

9/8627

LA AUSENCIA y la PRESUNCIÓN de MUERTE

en el

DERECHO CIVIL ESPAÑOL



Memoria leida en la Real Academia  
de Jurisprudencia y Legislación, la  
noche del 17 de Mayo de 1909,

por

FERNANDO GIL MARISCAL





54-9

# LA AUSENCIA y la PRESUNCIÓN de MUERTE

en el

~~15 I~~  
~~H-20~~  
9/8627

# DERECHO CIVIL ESPAÑOL



Memoria leída en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, la noche del 17 de Mayo de 1909,

por

FERNANDO GIL MARISCAL





# SEÑORES ACADEMICOS

Por primera vez en nuestro Derecho sustantivo vemos una institución, al parecer insignificante, enclavada en el Libro Primero del Código, escondida y como trasparelada entre otras dos cuya capital importancia hace pasar por alto y mirar con esbojo este pequeño paréntesis abierto por el legislador entre la Patria Potestad y la Tutela, esas dos instituciones que en unión del Matrimonio, su antecedente legal constituyen todo el Derecho relativo a las personas, que nos ha legado la más antigua tradición jurídica de nuestros antepasados.

No parece sino que el fin que los sabios redactores del Código Civil se propusieron al colocar la Asistencia tan fuera de lugar en el título VIII, fue la de empadronarla, si se nos permite la frase,

antes de darla carta de naturaleza en el Derecho español, pues solo transitoriamente se explica esa colocación anómala entre los dos colosales tradicionales que amparaban a ella.

Hubo dice en favor de la importancia de esta institución el sitio preferente que ocupa en el Código; gran consideración debió merecer a sus autores cuando así la colocaron. Si como está materialmente en el libro 1º lo estuviera en espíritu; si sus disposiciones, armonizaran con el resto del tratado de las Personas, formando un organismo perfecto y si las reglas aplicables en los casos de ausencia marcharan al unísono con los adelantos de los tiempos, inícuamente podría tildarse de defectuosa la obra de la Comisión redactora en lo referente a su colocación en el sistema general del Código.

Cierto que el Matrimonio, la Paternidad y la Filiación, la Patria Potestad y la Tutela, son ruedas que engranan perfectamente y que cualquiera institución interpolada entre las mismas, paralizará el regular movimiento de la má-

quina o será triturada por sus poderosos dientes; pero en último caso no pasaría de ser este un defecto de forma que resignaría seguramente al buen gusto de los aficionados al orden, mas no alterando la esencia de las disposiciones, puede a cualquier hora ser corregido y no influye en la vida del Derecho. Si así fuera no habría porque ocuparse del asunto y la presente Memoria no tendría razón de ser.

Pero ¡No! Son de forma solamente los defectos de nuestra legislación positiva en lo que a la Ausencia se refiere; esenciales son y muy urgente y necesaria es la reparación de los mismos.

La Ausencia ha nacido hace poco para el Derecho español y lejos de aparecer fresca y rozada como todo ser que abre los ojos a la vida está exangüe y mortecina. Es una planta exótica importada de extranjero suelo, que no puede arraigar en el nuestro.

La Ausencia del Código de Napoleón, tendría razón de ser y daría los mejores re-

sultados en Francia, en la época en que el Genio cumplía su fatal tarea de libertar el Mundo; pero hace falta un desprecio grande hacia las más elementales leyes de Biología social, para implantar en otro suelo, en otros tiempos y ante problemas totalmente distintos en esa misma institución, en su misma forma y con su mismo carácter.

La importancia de la institución que hoy pretendo analizar no hay porqué escomiartla; salta a la vista. El cosmopolitismo que derriba las fronteras, nos acerca a grandes pasos a la verdadera fraternidad universal. La ineludible ley social de las emigraciones, se cumple en todas sus partes y en nuestra Patria, más quizás, que en ninguna otra.

El hombre hoy puede llamarse Señor del mundo entero, que puede atravesar sin traças de ningún género y que puede decirse que conoce de un Polo a otro..... Estas consideraciones por no alegar otras bastan a



demostrar la importancia y necesidad de que se le haga un estudio detenido, con una trascendencia práctica en las leyes de instituciones que, como la de la Ausencia, entrañan tan graves problemas para la vida y buen funcionamiento del Derecho.

Y puesto que aun no nos es dado poder tratar de un Derecho cuyas disposiciones fueran universalmente cumplidas, que representara el esfuerzo común de todos los humanos, la sabiduría jurídica acumulada de todos los Pueblos y generaciones que depurase de vicios y defectos las reglas conocidas; de un Derecho único inmutable y perfecto; puesto que el Derecho, ciencia sin límites en el orden de las ideas las tiene materiales por circunstancias históricas, en consideración al territorio y aunque en esencia uno aparece actualmente varios en su aplicación, siendo tantos los Derechos positivos, cuantos son los Estados y cada hombre al nacer queda adscripto a uno de estos

Derechos particulares..... basta fijarse aun-  
que de una manera rapidísima sea en el gé-  
nero de relaciones que el hombre en Sociedad  
tiene, para comprender la importancia que  
asimismo tiene para el Derecho, ciencia de  
relaciones sociales, una institución como  
la Ausencia.

No es esta ocasión de dilucidar el  
interesante punto sobre el origen del prin-  
cipio de autoridad; de discutir si esta  
emana de Dios ó de la voluntad del pue-  
blo; de aclarar el trascendental proble-  
ma, muchas veces planteado y muchas ve-  
ces resuelto acerca de si hay algo de divino en  
las personas de los Reyes ó si por el contra-  
rio no se diferencia en lo mas mínimo de  
los demás, no siendo más que accidentalida-  
des de nombres las que los separan de los  
Presidentes de Republica; de declarar ex-  
cathedra y de un modo definitivo y so-  
lamente cual de las formas de Gobierno cono-  
cida es la más aceptable y si la Monarquía

constitucional es una forma rítmica, perdurable por los siglos de los siglos ó por el contrario es un estado transitorio, un escarabajo no más del Absolutismo á la República. No, estas cuestiones son completamente ajenas á nuestro trabajo. Muchachos y brillantes Memorias se han presentado sobre estos puntos de Derecho político y allí han tenido lugar propio y adecuada las discusiones en que han vertido sus profundos conocimientos los Sres. Académicos. ¡No! esta no es misión mía. Las Sociedades aborricionalmente la molestia de formarlas, se me merezcan ya constituidas; y así puedo suscitadamente pasar á analizarlas tal cual las encuentro.

