilio en el primer período con la denominacion de «presuntos ausentes» tropezaron con la dificultad del modo de redactar el artículo análogo al del proyecto de que hablamos, para que fuese estensivo así al ausente declarado como al presunto, y no pudiendo valerse de la palabra «ausente» porque en rigor, y segun su modo de hablar, no hubiera comprendido sino al segundo, buscaron una frase genérica; y dijeron: «un individuo, cuya existencia no esté reconocida.» Pero los autores del proyecto, no habiendo adoptado la denominacion de *ausente presunto*, antes bien habiendo dado al que así llaman los franceses el mero nombre de «ausente» (V. el art. 312) ya que creyeran deber acomodar al proyecto el art. 153 del código francés, debieron haber abandonado el rodeo á que este se vió precisado.

Por lo demas, ya hemos indicado que el artículo es aplicable así á los ausentes declarados tales como á los presuntos. Esto no implica contradiccion alguna en el sistema del título; porque aunque en aquellos domina la presuncion de vida, esto es, en cuanto á los derechos actuales, que á pretexto de incertidumbre no pueden ser desatendidos por la ley; pero no es aplicable á los eventuales, porque para adquirir un derecho es menester que conste la vida y no basta que se presuma: hay, pues, y debe haber una grande diferencia cuando se trata ya de conservar, ya de adquirir derechos el ausente. Por lo tanto, si recayera

un derecho en el ausente durante el primer periodo, y alguno entonces tratara de fundar en él su pretension, no se apelaria á las medidas provisionales del capítulo primero, y se nombraria un representante que pudiera adquirir para el ausente, sino que al interesado perteneceria probar la existencia de esta persona. Debe, sin embargo, en este punto recomendarse una escepcion al arbitrio del tribunal, porque está fundada en la equidad; si ha pasado corto tiempo desde que un ausente desapareció de su domicilio, no bastará que fundándose en esta desaparicion y en la falta de noticias, se comprenda á los interesados y al ausente en el artículo que examinamos, y que se obligue desde luego á aquellos á la prueba y á este se dé por incapaz de adquirir el derecho de que se trate; menester es que se calcule si han podido recibirse noticias en el tiempo trascurrido, cuáles son las circunstancias de la ausencia, en una palabra, que haya una duda fundada y razonable de la existencia del que se ausentó. Hasta tanto debe el tribunal aplazar un fallo definitivo, y si hay urgencia, proveer como se dice en el capítulo primero de este título. Si no se admitiera esta escepcion, seria peligroso á un individuo salir de su domicilio.

Art. 528. «Si se abre una herencia, á la que sea llamado un individuo cuya existencia no está reconocida, entrarán exclusivamente en ella los que debian ser coherederos del ausente, ó suceder por su falta; pero deberán hacer inventario de los bienes que reciban, debidamente citado el ministerio fiscal.» Hállase este artículo íntimamente enlazado con el anterior; no constando la vida del ausente, la herencia no puede serle conferida por la ley: ¿á quién deberá pasar? El artículo lo expresa comprendiendo los dos casos que pueden ocurrir: si hay coherederos, á ellos acrece la parte que al ausente correspondia; si este era único heredero, el que le sigue, el que hubiera sucedido por su falta, es quien toma la herencia. No es necesario detenerse en justificar cuan natural es todo

esto; compréndese sin esfuerzo que las personas á que se llama deben ser las preferidas. Para ellas viene á surtir la incertidumbre del ausente los mismos resultados que si este hubiera muerto. Por lo demás, la disposicion del artículo es indudablemente aplicable, así al ausente presunto, como al declarado.

Aunque el artículo usa la forma imperativa diciendo que «entrarán» exclusivamente los coherederos, mas que una obligacion, es un derecho al que pueden renunciar, así espresa como tácitamente, por ejemplo, si admiten en las particiones al ausente. Entonces este será heredero, porque la exclusion que la ley pronuncia contra él no se funda en una verdadera incapacidad, sino en el provecho de los presentes interesados, los cuales no reclamando quitan el único obstáculo que impide al ausente disfrutar de la herencia.

