

## CAPITULO IV

### DE LA AUSENCIA

71 Carácter jurídico de la ausencia —72 Lugar en donde debe declararse la ausencia —73 Opinión de Rocco y de los partidarios del sistema de los estatutos relativamente á la ley que debe arreglar los efectos jurídicos de la ausencia —74 Crítica de esta opinión —75 Inconvenientes prácticos —76 Contradicción manifiesta del sistema que combatimos —77 Nuestra opinión sobre la materia

71 La condición jurídica del ausente, es decir, del que ha cesado de comparecer en el lugar de su último domicilio ó de su residencia, <sup>del</sup> sin que de él se tengan noticias, es un notable cambio de estado, del que se derivan importantes consecuencias jurídicas. Todas las legislaciones positivas consideran la condición del ausente, ya desde el punto de vista del interés de la persona que ha cesado de comparecer y la cual necesita de la asistencia y de la protección de la ley, ya desde el del interés de un tercero que puede tener derechos sobre los bienes del ausente, ya, en fin, desde el del interés de la sociedad, que exige que los bienes no permanezcan mucho tiempo sin poseedor y sin dueño, y que el curso regular de su transmisión no se interrumpa por un tiempo indeterminado. Así, pues, el asunto ó procedimiento de ausencia esta dividido en dos periodos distintos y sujetos poco mas o menos a la progresión siguiente *presunción de la ausencia, declaración de la misma*, efectos de la ausencia en lo que se refiere a los bienes del ausente, a los derechos eventuales que pueden pertenecerle, a la condición de los hijos menores y del cónyuge último término de la presunción de existencia del ausente

72 Es verdad que la ausencia solo puede ser declarada en el punto del último domicilio ó de la última residencia, porque sólo aquí pueden recogerse pruebas y apreciarse las causas mas o menos probables del alejamiento y de la falta de noticias. También es cierto que la declaración de ausencia debe ser reconocida en todas partes, porque constituye el estado y la condición jurídica del individuo. ¿Pero cuál sea la ley que deba arreglar esta condición y los efectos que de ella pueden derivarse? Siendo la ausencia una calificación jurídica, debe ser regulada por la ley personal de cada uno y reconocida por todos.

73 Comienza la divergencia de opiniones al determinar si las consecuencias que se derivan de la declaración de ausencia respecto a los bienes pertenecientes al ausente, deben ser también reguladas por la ley personal ó por la del lugar en donde se hallan los bienes. Los autores que dividen los estatutos en *personales y reales*, han pretendido distinguir en las disposiciones relativas a la ausencia, la personalidad y la realidad, complicando y confundiendo de este modo la cuestión. «El hecho de la ausencia, dice Rocco, tiene una relación íntima con el estado de la persona, y por tanto, entra en el dominio de la ley personal, mas para los efectos reales que de la ausencia proceden debe darse la preferencia a la *lex rei sitæ*,» por consiguiente, «en cuanto a la posesión provisional de los bienes del ausente, para saber a quién debe concederse, cuanto tiempo debe transcurrir y cómo debe arreglarse la administración de los bienes, si debe ó no exigirse una caución, cuanto tiempo debe durar ésta, como se distribuirán los frutos en caso que el ausente vuelva a presentarse, la solución de estas diversas cuestiones y otras análogas depende de la ley de la situación de la cosa, y por tanto, debiera distinguirse entre los bienes muebles y los inmuebles. En suma, luego que la autoridad del domicilio haya

proclamado la ausencia, cada Estado aplicará los efectos jurídicos de aquella respecto de los bienes situados en su territorio con arreglo a las exigencias de las leyes territoriales (1)

74 No vacilamos en rechazar semejante opinión. En efecto, el conjunto de disposiciones que a la ausencia se refieren, forma un sistema único é indivisible fundado en la presunción de la vida o muerte del ausente. Semejante sistema no puede separarse en sus partes respectivas y no es posible juzgar por distintos razonamientos cada relación particular, considerándolos como hechos aislados y sin conexión, sin separar la unidad del principio según el cual se arregla la ausencia por cada legislación particular. Si todas las disposiciones que se derivan de la presunción de la ausencia están destinadas a proteger los intereses del ausente y los de su familia, ¿qué ley puede adaptarse mejor a este fin que aquella bajo la cual viven civilmente el ausente y su familia y a cuya protección tienen derecho? ¿Qué interés puede tener el soberano territorial en arreglar las relaciones de una familia extranjera y la trasmisión del patrimonio de la misma? Si todo depende de la vida ó de la muerte, ¿como podrá admitirse que se arregle por una ley la presunción de muerte y por otra sus consecuencias jurídicas? No podemos, pues, justificar la teoría de Rocco y opinamos que todo debe depender de la ley nacional la duración de la posesión provisional, la curación, el plazo necesario para la posesión definitiva, el acto de abrir el testamento, los derechos de los herederos testamentarios en concurrencia con los herederos legítimos y todos los demás efectos.