Toda Sociedad ó Estado, está compuesta por una reunión de personas y bienes sometidos á una autoridad: Tres son pues sus elementos principales; personas, bienes, y una Autoridad, supongámosla emanada de la voluntad del conjunto que

los rige y gobierna, cada uno de los suje-  
 tos de Derecho ó personas tiene tres clases  
 de relaciones, una con la Autoridad, otra  
 con las personas y otra con los bienes; to-  
 das ellas son reguladas por el Derecho en  
 sus distintas clasificaciones, de las que es  
 la primera la que lo divide en Público y  
 Privado, correspondiendo aquel á la pri-  
 mera clase y este, á las otras dos. Estas  
 relaciones se dividen y subdividen dan-  
 do lugar á la división de aquellos Dere-  
 chos en Político y Administrativo, en Ci-  
 vil, Mercantil etc, clasificaciones y de-  
 rechos que no hace falta enumerar, pues  
 no es necesario presentar el cuadro general  
 del Derecho, para apreciar las distintas  
 situaciones en que el Ciudadano de un  
 Estado puede hallarse con respecto á otras  
 personas (pariente, subordinado, adminis-  
 trativo ó militar, deudor ó acreedor de-  
 lincente ó víctima, etc); con respecto á  
 las cosas (propietario, poseedor, detenta-

por ilegal etc.) y con respecto á ese mismo Estado ó Autoridad (elector ó elegido rector etc.). Si á esto se añade las que puede tener con individuos ciudadanos de otros Estados se comprenderá el valor de las relaciones jurídicas que á manera de esfera tienen por centro á cada hombre particularmente.

Pues bien, cuando ese centro desaparece, las relaciones quedan abandonadas y si en Física es imposible la existencia de una esfera sin centro que la conserve, algo análogo ocurre en Derecho. Una institución, pues, que regule ese estado jurídico anormal producido por la ausencia de una persona, ha de tener un valor inmenso y sus disposiciones exigirán un particularísimo esmero y cuidado.

Para que fuese completo el estudio sobre la Ausencia, habría de dividirse la materia en tres partes: 1.<sup>a</sup> Una general relativa á la teoría filosófica de la misma,

2ª Otra amplísima en que se estudiara su historia a través de los tiempos en los países civilizados y 3ª y última: Un estudio meditado y crítico de las legislaciones históricas y vigentes, que unido al de las obras doctrinales sobre la materia, nos daría la clave para formular en síntesis las reformas que el progreso exige se introduzcan en las legislaciones vigentes, sobre esta institución. Dicho en términos más breves estas partes podrían formularse de este modo: 1º Que es la Ausencia; 2º Que ha sido; 3º Que debe ser.

Pero un trabajo de esta índole si no es imposible es difícil, por la institución hoy conocida con la denominación de "Ausencia", aunque antigua en la práctica, es moderna en las leyes; el estudio histórico en los amplios términos planteados es obra de mucho tiempo y trabajo; y en cuanto a la parte científica solos los autores de Derecho civil modernos se ocupan con más o menos acierto,

pero siempre secundariamente del asunto, y sabido es que no abundan las obras maestras de Derecho Civil en nuestra patria; todo lo cual, unido á las dificultades de los idiomas y á la escasez y deficiencias de las traducciones, hace que limitemos estas ligeras ideas al Derecho nacional, no porque le creamos suficiente y mejor que el extranjero, sino por falta de elementos para hacer nuestro estudio con la extensión debida, pues uno de nuestros fines será el demostrar que España es el país más necesitado de una buena legislación sobre la Ausencia, y que es al mismo tiempo el que peor la tiene.

I basta con lo dicho á guisa de introducción.

---

# I

## CONCEPTO GENERAL DE LA AUSENCIA

Presunción de vida y presunción de muerte

La palabra Ausencia en su acepción vulgar tiene un significado negativo. Ausente es el que no está presente en un punto ó lugar, en un momento dado. Por consiguiente Ausencia es lo mismo que no presencia actual, en el momento á que la acción se refiere. Si para confirmar estas ideas, cogemos el Diccionario de la Real Academia española, veremos que si en las palabras varia el concepto es el mismo. Así define la Ausencia como: Acción y efecto de ausentarse ó de estar



ausente; y al Ausente: El que está separado de alguna persona o lugar y especialmente de la población en que reside.

Pero esta acepción gramatical no basta. Si acaso podrá porvenirnos en camino, servirnos de guía para conocer el sentido jurídico, único que nos interesa.

En este su sentido jurídico, la palabra "Ausencia" tiene dos significaciones: una lata, y otra estricta. Por la primera es «La situación de una persona que se encuentra fuera de su domicilio, pero cuya existencia se sabe con certeza» En la segunda es «El estado jurídico en que se halla el que ha dejado su residencia habitual y cuyo paradero se ignora» O lo que es lo mismo: Ausencia conocida y ausencia ignorada.

Si nos fijamos en la división que de la plena capacidad civil hace el ilustre civilista español Sr. Sánchez Román, en capacidad jurídica y capacidad de obrar, considerando a la primera, como la aptitud

de la persona, por el solo hecho de serlo, para ser sujeto de relaciones de derecho; y a la segunda, como el poder de realizar actos con eficacia jurídica; poder mas ó menos limitado por diferentes causas; entre estas, entre las causas modificativas de la capacidad civil de obrar hallaremos la ausencia en esta primera fase presentada.

El fundamento jurídico de la ausencia es muy sencillo. Si el hombre que vive en Sociedad cede ó limita por el bien general su libertad, sus intereses, sus afectaciones... es á cambio de que esa Sociedad cuya representación es el Estado le proteja y vele por sus intereses, supliendo con su acción poderosa, cuantos vacios deje su actividad personal, por falta de capacidad. Pues bien esta doctrina que no es otra que la de las tutelas y que tan perfecta aplicación tiene en el caso de minoría de edad, locura, prodigalidad etc. encaja perfectamente en el caso de la ausencia.