Pero para adquirir los coherederos ú otras personas los derechos eventuales del ausente, claro es que no necesitan hacer ninguna prueba; ellos nada afirman, antes, por el contrario, niegan la existencia del ausente, y se aprovechan de la falta de prueba que otros interesados habrian de haber producido para sus pretensiones. El carácter legal de los coherederos es difícil de fijar: desde luego no son meros administradores, ni solamente poseedores provisionales; tampoco se les puede asimilar con los curadores como á estos; y además no dan caucion, como luego veremos, al paso que hacen suyos los frutos, como tambien se dirá. Por otra parte, no tienen una verdadera propiedad, puesto que el ausente puede reclamar sus bienes en el término legal. Así es que participan mas del concepto de poseedores definitivos que del de provisionales.

Los coherederos no pueden ser excluidos por el cónyuge presente; este podrá administrar, ó ejercitar las facultades que la ley le concede con respecto á los derechos actuales del ausente; de los eventuales no participa, salvo si probare que en la época en que se abrieron vivia este. Pero ¿serán excluidos los coherederos por los hijos del

heredero ausente en la parte que á este tocaba? ó lo que es lo mismo, ¿el derecho de representacion tiene lugar en este caso? Razones de no escaso valor pudieran aducirse para negarlo: no se sabe la voluntad del ausente; quizás hubiera reclamado la herencia; por lo menos no la ha admitido: tambien puede vivir el ausente y no hay derecho de representacion cuando vive el ascendiente. Pero en cambio de estos argumentos, la equidad y la mente de los autores del proyecto parecen favorables á la admision de los descendientes del ausente, porque estos merecen mucha consideracion en comparacion de toda otra persona, y porque, como ya hemos dicho, no domina en la regulacion de los derechos eventuales la presuncion de vida, sino una incertidumbre general, que para los presentes viene á surtir los efectos que la muerte. Lo cual es opinion del comentador, quien asegura sin vacilar, que si quedaron hijos ó descendientes del ausente, heredarán con el tío al abuelo, por derecho de representacion. Ha habido códigos que como el sardo (art. 100) para quitar toda duda han expresado que los descendientes del ausente serán admitidos á representarle como si realmente hubiera muerto.

A pesar de que los artículos del código francés han servido de tipo á los de este capítulo, nos complace ver en el que examinamos una garantía que no se halla en aquel, y de cuya omision se lamentan los autores franceses. Con efecto, justo es que los que recojan la herencia del ausente hagan inventario de los bienes que reciban, con citacion del ministerio fiscal; puede suceder que por la aparicion del ausente, hayan de restituir estos bienes, como veremos en el artículo siguiente; y ¿cómo podria entonces estar seguro el ausente de que recibia todo lo que le corresponde? ¿cómo podria argüir de mala fé al coheredero? ¿cómo reclamar lo que se hubiera ocultado ó sustraído? Por esto algunas legislaciones han avanzado hasta el punto de exigir caucion para asegurar la restitucion, si llega á ser necesaria; así lo encontramos establecido

en el código del Canton de Vaud (art. 57), y del mismo modo en el de Friburgo (artículo 399). Y en verdad que no nos hubiera disgustado ver seguido el ejemplo de estos códigos en el proyecto.

Art. 529. «Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, se entiende sin perjuicio de las acciones de peticion de herencia y de otros derechos de que podrán usar el ausente ó sus representantes ó causa-habientes, y no se extinguirán sino por el lapso del tiempo fijado para la prescripcion.» Dura hubiera sido la condicion del ausente si la herencia ú otros derechos á su favor fueran adquiridos por los presentes interesados de una manera irrevocable y absoluta. Para evitar este rigor injusto é inmotivado el ausente puede reclamar en el término legal, como determina el artículo, el cual al mismo tiempo que garantiza al ausente, nos hace entender indirectamente cuánta diferencia hay entre los poseedores, ya provisionales, ya definitivos, de los bienes que el ausente poseía al tiempo de su desaparicion, y los que adquieren sus derechos eventuales. Los primeros no pueden nunca prescribir contra el ausente; al paso que los segundos tienen una posesion á título de dominio, puesto que corre á su favor el tiempo de la prescripcion.