75 Los inconvenientes prácticos que se derivan del sistema que combatimos podrán apreciarse mejor examinando este sistema en sus aplicaciones. Las disposiciones

---

(1) Rocco l. c. parte 3<sup>a</sup> cap. 28

del Derecho positivo respecto al comienzo del plazo para poder pedir la declaración de ausencia, y por consiguiente, la posesión provisional y la presunción o la declaración de la muerte, y por tanto, la posesión definitiva, son muy diferentes. La ley italiana [art 22] establece que, transcurridos tres años sucesivos de ausencia presunta o después de seis años si el ausente ha dejado un mandato para administrar sus bienes, pueden pedir los interesados al tribunal que declare la ausencia [1]. El Código francés [art 115] exige cuatro años. El Código holandés consigna que han de ser cinco si el ausente no ha dejado procurador [art 523], y diez si ha dejado dicho procurador [art 526]. El Código prusiano [art 82] establece que la declaración de muerte puede provocarse por el pariente más próximo o por el tutor del ausente si han transcurrido diez años desde que se tuvieron de él las últimas noticias. El Código austriaco formula las disposiciones siguientes: un ausente puede considerarse como muerto en los casos que siguen si ha llegado a la edad de ochenta años y no se han recibido noticias de él en diez, a contar de la época de su desaparición, si no se tienen noticias desde hace treinta años, si ha sido gravemente herido en una batalla o se hallaba a bordo de un buque que se ha perdido y no se han tenido noticias de él en tres años [art 24]. Hay que notar, además, que el procedimiento para obtener la declaración de ausencia y la declaración de muerte es diferente, como también lo es el último término en que se presume vivo al hombre.

Pero, ¿cuales serian las consecuencias de la declara

---

(1) El nuevo Código Civil italiano ha abreviado en efecto el plazo para poder declarar la ausencia. Tres años después de las últimas noticias y seis en el caso de que el ausente haya dejado procurador puede pedirse la declaración de ausencia y concederse la posesión provisional. Esta abreviación dice Hue se explica por la mayor facilidad de las comunicaciones que aproxima en la actualidad todas las distancias y que hace más grave la falta absoluta de noticias durante un periodo de tiempo relativamente más corto. [Estudios de legislación comparada 1868 II pags 31 y 32]

cion de ausencia de un italiano si éste poseyera parte de sus bienes en Italia y parte en Austria? Segun el sistema de nuestros adversarios, los herederos presuntos o testamentarios no podian obtener la posesion provisional ni la definitiva respecto de los bienes existentes en Austria hasta que se hubiesen cumplido las formalidades de procedimiento establecidas por la ley austriaca, que es muy diferente de la nuestra.

La ley austriaca, por ejemplo, no admite la posesion provisional, y por consiguiente, los herederos italianos no podian obtenerla respecto de los bienes existentes en Austria, los cuales seran administrados por un curador con arreglo a lo establecido en el Código austriaco [art 277] Ahora bien, si el sistema de la ausencia está organizado para proteger los intereses del ciudadano y de su familia, ¿por qué ha de aplicarse a los extranjerios? La ley austriaca no es ciertamente la llamada a proveer al régimen del patrimonio privado y a la administracion economica de los bienes pertenecientes a los italianos.