El hombre que teniendo familia y bienes, ó solo estos ó solo aquella desaparece de su domicilio, sea en cualquiera la causa, un viaje, una guerra etc., sin dejar disposiciones sobre los mismos y sin dar noticias de su existencia, puede muy bien hacerlo porque voluntariamente los abandone y renuncie á la propiedad de los bienes, á los afectos familiares y á toda comunicación con sus compatriotas; pero racionalmente pensando, y no de otra manera ha de hacerlo la Ley, si no da noticias de su persona, ni ejerce los derechos dominicales que le corresponden, es porque no puede, no es por su voluntad sino por imposibilidad material. Entonces el Estado que ve desamparado el círculo de relaciones jurídicas de uno de sus miembros por la falta transitoria de este en su centro habitual, no puede cruzándose de brazos dejar abandonado todo para que marche á una ruina segura; ha nacido una incapacidad con la

ausencia y el ausente, tiene perfectísimo derecho a que surja una tutela, derecho correlativo al deber que tiene el Estado de instituir la, única forma en que este puede suplir la incapacidad.

El ideal sería una tutela única que supliese en absoluto la falta del ausente que continuara sus relaciones jurídicas como si estuviera presente, para que en el caso probable de que cesando la imposibilidad que se supone le reñene, sin poder dar noticias suyas, fuera de su domicilio, se presentara, encontrase su familia y bienes en el mismo estado que se hallaría si él lo hubiera dirigido y gobernado todo. Desgraciadamente el encargo que suelen hacer los Códigos a los gestores de negocios ajenos de que conserven los bienes con el cuidado y diligencia de un buen padre de familia, no pasa de ser una frase hecha; será una muy loable aspiración, pero no es una realidad; por tanto

el Estado no debe cumplir su misión en la forma antedicha, pues una tutela única para personas y bienes, no dará buenos resultados prácticos, amemos que vínculos muy poderosos unan al tutor, con la persona del ausente, su familia y sus bienes; y solo podrá darse este caso cuando el ausente dejare cónyuge con hijos de este matrimonio solamente.

Pero este caso concreto no ha de ocurrir necesariamente; pueden existir hijos de otra unión, no existir cónyuge, ser este menor, haber hijos naturales reconocidos..... hay algo más complicado que la esfera jurídica individual. Parte es la lucha de intereses contrapuestos que únicamente se armonizaban por la voluntad y en la persona del ausente, la misión supletoria del Estado, no puede ejercerse por una sola persona, tiene que surgir la división de funciones y con ella, la pluralidad de tutelos.

Ahora bien la ausencia tal como hasta ahora la vamos considerando no puede tener carácter alguno de permanencia, antes al contrario, es un estado precario, supeditado siempre al retorno á su domicilio del que le ha producido. Y en este punto ya se enlaza esta primera parte de la Memoria con las otras dos. El plazo es por el que ha de considerarse probable la vuelta del ausente variará según las condiciones de lugar y tiempo y de él nos ocuparemos en las partes sucesivas, de un modo concreto, pues es ya un caso de adopción de la teoría á la práctica.

Será mayor ó menor, en primer lugar según las circunstancias especiales del ausente; edad, viaje emprendido si de él se tiene noticia, punto á que se dirige etc; y en segundo según la menor ó mayor facilidad de comunicaciones, desarrollo del comercio, relaciones diplomáticas y comerciales etc. y como todas estas relaciones y

comunicaciones aumentan con la civilización  
 y el progreso, el plazo de espera ha de ser  
 cada vez mejor, el suficiente en suma  
 para que el ausente vuelva ó para que de  
 noticias de su persona, y no hay que olvidar  
 se parte siempre del supuesto de que el au-  
 sente, desea volver con los suyos y obstácu-  
 los superiores á su voluntad se lo impiden.  
 Nunca podrá admitirse en buena doctrina  
 jurídica, que el Estado tenga obligación de  
 velar por los intereses de sus miembros cuan-  
 do estos los descuriden porque no querrían  
 ocuparse de ellos; pues si así ocurriera;  
 si hubiera un hombre que con causa jus-  
 tificada ó sin ella, pero estando en su sano  
 juicio y sin ningún otro defecto que le in-  
 capacitara para el ejercicio de sus dere-  
 chos, abandonara sus bienes, estos, no serían  
 objeto de la acción tutelar del Estado, pues  
 la misión de este, es tan solo supletoria y  
 no estando incapacitado el dueño, no tiene  
 porqué inmiscuirse en sus asuntos; por tan-

to aquellos bienes dejando de ser propiedad del que los abandona, tomarian el caracter y consideracion de cosas nullius y se destinarian y regirian, segun ordenan las disposiciones sobre esta clase de bienes.

Pero este primer periodo pasa pronto; el ausente puede volver. Un mal viaje, una expedicion arriesgada, un peligro maritimo, le han retenido fuera de su casa y una vez pasado el riesgo vuelve; o bien el sujeto que hacia tiempo residia fuera de su domicilio, a pesar de lo cual regia su casa y familia desde el punto de su residencia y dejó de comunicarse con los suyos (epoca en que empieza la ausencia en su sentido juridico) vuelve a dar noticias de su existencia y a dirigir sus negocios como antes. En uno y otro caso, la tutela ha terminado, el ausente ya no lo es, en el primer caso, porque está presente en realidad, en ambos, porque está presente juridicamente. Nadie puede alegar titulo algu-



no para representarle y ejercer sus derechos; si el Estado continuara su tutela no le protegería ya, usurparía sus derechos.

Más no solo puede el ausente dejar de serlo porque se presente; también puede no ser ausente por ser muerto presunto. Presencia, Ausencia, Muerte presunta. He aquí los tres estados en que puede hallarse el sujeto de derecho considerado bajo el punto de vista de la Ausencia.

Misión difícil es la del Juez al determinar en cada caso, cuando procede la presunción de muerte; pero no por difícil ha de abandonar la resolución de un asunto en el que ya aparecen nuevos intereses, enfrente de los del ausente.

En efecto, después de transcurrido el plazo indicado anteriormente, sin que aquél se presente ó haga llegar noticias de su existencia, el Estado no puede continuar como hasta aquí, cuidando de sus intereses: La incapacidad ha cesado, ó de-

bido cesar, el dilema es ineludible: O no quiere hacerse presente o ha muerto. En ningún caso tiene el ausente derecho a que se le suponga presente, reservándole y tutelándole sus derechos. Frente de estos derechos del que se ausenta cada vez más debiles están los de los presentes, la conservación de aquellos no va a ser una rémora para el ejercicio de estos. Hay una familia sin jefe, una mujer sin marido, unos hijos sin padre, unos bienes sin señor y el cúmulo de relaciones jurídicas que unos y otros significan, representan y producen, han de quedar en suspenso, paralizadas, porque un hombre haya muerto o quiera hacerse pasar por tal. Siendo los tutores-administradores los representantes legales del ausente, no es un absurdo en el primer caso, suponer que un difunto continúa gobernando su familia y bienes? En el segundo, no es una tontería y hasta un abuso de atribuciones representar al que no quiere ser

representado? I no son por último mil veces preferentes los derechos de los presentes que verdaderamente están abandonados, siendo la representación del ausente cosa tan transitoria?.