Es digno de repararse en el artículo que no solo puede hacer valer sus derechos el ausente, sino tambien sus representantes y causahabientes, bajo cuya palabra se comprenden, segun observa el comentador, los legatarios y acreedores para el pago de sus mandas y créditos, probando la existencia del ausente al abrirse la sucesion. En cuanto al tiempo no es extraño que no se fije ninguno, porque aunque se habla especialmente de la peticion de la herencia que dura treinta años, se alude despues en general á otros derechos que se pueden reclamar, los cuales tienen su plazo respectivo para prescribirse: hé aquí por lo que el artículo se concreta á decir «el lapso del tiempo fijado para la prescripcion.» Tampoco, en fin, había que esplicar desde cuando comienza esta, pues se sobreentiende

que es desde que se adquirieron los derechos eventuales.

Art. 550. «Los que hayan entrado en la herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fé, mientras que el ausente no comparezca, ó que sus acciones no sean ejercidas por sus representantes ó causahabientes.» Era interesante completar con este artículo la materia de los efectos de la ausencia en lo tocante á los derechos eventuales del ausente: protegido por el artículo anterior el derecho de éste, pudiera tal vez creerse que con la propiedad tenía también facultad de pedir los frutos correspondientes al tiempo pasado. Esta inteligencia errónea es la que ha tratado de evitarse, considerando al que recibió la herencia y al que tiene que restituirla como un poseedor de buena fé, al que no se pueden exigir los frutos que produjo la cosa que tuvo en su poder; nueva diferencia que observamos entre él y el poseedor provisional, puesto que, según anteriormente explicamos, éste solo hace suyos una parte de los frutos, mas que como poseedor de buena fé, como remuneración y estímulo en concepto de administrador.

Y repárese bien que el artículo habla de frutos «percibidos» no de los consumidos. El Derecho romano había establecido otra base distinta; según él, el poseedor de buena fé cierto es que hacía suyos los frutos por la percepción, pero con una propiedad revocable, es decir, tenía que restituirla si el verdadero propietario se presentaba; y solo no podía ser inquietado por este respecto de los frutos consumidos, pues que en el hecho de consumirlos se había hecho irrevocable el dominio (1). El proyecto de código ha abandonado en esta parte al Derecho romano, pues claramente dice que el poseedor hace irrevocablemente suyos los frutos desde su percepción; sin embargo, ha habido códigos que no han consignado la regla del proyecto, según la cual no puede el ausente ó su representante reclamar los frutos anteriores: tenemos

por ejemplo el código holandés que ordena para estos casos que si el ausente se presenta, puede reclamar del que recibió su herencia los frutos en la misma proporción que se pueden pedir al que ha estado poseyendo provisionalmente (art. 548). No nos agradan semejantes disposiciones; tenemos en muy diverso concepto al poseedor provisional de los bienes dejados por el ausente, y al que ha recibido los que posteriormente pudieron corresponderle; ya lo hemos dicho, el primero participa mas de administrador, el segundo es una especie de dueño, un poseedor de buena fé; en el primer caso domina una incertidumbre tal que solo se posee á nombre del ausente; en el segundo la incertidumbre trae consecuencias semejantes á la muerte, y hace que se posea á nombre propio, sin que por esto se despoje al ausente. Preferimos por lo tanto que la disposición del artículo se haya tomado del código francés, mas bien que del holandés.

Pero si no hay duda de que el poseedor hace suyos los frutos percibidos, y que no tiene obligación de restituírselos al ausente, puede haberla en si tendrá derecho á pedir las impensas en las cosas hereditarias. Ya que se le priva de la propiedad que esperaba conservar y adquirir irrevocablemente, parece que debe dejársele el recurso de que le sean abonados aquellos gastos y mejoras á beneficio de los que el ausente recibe conservado y aumentado lo que le corresponde. Sin embargo de esta apariencia de equidad, hay otra razón mas fuerte que milita en contra; si el poseedor hace suyos todos los frutos, y no tiene que rendir cuenta alguna de ellos, es natural que soporte exclusivamente los gastos que hiciera, como que puede decirse que son cargo que afecta á los mismos frutos. Si ha sentido las ventajas y el lucro, justo es que además no le sea lícito sacar los gravámenes y las reparaciones que hiciera; solo en el caso de que estas fueran cuantiosas y muy considerables podría hacerse una excepción, á fin de que el ausente no se enriqueciera á su costa. Pero fuera de esto,

(1) Párr. 23 del tit. 4, lib. 2 de las Ins.

nos parece que debe estarse á la regla general de que hemos hablado.