Segun el Código austriaco, la toma de posesion definitiva debe preceder de una declaracion de muerte [art 277] Nuestro Código no admite la declaracion explicita de muerte, pero considera al ausente como un hombre cuya existencia no está reconocida. Los efectos relativos a la posesion definitiva son, bajo cierta relacion, identicos, porque nuestra ley, lo mismo que la ley austriaca, los concede pasado un plazo de treinta años. Sin embargo, el Código austriaco admite que la declaracion de muerte puede ser provocada trascurridos tres años, cuando la persona de que no se tienen noticias, fue gravemente herida en una batalla. Entre nosotros, los italianos, no existe esta disposicion. Puede suceder, por consiguiente, que un individuo italiano, herido en una batalla, y después de tres años de ausencia sea declarado muerto con arreglo a la ley austriaca en lo tocante a los bienes que poseia en Austria,

mientras que se le presumiera vivo ante nuestra ley italiana. Esta manifiesta contradicción, que pone al individuo en la condición de estar vivo y muerto al mismo tiempo, puede justificarse tanto menos, cuanto que la ley bajo la cual vive civilmente cada uno, es la única que puede determinar si ha de considerarse como vivo o como muerto. El magistrado austriaco que otorgase a los herederos italianos la posesión definitiva de los bienes del difunto, antes del término fijado por nuestra ley, traspasaría los límites de su jurisdicción.

Restanos añadir que, según el Código austriaco, la declaración de muerte no despoja al ausente de los derechos que tenía sino con relación a las personas que los pidan, y solo por los derechos que estas personas quieran apropiarse respecto a los demás, el ausente se consideraba como presente. Según la ley italiana (art. 42), no es admitido a reclamar un derecho en nombre de una persona cuya existencia se ignora, el que no prueba que aquella existía cuando nació este derecho. De esta diversidad de disposiciones se sigue que un italiano, declarado ausente en Italia, será considerado aquí como un hombre cuya existencia no es reconocida, mientras que en Austria se le consideraría como presente hasta la declaración de muerte. Por tanto, si antes que esta se pronuncie muriese *intestado* el padre de este individuo y dejase bienes en Austria, el magistrado austriaco nombraría un curador que debería aceptar la herencia paterna y administrarla, hasta que se declarase la muerte del hijo, mientras que, según nuestra ley italiana, la sucesión del hijo sería devuelta a aquellos con quienes él tuviese derecho a concurrir, es decir, a los hermanos (art. 43), y por el contrario, respecto de los bienes situados en Austria, pasaría la sucesión a los herederos del hijo, esto es, a los hermanos y a la madre.

Estos y otros muchos inconvenientes que trastornan to

do el sistema segun el cual estan organizados en cada legislacion el régimen y la trasmision del patrimonio de la familia, desaparecen en el sistema defendido por nosotros el cual es mas logico y esta exento de toda contradiccion

76 Notemos, antes de concluir, otro absurdo del sistema contrario. Queriendo este sistema dar la preferencia a la *lex rei sitæ*, y admitiendo la distincion conocida entre los bienes muebles é inmuebles, de que los primeros se rigen por la ley personal y los segundos por la del lugar en que radican, conduce a la consecuencia que la ley personal del ausente debe regir los derechos reales sobre los bienes muebles. Deduciríase de esto que, declarado ausente el hijo, segun nuestra ley, en el caso de que se trata, para los derechos de aquellos que concurren a la sucesion del padre intestado, se aplicaria nuestra ley respecto a los bienes muebles, porque éstos siguen la condición de la persona, y son regidos por la ley misma que regula el estado de aquella. Por consiguiente, el hijo seria considerado como presente en cuanto a los derechos sobre los inmuebles de su padre que vivia en Austria, y como muerto respecto de sus derechos sobre los bienes muebles, y por tanto ante la misma ley austriaca, un mismo individuo estaria a la vez ausente y presente, muerto y vivo.

77 Para evitar todas estas contradicciones, creemos preferible regular todo el sistema de la ausencia por la ley a que esta sujeta la persona. Cada soberano tiene, en nuestro sentir, derecho a proteger los intereses de sus subditos y de las familias de éstos, aun respecto de los bienes que poseen en territorio extranjero, en tanto que, en el ejercicio de este derecho, no perjudique los del soberano territorial, si, por ejemplo, se suscitara la cuestion de si hay o no prescripción sobre los bienes del ausente, admitimos que, debiera resolverse conforme a la *lex rei sitæ*, no en virtud de la superioridad del Estatuto real, sino por el principio general de que todo lo que se refiere al régimen

general de la propiedad debe regularse por la soberanía territorial que tiene derecho exclusivo, como en otro lugar demostramos, de conservar la unidad del régimen económico y de proteger la organización de la propiedad, pertenencia a quien quiera