Así como encontramos el fundamento de la Ausencia, en el derecho del ausente, como miembro que es de una Sociedad á que esta le protege y suplta; así mismo encontramos en este mismo derecho que de ciudadanos de un Estado tienen los presentes el fundamento y base de la Presunción de Muerte, segunda parte de la institución que nos ocupa y que no tiene más conexión con la primera, que el deber su origen, ó mejor dicho ser la Ausencia, un preliminar necesario de la Presunción de Muerte. Por lo demás, si la Ausencia se declara en favor del ausente, la Presunción de Muerte, tiene lugar en favor de los presentes. I estos presentes, no son solo los parientes y

herederos legítimos o testamentarios del causante y aquellos que tengan algún derecho subordinado a la condición de su muerte, sino también, aunque en término más remoto, todos los demás ciudadanos, porque en una Sociedad bien constituida, la muerte de cada uno de sus miembros, interesa a todos los demás, y la Sociedad no puede ver injuriada, que se funde en el propio relaciones y medios de valor moral, económico y jurídico.

Son pues dos instituciones, completamente distintas.

Una vez declarada la presunción de muerte, se procede como si esta fuese efectiva: la Sociedad conyugal queda disuelta, pudiendo pasar a segundas nupcias el conyuge presente: Los hijos menores, son provistos de tutor, los bienes pasan a poder de los herederos; en una palabra se abre la sucesión del difunto presunto, sea testamentaria, sea abintestato. El au-

serse ha muerto jurídicamente en toda la extensión de la palabra.

¿I si el muerto resucita? ¿I si el ausente vive y vuelve o da señales de vida?

Difícil será este caso. Muy raro es que un hombre esté en países desconocidos extraño a toda comunicación, después de transcurrido el plazo prudencial de espera señalado en cada caso y sin embargo conserve la vida; mas como pudiera ocurrir y aunque difícil no es imposible, hay que dar una solución y la solución no puede ser mas sencilla. El presunto muerto entrará en posesión de todos sus derechos y bienes tal como éstos, o en lo que estos se hallen convertidos.

El perjuicio, no puede ser muy grande; si alguno hay, puede considerarse como justo castigo a la negligencia del ausente, y si este castigo no procede, por no haber existido negligencia por parte del sujeto, éste tendrá que resignarse y acep-

tar los efectos como un nuevo deber social que se le impone, pues más justo es y más equitativo que un asociado se sacrifique por la colectividad, que el que esta perjudica y sufra merma en sus derechos solo en atención a la remota eventualidad de que uno de sus miembros pueda algún día verse perjudicado. La vida social, no puede tener su marcha progresiva a merced de todos y cada uno de sus asociados.

El jus in rem cuique tribuere se ha aplicado en toda su extensión e integridad.

En síntesis. A nuestro modo de ver, la institución denominada Ausencia abarca dos grandes partes. 1ª La Ausencia propiamente dicha, que mejor denotaría su significado si se llamara Presunción de vida. 2ª La Presunción de muerte. En la primera el ausente está vivo para todos los efectos jurídicos; en la segunda,

esta muerte también para todos los efectos. La primera, es una tutela a favor del ausente; la segunda es una sucesión en por muerte del ausente, en favor de los presentes con todos los efectos anejos a las sucesiones.

## II

# SU DESENVOLVIMIENTO HISTORICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

*Pocos son los antecedentes que en nuestros Códigos antiguos, encontramos relativos a la Ausencia y los pocos que vemos son incompletos y copia en su mayor parte del Derecho romano. Ellos convencen por si solos, de que ni nuestra institución fue verdaderamente regulada, ni siquiera conocida en su verdadero sentido. Bien podríamos pasar por alto estas citas legales, pues casi nada provechoso pueden darnos que nos sirva de enseñanza e ilustrar en la necesaria reforma de nues-*



tra legislación vigente; pero ya que se tra-  
ta de leyes nacidas en otro suelo, de don-  
de nosotros las hemos tomado, desenterré-  
mos también nuestros seculares códigos  
y veamos si podemos desenterrar alguna  
disposición que directa o indirectamen-  
te se relacione con nuestro objeto.

Nada más lógico que empezemos por  
el Derecho Romano al hacer esta reseña  
parcial del nuestro; y no arrancamos des-  
de más atrás en nuestras investigaciones,  
porque si hemos sentido a priori la afir-  
mación de que la Ausencia es una insti-  
tución genuina del Derecho moderno fran-  
cés, sería un ridículo alarde de erudición  
trasnochada, querer buscar sus orígenes en  
los pueblos orientales, ó en esos estados pri-  
mitivos de la Humanidad, que con más ó  
menos suerte, y bajo las denominaciones de  
Heterismo, Patriarcalo, Patriarcalo etc,  
descubren los modernos sociólogos.

Roma, es por esencia el pueblo del

Derecho. Se ha repetido hasta la saciedad y siempre con razón, que Roma, más que con sus armas, dominó al Mundo con sus leyes. En efecto, así es; parece que el único fin que ese gran Pueblo tenía que llenar en los destinos del Universo, era legarle su impercedero Derecho, como Grecia le legó su Arte inmortal.

Esta vocación jurídica del Pueblo romano, á la que supeditó todo, tenía su razón de ser en el exagerado individualismo que animaba á aquella Sociedad en sus mejores tiempos. El Ciudadano romano era señor absoluto de sí, y de todo lo suyo, por cima de su poder, no había ninguno, ni el de el Estado, que en suma no era otra cosa que una limitación harto llevadera, basada en ese mismo respeto al Ciudadano y en último término una Autoridad ejercida transitoria y sucesivamente, por todos ellos. Así se ve y admira que de todo el Derecho Romano, únicamente el

Privado nos haya quedado, pero éste en  
tal forma, que subsiste en esencia en el  
Derecho positivo de los actuales Pueblos.  
Y si solamente es el Derecho Privado, el que  
conservamos, es porque lo cultivaron y pu-  
sieron con más esmero que ningún otro;  
es porque los romanos prácticos y egoístas  
ante todo, se ocuparon poco del Derecho  
Público, y pusieron todo su empeño en des-  
lindar el campo del Derecho individual  
de cada uno. Ante todo eran patriotas, sí,  
pero este patriotismo expresado en la frase  
aguzelle - ¡Soy ciudadano romano! - con que  
con que se vanagloriaban los orgullosos habi-  
tantes de la Ciudad Eterna; que era si-  
no la manifestación más patente y clara  
de su individualismo egoísta. Porque  
ser ciudadano romano era no ser bárbaro,  
era ser ciudadano del Mundo con todos  
los derechos y privilegios de esta ciuda-  
nía inherente.