Cuánto tiempo dura la buena fé del poseedor es punto que conviene dejar en claro, tanto porque es interesante para la aplicacion del artículo, como porque este, segun la forma en que se halla redactado, pudiera prestarse á torcida interpretacion. Como los frutos se conceden al que entró en la herencia, «mientras que el ausente no comparezca ó que sus acciones no sean ejercidas,» esto es, ejercitadas, parece deducirse que habrá buena fé interin se haga reclamacion, por mas que antes de ella conste al poseedor la existencia del ausente. Nada sin embargo, ha debido estar mas distante de la intencion de los redactores del artículo. Porque ¿cómo habrian de querer autorizar la percepcion de frutos en favor del que, no ya sospecha, sino sabe á ciencia cierta que los bienes que retiene no son suyos? Esto seria lastimar los principios mas fundamentales del derecho. La buena fé es la creencia de ser dueño; y no puede menos de cesar desde que se sabe que las cosas son de otro. Es esto tan evidente que escusa toda demostracion, y si se quisiera buscar alguna autoridad en que apoyarse, el Derecho romano nos suministraria una bien respetable: el jurisconsulto Ulpiano proponiéndose un caso idéntico, responde sin vacilar, y afirma que el poseedor ha comenzado á tener mala fé, desde el momento en que supo que no le pertenecia la herencia (2). Creemos por lo tanto fuera de toda duda que en este sentido debe entenderse el artículo del proyecto.

§ 7.º *Disposiciones generales* (cap. 6.)

Habiendo ya arreglado el proyecto de código lo relativo á los diferentes periodos de la ausencia y á los derechos eventuales del ausente, parece que debiera haberse dado por completo el título de los ausentes.

Mas no es así; habia algunos puntos que fijar, y se ha añadido un capítulo destinado, segun su epígrafe, á disposiciones generales. Bien examinados los artículos que en él se encuentran incluidos, quizás fuera fácil demostrar que sin gran violencia hubieran podido acomodarse en los capítulos anteriores, haciéndose el sacrificio de algunas repeticiones, que en todo caso servirian para mayor claridad. A nuestro entender deben economizarse en los códigos esas secciones de disposiciones generales, atendida la importancia que actualmente se dá al método y á la clasificacion, porque se prestan á falsas interpretaciones y á una aplicacion errónea, al paso que personas demasiado escrupulosas pueden hallar una dislocacion, mas que un punto de vista general. Pero sea de esto lo que quiera, segun revelan los artículos que hemos de examinar, é indica su verdadera inteligencia, es para nosotros cierto que las disposiciones llamadas «generales» que se contienen en el último capítulo del título de los ausentes, no se han de tomar como comunes y aplicables á todas las materias tratadas en los anteriores capítulos, sino solo como relativas á varias de ellas; no correspondiendo esclusivamente á un capítulo determinado, se ha creido sin duda conveniente ponerlas con separacion. Estas disposiciones generales se dirigen á dar representacion, garantías y proteccion, ya por medio de los presentes interesados, ya por medio del ministerio fiscal, y á establecer la vigilancia de los hijos del ausente. Veamos como se han satisfecho objetos de tanta importancia.

Dice el artículo 551: «Los que obtengan »la administracion ó posesion de los bienes »del ausente provisional ó definitivamente, »formarán inventario, y le representarán. »en juicio y fuera de él, como demandante »y demandado.» Dos puntos principales contiene este artículo: la formacion de inventario y la representacion del ausente.

La formacion de inventario era una garantía de que la ley no podia prescindir.

(2) Par. 41 de la ley 20, lit. 5, lib. 3 del Dig.

Estaba en el interés del que tiene por cualquier título bienes que no le pertenecen, y principalmente en la seguridad del ausente. Sea él quien llegue á presentarse, sea un tercero que reclame preferencia sobre los administradores ó poseedores, es evidente que estos pueden llegar á ser obligados á restituir y á veces aun á dar cuentas. Y ¿cómo hubiera sido esta restitucion y este rendimiento de cuentas, una cosa efectiva y cierta, sin haber hecho constar previamente cuáles eran los bienes del ausente que se confiaban á manos distintas de las suyas? Eran de temer, ó por lo menos eran posibles la negligencia, la ocultacion, el abuso de confianza, todo lo cual no puede probarse y demostrarse de otro modo que por el inventario.

Del objeto del inventario se infiere qué personas estarán obligadas á formarle: en rigor todos los que tengan bienes que estén sujetos á restitucion; así el esposo que administra, los poseedores provisionales y los definitivos y los que entran en el ejercicio de derechos subordinados á la condicion de la muerte: esta es regla evidente de suyo, y que el artículo espresa con toda claridad. En vano se pretenderia eximir de semejante obligacion á los que han obtenido la posesion definitiva; cierto es que se les releva de fianza, que ejercen los derechos de propietarios; pero tambien es innegable que habrán de restituir integramente los bienes del ausente, si éste llega á presentarse, y que aunque cumplen con devolverlos en el estado que se encuentren, no se toleran fraudes ni ocultaciones; por otra parte el texto del artículo está terminante y explícito. La regla que acabamos de consignar siempre es exacta, y no tiene escepcion en principios; mas quizás se den casos en la práctica en que sea indiferente é insignificante su aplicacion, y en que no haya necesidad de seguirla. Así sucederia, si habiendo sido puestos en posesion provisional ó definitiva los herederos presuntivos, y entrado estos en la administracion general de todos los bienes, se presentasen otros interesados á reclamar el ejercicio de dere-

chos que tuvieran subordinados á la condicion de la muerte del ausente; por ejemplo los legatarios. Si estos entran en el ejercicio de sus derechos podria dispensárseles sin inconveniente de la formacion del inventario, porque ya lo deben haber formalizado los herederos presuntivos, que son los que deben responder al ausente. Por lo demas parece indudable que obtenida por una persona la posesion provisional ó definitiva, si despues se presenta otra á reclamarla para sí y le es concedida, deberá proceder á formalizar nuevo inventario ó al menos á la confrontacion y rectificacion del que ya se hubiere hecho.

El inventario debe sujetarse á la misma forma que si se hiciera por muerte del ausente y se tratara de su efectiva sucesion; la mente de los autores del proyecto no puede haber sido dispensar ninguna solemnidad ni requisito en acto tan importante; pero es de notar una especialidad: como que se trata de un ausente á que la ley protege y defiende de todo aquello que en daño y desventaja suya pudieran hacer los presentes, será menester que intervenga el ministerio fiscal encargado de velar por los intereses de aquel, segun veremos mas adelante; así lo ha espresado tambien el proyecto de código (art. 528) respecto á los que entran en los derechos eventuales del ausente, é indudablemente está sobreentendido en este artículo. Y ¿de cuenta de quién habrán de ser los gastos que se ocasionen con la formacion del inventario? No dice sobre esto el artículo; pero su silencio en nuestro concepto es fácil de suplir. El inventario se hace principalmente en interés del ausente; por su medio recibe una garantía no despreciable y se le asegura su propiedad, no puede ser mas justo que sean de su cargo los gastos que se originen. Si á esto agregamos que no es una precaucion potestativa la que toma el administrador ó poseedor, sino una obligacion indeclinable que se le impone, y de que no puede eximirse, nos convenceremos de que esa resolucion se encuentra plenamente justificada.