Y sin embargo, a pesar de ese respeto

al Ciudadano informador de su Derecho, los romanos no legislaron sobre un punto tan importante como la Ausencia debía ser entre ellos, dados sus principios.

Y que conocieramos ese estado jurídico no cabe duda, pues despariuntada sin enlace ni conexión encontramos en el Corpus Juris Civilis algunas disposiciones que parece mentira! han sido las mismas, á pesar de sus deficiencias, que vemos transcritas en las leyes de los pueblos neolatinos. En el espacio de quince siglos; desde Justiniano á Napoleón el Derecho en este punto, como en otros muchos, no ha dado un solo paso.

En el libro 4.º del Digesto y en su título 6.º. "Porqué causas son restituidos in integrum las mayores de veinticinco años" vemos inserto un Edicto provincial que concede dicha restitución por ausencia por causa de la República ó por miedo, ó cuando el ciudadano estuviere preso,

en servidumbre o en poder de los enemigos.

Este Edicto, ampliamente comentado por Calistrato, Ulpiano, Paulo, Papiniano Gayo, Modestino, Juliano, Sævola y otros, no tiene aplicación a nuestro caso; ninguno de los citados en él constituye la ausencia legal de ignorado paradero.

Ulpiano fué el jurisconsulto que más fijó su atención en este estado jurídico, así aparte otras de menor importancia, hallamos en el libro 50 del Digesto título 16 estas dos leyes suyas:

I la 113. "Se dice que está ausente, el que está fuera de los continentes de Roma; pero no parece que lo están los que están dentro de ellos."

I la 199. "Debemos tener por ausente al que no está en el lugar donde se le pide alguna cosa. No es necesario que esté ausente al otro lado del mar; porque si estuviese fuera de los continentes de la ciudad, está ausente; pero si estuviese den-

tro de sus continentes no pareceria que es-  
ta ausente sino se oculta."

Estas leyes interpretadas la una con  
la otra mesclan el concepto que Ulpiano  
tuvo del ausente; el mismo que hoy domi-  
na en la ciencia del Derecho. Ausente es,  
dijo Ulpiano, el que no está en el lugar don-  
de se le pide alguna cosa. Hoy podria darse  
esa misma definición.

Es pues evidente que aquellos sabios  
padres del Derecho Privado se ocuparon de la  
materia atentamente y no les pasó desa-  
percibida su verdadera importancia, dan-  
do margen a controversia y discusión.

Por último Gayo dice en la ley 56 ti-  
tulo 1.º libro 1.º de la misma compilación roma-  
no-bizantina, que la vida mas larga del hom-  
bre, es la de cien años; esto, lo dice a propó-  
sito del tiempo por que habian de tener el  
usufructo los Municipios y lo citamos con  
el solo objeto de hacerlo constar, pues mas  
adelante veremos que las Partidas, serviles

imitadoras del Derecho Romano, sentaron el mismo principio, con idéntico motivo, como si hubiera necesidad de acudir y pedir permiso al Digesto para saber cuando ha de tenerse por muerto a un individuo; como si la longevidad del hombre no variara según las circunstancias de lugar y tiempo..... Tal es el poder de la santa tradición.

Esto es todo lo que el Derecho romano contiene sobre la Ausencia. Claramente se ve que se dieron cabal cuenta de la transcendencia de este estado, que los jurisconsultos consideraron como una anomalía de la vida jurídica, pero que no llegaron a regular de un modo completo, hasta elevarlo al rango de institución legal. No pasaron de los primeros bosquejos.

Esta manera de ser se explica perfectamente. Roma fue un pueblo guerrero. Cualquiera que sea la versión que admitamos respecto a su origen, veremos la fundada

por y para la guerra.

Si con la fábula consideramos a Rómulo como su fundador, este fue hijo del Dios de la guerra y de la sacerdotisa Rea Silvia: Después de ser cuidadosamente conservado por Tiberino, dios del Tiber, alimentado y educado juntamente con Remo por la loba y por el pastor Faustulo — personajes todos estos de la mayor veneración para los buenos romanos — su primer acto, es destruir a su tío Amulio y reponer en el trono de Alba Longa a su abuelo Numitor: Hasta a Remo por un motivo — al parecer insignificante funda su ciudad, con los más heterogéneos elementos latinos, etruscos, frigios y arcadios, robar las Sabinas, derrotar a los Veientes y una vez organizado el pequeño Estado con la fundación del Senado y la división en tribus de la juventud armada y pronta para cualquier evento; no teniendo nada que hacer en este mundo sube al Olim-



fo transfigurado, en medio de sus correspondientes tempestad y eclipse de Sol y con el nombre de Quirino, se sienta tranquilamente entre los dioses como uno de los dioses.

Si dejamos a la Mitología y acudimos a la razón completada y auxiliada por la ciencia, no podemos por menos de ver en el origen de la Ciudad Eterna la ocupación de tribus primitivas de constitución invariablemente patriarcal y guerrera en lucha siempre con los pueblos vecinos, primero para adquirir el territorio y después para sostener y conservar su dominio.

Entrando ya en el periodo histórico las guerras se suceden a las guerras; primero en el Lazio, después las Civiles, luego las Púnicas..... y siempre en guerra abierta, lo mismo en Occidente que en Oriente, en Europa y Africa que en Asia, sus legiones invictas llegaron a dominar en todo el mundo entonces conocido. I

con la invasión de los bárbaros del Norte, no cesaron las luchas, pues destruido el Imperio de Occidente y replegado el Germe romano en Constantinopla, donde tuvo su posterera y más brillante manifestación, el Imperio continuó, a pesar de sus transformaciones, avasallando los pueblos y hace falta otro choque tan violento cual la invasión de los Turcos para que el gigante caiga y su dominación desaparezca del Globo.