Natural es que los herederos presuntivos ó las demas personas que tomen la administracion general de los bienes del ausente representen á este cuando sea necesario, ya en interés del mismo ausente, ya en el de los terceros que hayan de hacer valer sus pretensiones, lo cual ya se hallaba tácita ó espresamente consignado en los capitulos anteriores del título de los ausentes respecto del primero y segundo período de la ausencia; antes de la declaracion de este el nombrado por el tribunal en caso de urgencia es precisamente para representar al ausente (art. 510), y despues el que obtenga la posesion provisional tiene las obligaciones que el curador (art. 320) entre las que se cuenta la de representar al que está bajo curaduría. Pero nada se habia dicho del cónyuge presente que tiene la administracion cuando impide la declaracion de ausencia, ni del que ha obtenido la posesion definitiva; y aunque no podía haber motivo de duda, en que tambien debieran representar al ausente, con todo ha querido el proyecto de código dejar sentada una regla general que comprendiera á todos los que quedan espresados. Esta regla es de una aplicacion universal y absoluta: los que administren ó posean los bienes del ausente, le representarán en todos conceptos y en todas ocasiones; es decir, ya como demandantes, ya como demandados, ya en juicio, ya fuera de él. En virtud de esta representacion queda muy reducida, sino escluida del todo, la intervencion de ministerio fiscal; lo que no trae perjuicio alguno, antes bien es consecuencia natural del principio espuesto: el especial encargo del ministerio público es el de defender al ausente y velar por sus intereses, y ¿quién lo hará mejor que el que tiene sus bienes en administracion, y á quién es ventajoso evitar los perjuicios que un tercero pudiera irrogarle? por otra parte ¿no se le obliga á sostener su completa representacion? Poco, pues, tendrá que hacer el ministerio fiscal en aquellos períodos de la ausencia en que hay un administrador ó poseedor provisional ó definitivo. Sin embargo, no

deberá prescindir de toda vigilancia, porque en ciertos casos aun tendrá que tomar parte por los intereses verdaderos del ausente: cierto es que los administradores ó poseedores están interesados en rechazar el perjuicio que de fuera pueda venir; pero su codicia, su negligencia pueden hacerlos á ellos mismos causa de otros perjuicios; y aun fuera de esto, pudiera llegar á suceder que se rompiese la armonía entre su interés y el del ausente, y se pusiesen en pugna. Entonces no cabe duda que seria injustificable la apatía del ministerio fiscal.

Y ¿qué diremos del caso, que en verdad no será muy comun, de que no se pidiera la posesion provisional ó definitiva, ó si tambien ocurriese que haya un intervalo entre la declaracion de ausencia y la posesion provisional, ó entre la declaracion de presuncion de muerte y la posesion definitiva? Entonces no podrá ciertamente tener aplicacion el artículo que examinamos; mas no por eso el ausente quedará perjudicado, ni habrá de faltar quien se oponga y satisfaga á las reclamaciones que contra él se dirijan; y así, no pudiendo menos de presumirse que este ha sido el espíritu de los autores del proyecto, creemos que aunque en realidad ha pasado ya el primer período de la ausencia, serán aplicables las medidas provisionales de que habla el cap. 1.º de este título; y esto nos parece demasiado claro, para detenernos á demostrarlo.

Art. 532: «Pasados seis meses despues de la desaparicion del padre ausente, sin haberse recibido noticias suyas, se proveerá de tutor á sus hijos menores cuando no exista su madre.» Lo primero que ocurre preguntar acerca de este artículo es ¿qué razon ha podido mover á los autores del proyecto á no establecer cosa alguna acerca del cuidado y vigilancia de los hijos menores hasta que trascurran seis meses? Una razon muy poderosa, y que nos manifiesta el comentador: se ha querido evitar el tomar prematura y precipitadamente una medida tan grave como la de nombrar

tutor, dando entrada á un estraño en la familia tan luego como el padre ha salido del hogar doméstico; era preciso señalar un término de expectativa, digámoslo así, en el que se adquiriera la probabilidad de que efectivamente se está en el caso de ausencia y de que el padre no volverá tan pronto á reunirse con sus hijos y dispensarles su proteccion; por esto se han fijado seis meses, término que no podría ser tachado de demasiado largo. Los seis meses no siempre habrán de contarse desde la desaparicion, porque podrá suceder que verificada esta, antes de espirar el término se reciban noticias, en cuyo caso estas serán las que sirvan para el principio del plazo, como dice terminantemente el artículo.

El término de los seis meses está pues justamente señalado; pero aun pudiera hacerse la objecion de que, de cualquier modo que sea, siempre los hijos han de quedar durante él abandonados, lo cual no ha podido ser jamas la intencion de los autores del proyecto. Creemos que no se dará lugar en la práctica á que se realice semejante abandono: lo mas natural será que ya los amigos, ya los parientes mas allegados al ausente tomen bajo su proteccion á los menores; y si así no fuera el tribunal al proveer sobre la administracion de los bienes dictará las medidas oportunas que tambien podrá provocar el ministerio fiscal, cumpliendo con la confianza que la ley deposita en él; en todo caso el alcalde del domicilio deberá sin duda proveer interinamente al cuidado de la persona de los menores. Todo esto espresa el comentador al hablar del artículo; pero hubiera sido de desear encontrar este mas esplicito consignando alguna precaucion como la que adopta por ejemplo el código sardo cuando dispone (art. 104) que aun antes de espirar el término de los seis meses el consejo de familia podrá en caso de urgencia proveer á la proteccion de los hijos menores.

Dicho esto acerca del plazo que el artículo fija como base de sus disposiciones pasemos á examinar estas, para cuya exac-

ta y clara inteligencia convendrá distinguir diferentes situaciones en que pueden encontrarse los hijos menores por la desaparicion del padre, á saber: quedar presente la madre, y seguir presente todo el tiempo de la minoria; no existir ya; ausentarse ó en fin dejar de existir.

Del primero no se habla en el artículo; pero sin embargo está resuelto implícitamente; porque diciendo que se nombrará su tutor á los hijos «cuando no exista su madre» no puede ser mas claro que existiendo ella, sigue con el cuidado y vigilancia de la familia. Seria entonces aplicable, segun advierte el comentador, el art. 164 del proyecto, que dispone que la madre sucede al padre en la patria potestad con todos sus derechos y obligaciones.

El segundo caso, que no exista la madre al tiempo de ausentarse el padre, es el de mas sencilla resolucion, y el que comprende de lleno la disposicion del artículo. Entonces se aguardan los seis meses que este prescribe; y si pasados no se han recibido noticias del padre, se procede á nombramiento de tutor.

El tercer caso parece á primera vista de dudosa resolucion; se ausentó el padre, y la madre, por aquel tiempo presente, se ausenta despues, ¿será aplicable la disposicion del artículo? Si lo es ¿en qué términos? A nuestro entender aunque no se hace mencion del caso propuesto, está implícitamente resuelto: las palabras «cuando no exista su madre» no deben entenderse tan restringidamente que escluyan el caso de ausencia, sino por el contrario, interpretadas latamente como lo exige el interés de los menores; el mismo cuidado, la misma solicitud reclaman estos cuando no viva su madre que cuando se haya ausentado sin saberse donde existe, ni si existe. Esto nos induce á creer que si la madre presente desaparece, y no se reciben de ella noticias, se podrá proveer de tutor á los hijos; ó mejor dicho se deberá hacer este nombramiento; y llevamos mas adelante nuestra opinion. Creemos que habrá que esperar seis meses desde la desaparicion de la

madre, sin consideracion á que esta haya ocurrido antes ó despues del mismo término de seis meses que ha empezado á correr desde la desaparicion del padre. En una palabra; para nosotros el caso de la ausencia de la madre posterior á la del padre debe gobernarse por las mismas reglas que la de este; en primer lugar porque su fundamento sigue inalterable; en segundo porque por la ausencia del padre la madre le sucedió en sus derechos y obligaciones y tiene el mismo carácter ante la ley.

Resta hablar del último supuesto que propusimos, á saber; el de que muera la madre que quedó presente á la desaparicion del padre. Entonces claro es que deberá proveerse de tutor á los hijos menores. Pero no adoptaremos ciertamente la opinion que respecto al plazo en que puede verificarse hemos consignado en el supuesto anterior, sino que haremos la siguiente distincion. Si la madre murió antes de que espiraran seis meses desde la desaparicion del padre, habrá de aguardarse á que transcurran; de otro modo se infringiria abiertamente el artículo que examinamos; mas si la muerte de la madre ocurrió posteriormente á los seis meses, entonces el nombramiento de tutor será inmediato: en cuanto á la ausencia del padre está satisfecha la mente de la ley, y ha espirado el plazo de la expectativa: la madre está en muy distante caso que si se hubiera ausentado; no puede ya esperarse que vuelva á reunirse con sus hijos.