Pues bien, en este estado de guerra constante y habitual en que se desarrolló siempre la vida jurídica del Pueblo romano la Ausencia, no pudo ser regulada en el Derecho, como lo es hoy. Institución es la que nos ocupa, propia únicamente de Sociedades en que la desaparición de los individuos constituye un hecho anormal. En la Ausencia, como protección del Estado al ciudadano, no podía darse en Roma, donde por efecto de las constantes guerras en

países guardados era frecuentísima. Allí por efecto de ese mismo individualismo de que dejamos hecho expresión, la legislación se ocupó poco de la suerte del ausente, justificándose más en la de los presentes; si de otro modo hubiera obrado la Sociedad, no hubiera podido continuar su vida. Por eso, no reguló la Ausencia; pero legisló la Presunción de Muerte.

Por el derecho de postliminio si los prisioneros de guerra, logrando evadirse y pasando los confines del territorio enemigo (Quirina) llegaban a Roma, ó país dominado por ella, su condición recobrada la plena tutela del Derecho.

Tan formalistas eran los Romanos que casi como una palabra omitida ó cambiada de lugar, bastaba para anular esencialmente un acto jurídico, así mismo llevaban su formalismo al extremo de suponer, que el prisionero de guerra, no había sido tal, pues

sin esta ficción, desde el momento que perdía la libertad y era reducido a esclavitud, perdía la Ciudadanía, y con ella, todos los derechos civiles, no pudiendo aunque saliera del cautiverio, adquirir através la condición de ingéruo.

No jurarons en esto. Si morían en prisión, por una benigna interpretación de la Ley Cornelia se consideraban muertos en el momento en que caían prisioneros y por consiguiente como si hubiesen fallecido en hallándose en el pleno ejercicio de su libertad. En su virtud, conservaban toda su validez los testamentos que tenían ya otorgados, y en defecto de ellos, sucedían los herederos legítimos.

Así, por medio de ficciones iba modificándose ese Derecho cuyo vigor y severidad esparada, rigor contrario a la naturalidad humana, que solo existía en las leyes, pero no en las costumbres. Los legisladores romanos, respetuosos siempre, exar-

gradualmente quixés con la tradición, no derogaron sus leyes nunca, pero buscaron su incumplimiento cuando creyeron debían modificarse. A nadie mejor que a ellos puede aplicarse el aforismo castellano: « Quien hizo la ley hizo la trampa ».

Con estas dos disposiciones tan solo, salvaronse en aquellos tiempos las dificultades que lleva consigo un problema legal de tanta monta, como es el de la Ausencia. Si el Ciudadano caía en prisión, ignorándose su paradero, se le suponía muerto en el momento aquél, muerte fingida á que acompañaban todos los efectos de la natural. Si vivía y recobraba su libertad, adquiría de nuevo sus derechos, como si nunca hubiera sido prisionero.

No había gran dificultad en lo que respecta á la pérdida de la autoridad marital y de la Patria potestad, pues con el matrimonio por usus que era el más generalizado y con el carácter público que la

tutela tenía en Roma, quedaba el matrimonio disuelto y los hijos emancipados y declarados sui juris: siendo provistos de tutor los que de él tenían necesidad.

En la Novela 22.<sup>a</sup> hallamos finalmente un precedente de tal trascendental importancia que sin vacilaciones de ninguna clase transcribiremos en nuestro Código Civil con aplicación a la Presunción de Muerte.

Dispone Justiniano en el capítulo 7.<sup>o</sup> de dicha Novela titulada "Del Cautiverio" que..... Si se duda de la existencia del esposo cautivo en poder de los enemigos, se verá si han transcurrido o no cinco años, pues pasado este término, conste ó no el fallecimiento del cautivo el otro consorte podrá casarse sin riesgo alguno."

Y no se diga que el Derecho romano contenido en las Novelas justinianeas no pertenece ya a la época clásica de aquel Derecho y que por consiguiente, no pueden

servir de elemento tradicional al nuestro, pues aparte de que con aquel Emperador bizantino llegó a su apogeo y florecimiento, máxime el sentido jurídico de los latinos; la colección de Justiniano, sirvió de norma y base al renacimiento romano legalizado en nuestra Patria por D. Alfonso el Sabio, quien pudo muy bien dar fuerza legal a una ley justa y racional disposición. Ni tampoco se olvide que esa ley que autorizaba el matrimonio en segundas nupcias del viudo del ausente, emanó de un Príncipe cristiano; mejor cristiano, que nuestros Reyes de Castilla, pues entonces, por hallarse más cerca de su origen, eran más puras las doctrinas de Cristo que después, cuando en el pasar de los siglos se fueron transformando por las diversas y sucesivas interpretaciones que de ellas dieron los herederos de S. Pedro.

Mas el Imperio empieza a vacilar;

La grandiosa civilización romana va a desaparecer, el Pueblo Rey, está herido de muerte. Dos elementos totalmente distintos conspiran de consuno para destruir el Imperio Romano: el Cristianismo y los Bárbaros.

Cristo llamándose hijo de Dios, predicaba en Judea una nueva Religión, llena de paz, de concordia y de fraternidad universal, pero con sus ribetes de socialismo ultraterreno. Su doctrina, tomada como él la predicó no tiene más inconveniente que el de convertir la Tierra en una antesala del Paraíso, a los hombres en crisálidas de Santos. Cristo, predicaba para la otra vida. Sus discípulos comple-  
tando sus predicaciones van a la Capital del Orbe a extender estas novísimas teorías basadas en el martirio, en el odio a la vida y las riquezas. Desde este momento, la Civilización es anatematizada, los progresos de las Ciencias y de las Artes



han de paralizarse y la subidaria y la cultura latinas deben desaparecer ante el empuje é ignorancia de estos fanáticos que predician y desean la muerte en holocausto de sus creencias.

El cristianismo era incompatible con la civilización romana, así lo comprendieron los Emperadores y le persiguieron ruidosamente, pero era un elemento nuevo con ansias de lucha y acabo por infiltrarse en el pueblo matando los escasos gérmenes que ya quedaban en aquella raza que fué grande en sus hechos, pero que ya solo era grande en sus vicios.

Por otra parte los bárbaros, que unos en gran número formaban parte de las legiones romanas, que apenas eran contentados otros fuera del Imperio por tratados asax complacientes, juzgaban por entrar y satisfacer sus salvajes instintos de destrucción; de modo que cuando Alarico primero y Genserico después

caer sobre Roma, no era esta ya más que una sombra de Estado que apenas por un milagro de equilibrio podía sostenerse; y con poco esfuerzo barrieron su nombre de la faz de la Tierra.

Como tan funestos acontecimientos el Derecho, como todas las demás manifestaciones de la vida social, quedó paralizado, empujando a elaborarse uno nuevo, resultante de la fusión de los principios romanos con los germánicos.

En España, según sabemos, se llegó a la unidad legislativa con el Fuero Juzgo, formado por el procedimiento de acarreo, como dice muy bien un sabio católico y acarreado por los buenos padres de los Concilios toledanos.

Única cita no más, puede hacerse del Fuero Juzgo que de un modo remoto puede referirse a la Ausencia; es relativa a la prescripción y dispone que no corre la de treinta años contra los que son echados de

La tierra.

Los sarracenos destruyeron nuestra no muy bien consolidada unidad política y aunque España no sufrió como otros Estados de la época los rigores del Feudalismo, quedó empeñada en ocho siglos de lucha contra el invasor y fragmentada en pequeños Reinos. Así como fue arrancado trozo a trozo la tierra usurpada por los Musulmanes, va igualmente reconstruyendo su Derecho paulatinamente en esa obra secular que empieza con los Fueros Municipales y acaba con la Novísima Recopilación.

Este constante estado de guerra de vecindad era completamente inadecuado para que el Derecho Privado fructificara y mucho menos para que se establecieran reglas precisas sobre la Ausencia. La costumbre refulgía el silencio de los Fueros, pues solo alguno que otro como el de Burgos, contiene disposiciones aisladas sobre

el ausente.

Segun dicho Fuzero recogido en el Viejo de Castilla primera compilacion legal del Derecho castellano; cuando sea llamado á heredar un ausente, se le llamará en diferentes plazos, segun donde se presume esté, no excediendo aquellos nunca de un año y en quanto á los bienes, se pondrán en guarda durante ese tiempo, recibiendo los el ausente si se presentare, como está, sin derecho á reclamar.

La brevedad en los plazos marcados, en la disposicion que antecede, probaria, si testimonios mas precisos no tuvieramos el trastorno inmenso existente en la época á que nos referimos y la poca importancia que se concedia á la desaparicion de un individuo de su habitual residencia, sin paradero conocido á ciencia cierta.

Las Cruzadas efecto natural de la

influencia eclesiástica en los Estados medievales, constituyen un acontecimiento que hizo fijar la atención de los civilistas sobre el estado jurídico de aquellos que abandonando familia y bienes y guiados por un ideal casi quimérico, si quiera fuese sacrosanto y muy piadoso, atravesaban el Mediterráneo y cruzaban Europa entera, dejando con sus pasos trazada la senda que habrían de seguir otras generaciones tan fanáticas como ellos, yendo los que sobrevivían a morir a las inhospitalarias costas de Palestina a manos de los Turcos, dueños y señores de los Santos Lugares.

Se ocuparon sí, pero miraron la cuestión bajo un aspecto práctico y egoísta muy conforme con la naturaleza del hombre. No pensaron en proteger los derechos del Ausente, guardándolos y reservándolos para el caso de que volviera de su arriesgada y sagrada aven-

50  
bura; unicamente trataron de dilucidar  
el punto oscuro relativo a la edad máxi-  
ma del hombre, para presumir la mor-  
te; y unos con el Derecho romano fijaron  
la edad de cien años y otros acudiendo  
a una fuente de conocimientos mas inme-  
diata, según las ideas reinantes, afir-  
maron por boca de David, que la vida más  
larga del hombre es la de 70 años, pues  
asi lo declara rotundamente cuando di-  
ce en uno de sus Salmos: "Setenta años  
son los dias de nuestra vida - cuando más  
ochenta años en los muy robustos - lo que  
pasa de aqui, dolencias y dolencias."

Seguramente que no pensaria nunca  
el coronado arjiscá en la nueva aplicación  
que a sus Salmos se habia de dar corri-  
do los tiempos, cuando comencio de sus  
juveniles balaverazas, los correspondia  
haciendo méritos para entrar en el se-  
no de Abraham.

Pero las cruzadas que tanto influy-

ros en la comunicación de los pueblos y que, justo es reconocerlo, no dejaron de proporcionar a la larga beneficiosos resultados prácticos en la vida mercantil, merced a esa misma forrosa y volentera relación que establecieron entre Occidente y Oriente, no tuvieron transcendencia inmediata en nuestra Patria. Estando los españoles en lucha abierta y constante con los Árabes no podían entrometerse en esas aventuras sin dejar paralizada la grandiosa empresa de la Reconquista nacional.

Pasando a grandes saltos los reinados de nuestros Monarcas castellanos que con brillantes hechos de armas inmortalizaron sus nombres en la Historia y que por lo mismo no tuvieron tiempo de dedicarse a otras tareas, de unificar el Derecho patrio, llegamos al siglo XIII en que todavía daba Fernando III el Tiberino Judicium por fuero a las poblaciones recién conquistadas y nos encontramos con la obra

legislativa de Alfonso el Sabio.

La afición al Derecho Romano, estudiado y admirado en este siglo, fue la determinante del Código de las Siete Partidas vigentes hasta nuestros tiempos y cuya virtud esencial, consistió en la unificación del Derecho castellano diversificado en innumerables fueros.

Las Partidas, mezcla de Derecho Romano y Canónico, de Moral y de Religión, representan un atraso lamentable en el Derecho español. D. Alfonso X. que fue débil como padre, aventurero y mal administrador como gobernante; y que irnicamente dejándose llevar de sus aficiones literarias se distinguió como legislador, cometió un error gravísimo implantando en sus Reinos (o queriendo implantarle) el Derecho Romano, que no se adaptaba ya a las costumbres castellanas. Otro derecho tenía, aunque naciente aún, no por eso menos rico, el cual era verdad de-



ramente producido de la viola social y por tanto, conforme con los hábitos de la época. Claro es que hubiera sido más difícil a los redactores erojitas entre las in-  
mit disposiciones frecuentemente con-  
tradictorias, contenidas en los Fueros y  
Costumbres locales, que copiar de otro  
Derecho tenido por bueno; pero nunca  
debe ser garantía de bondad de una  
ley, la mayor facilidad de su forma-  
ción y por eso, ya que comprendió el buen  
D. Alfonso la necesidad nacional general-  
mente sentida de una legislación única,  
debió encaminar sus esfuerzos a depurar  
y robustecer la que ante sí tenía y más  
meritorio y digno de encomio hubiera si-  
do aún, su trabajo.