Hasta aquí se habrá podido observar que hemos hablado de la ausencia del padre y solo de la de la madre cuando se ha efectuado posteriormente; y en efecto no caben otros supuestos en el artículo. ¿Quó razon puede haber motivado ese silencio respecto á la ausencia de la madre? Se dirá que esta ausencia nada significa, como que el padre tiene por la ley ordinariamente la administracion de la persona y bienes de hijos; esto sin embargo no nos dá la resolucion, sino del supuesto de que quede presente el padre; pero pueden realizarse otros tres análogos á los que antes con-

sideramos: que la madre viuda se ausente; que el padre que quedó presente se ausente despues, ó que muera. ¿Qué se habrá de hacer en estas circunstancias? Preciso es suplir de algun modo el silencio del proyecto, y á nosotros nos parece que pueden admitirse resoluciones semejantes á las que dimos hace poco; y así la desaparicion de una madre viuda sin que se reciban noticias producirá el nombramiento de tutor despues de los seis meses, la ausencia del padre que quedó presente dará igual resultado; y en fin la muerte del padre, en virtud de la que la madre le sucede en la patria potestad, si se verifica antes de los seis meses de la ausencia de aquella, producirá al cabo de este término el nombramiento de tutor, y si se verifica despues lo producirá inmediatamente. Pero repetimos que no nos conduce á estas resoluciones el contenido del artículo; sino la induccion lógica fundada en el espíritu del proyecto.

Tambien encontramos completo silencio acerca de los efectos de la ausencia del que deja hijos de un matrimonio anterior; en este caso sea el padre ó la madre el que se ausentara creemos con el comentador que habrá lugar á la disposicion del artículo, porque aunque queden presentes el padrastro ó la madrastra, no tienen sobre aquellos hijos patria potestad, ni son llamados á su tutela.

Art. 535: «El ministerio fiscal velará por los intereses del ausente, y será oido en todos los juicios que tengan relacion con él, así como tambien para acreditar la ausencia.» Fácilmente se comprende cuán acreedor es el ausente á que la ley se muestre tan propicia para con él; muchos perjuicios pudieran sobrevenirle en su fortuna y en sus derechos si su ausencia fuera indiferente para el legislador; quizás nadie se decidiera á tomar su proteccion ni su defensa, ó si la tomaban algunas personas, buscarian despues el medio de lucrarse á su costa; por otra parte no fuera extraño que aquellos que tuvieran intereses opuestos se prevaliesen de situacion tan favorable para

ellos; y así muy justamente la ley, según espresion del comentador, dá una prueba de solicitud casi paternal hácia el ausente.

Por lo demás el presente artículo, aunque colocado el último en el título de los ausentes, tiene á cada paso aplicacion, y nosotros nos hemos valido de él con frecuencia en las diversas cuestiones que hemos examinado; por lo que no nos detendremos ahora á esplanarle, ni analizarle especialmente. Bastará por lo tanto que llamemos la atencion hácia las dos especies de intervencion que se dá al ministerio fiscal; una de ellas es la vigilancia por los intereses del ausente; otra la intervencion necesaria en todos los juicios á él relativos. Bajo el primer concepto puede y debe proponer al tribunal todas las medidas que su celo le sugiera, y será admitido á obrar directamente en nombre del ausente; bajo el segundo emitirá su dictámen sobre lo que haga y se pida en el juicio entablado, conciliando la justicia y el interés de la sociedad con la proteccion y el favor del ausente; y especialmente deberá ser oído, según el artículo previene, siempre que se trate de acreditar la ausencia, porque de aquí es de donde puede resultar mas perjuicio para el ausente, y mas ventajas á los pre-

sentes. Todo esto es altamente benéfico para el ausente, equitativo para los presentes y honroso para el legislador; y con su consignacion esplicita se cierra dignamente el título de los ausentes del proyecto de código civil.

#### § 8.º *Conclusion.*

Terminado el artículo de ausencia, no podemos prescindir de una advertencia importante. A pesar de su estension, no es en verdad un artículo completo. La materia sobre que versa comprende gran número de puntos del derecho; en la imposibilidad de tratarlos todos, y no queriendo al mismo tiempo reducir los límites de suerte que nuestro trabajo careciera de interés y de utilidad, nos propusimos hacernos cargo de aquellas materias en que la ausencia apareciera en primer término, y en tanto en cuanto se refirieran á ella. De aquí el habernos contentado á veces con meras indicaciones; reservando la mayor esplanacion para artículos especiales. Esta advertencia con que terminamos el artículo nos ahorra el haber hecho continuas remisiones, que en otro caso hubieran sido indispensables.