Pero..... dejemos descansar en  
su tumba al hijo de San Fernando y eche-  
mos una ojeada retrospectiva sobre sus le-  
yes, en lo que con nuestro tenia tenga  
alguna conexión.

Digna de mención es la Ley 11.<sup>a</sup> título 1.<sup>o</sup> libro 3.<sup>o</sup> del Fuero Real cuyo epigrafe es « Como ninguna muger, puede casar con otro fasta ser certificada de la muerte del otro primero marido ». En ella establece como las anteriores palabras indican que no puede contraer segundo matrimonio la mujer del ausente, sin tener pruebas fehacientes de la muerte de este, y el precepto es terminante. « ..... Si quien quier que contra esto fuere, si después el primero marido viere, sean ambos metidos en su poder e prendalos vender o facer de ellos lo que quisiere de muerte afuera; y esto mismo sea de las mugeres que casaren con maridos ajenos »

Nada blando es ciertamente el castigo impuesto a los bigamos según la ley antecedente; En ella, no es la intención de los contrayentes lo que cae dentro de la esfera primitiva del Derecho, sino el hecho en si, es delito, o mejor el pecado de

bigamia. Bien podría suceder que una mujer o un hombre creyeran firmemente, muerto a su conyuje ausente, temiendo de ello pruebas a su entender inmejorables; que en vista de ellas celebrara segundo matrimonio y que Dios o el Diablo hiciera que el muerto resucitara y se presentara, cuando menos se esperase. Delito no existe, pues la intención fue buena; trastorno para el Derecho y para la vida social, tampoco, pues con anular uno de los dos matrimonios está el asunto arreglado; y sin embargo, a pesar de no existir delito, se castiga un hecho, que pudo ser jurídicamente casual, de muerte afuera, al arbitrio del primer conyuje. Sin duda que tuvieron una idea especial del Derecho Penal aquellos confeccionadores de Códigos - Catecismos.

Hasta comparar esta ley del Fuero Real, con la disposición referente al mismo caso contenida en el Código Alemán para

comprender el absurdo del precepto al-  
forzino. En Alemania se disuelve el pri-  
mer matrimonio al contraerse el segundo  
y no se anulan estas segundas nupcias aun-  
que el ausente comparezca de nuevo. Ha-  
xón tubo el que dijo que para no volver á  
desear los tiempos pasados, bastaría con vi-  
vir veinticuatro horas de Edad Media.

La Ley 14 título 14 de la Partida 3.<sup>a</sup>  
señala dos medios de prueba, para dar  
por cierta la muerte del ausente, según  
hayan transcurrido diez años ó sola-  
mente cinco desde que aquella tuvo lugar.  
En el primer caso, es suficiente la fama  
pública; en el segundo, es necesaria la  
declaración de testigos que vieran al  
ausente muerto y presenciaron su en-  
terro.

Nada tenemos que objetar á estas  
dos disposiciones de tan marcado sabor  
canónico. Únicamente si parece que no  
serían de muy fácil aplicación por no

hallarse siempre á mano estos testigos cuyas deposiciones hicieran cierta la presumida muerte del ausente. Por lo demás bien se comprende que la Ausencia á que aquí se refieren las Partidas no es la que nosotros tratamos de estudiar en el sentido de que sea prolongada y el paradero desconocido; más bien es una ausencia conocida. Si así no fuera, no tendría disculpa el Código vigente dando esa inmensa amplitud á los plazos por los que se espera al desaparecido, teniendo un precedente mucho más racional en leyes hechas en tiempos tan poco adelantados como aquellas en que andaba por el mundo el misero D. Alfonso.

Pero no. Si alguna duda tuviéramos, la misma Partida 3<sup>a</sup> en su título 31 ley 26 protestando de semejante agravio nos demostraría que no era ese su pensamiento. En esa Ley al fijar en ciertos los la duración del usufructo otorgado

á cibdad ó villa marca la misma edad co-  
mo la maxima de la vida del hombre y  
por consiguiente la época hasta la cual  
no podrá presumirse la muerte. Así  
lo asina los sabios dice en su pitoresco  
romance; y ese sabio no era otro que  
Gayo, el de las Pandectas. Quizás si  
él no lo dijera no hubieran sabido á que  
carta queedar-se.

Como veremos casos de esta ausencia  
que hemos llamado conocida, legislada por  
las Partidas, citaremos las leyes que permi-  
tían alzarse contra los juicios en que ellos  
fueran agraviados á los que van en tueste  
ó mandaderia del Rey, ó por procomunal  
de su conçejo; al que fuese ydo en rome-  
ria ó á escuelas ó desterrado por yerro que  
oviesse fecho; las que disponen que no co-  
rra la prescripción contra los bienes de los  
que se encontrasen en esas circunstancias y  
tampoco contra la de los cautivos; y aque-  
lla otra que concede la restitución in

integrando a los caballeros que están en posesión.

En cambio, aunque aisladas, tenemos otras reglas que concretamente hacen relación a la ausencia en su sentido legal.

Una es la 20 título 29 Partida 3<sup>a</sup> que ordena para los efectos de la prescripción adquisitiva doblar el tiempo de la posesión en caso de ausencia; disposición en parte transcrita en el Código actual y que por cierto está en evidente contradicción con la analogía del Fuero Real que dice corre la prescripción de treinta años contra el ausente.

Otra, está inserta en la Ley 8<sup>a</sup> título 1<sup>o</sup> Partida 4<sup>a</sup> al establecer las razones por las que se pueden embargar o desfacer los desposorios: ..... La segunda, cuando alguno de ellos se va a otra tierra e non lo pueden fazer nro

saber de es. Ca por tal razón debe el otro  
esperar hasta tres años. E si no viere  
esboce puede demandar licencia para  
casar e de vergruela otorgar. Pero debe  
hacer penitencia de la jura e del prome-  
zimiento que hizo que casaría con él.....

..... Si esto se estableciera solo respecto a los  
esponsales, cualquiera se atrevería en tan  
venturosos tiempos a pedir la disolución  
del matrimonio por razón de ausencia  
del otro cónyuge. Ya no parece tan  
disparatada la pena impuesta al bi-  
gamo.

Y para terminar con las Parti-  
das, la 1ª título 33 determina la pre-  
sunción de muerte en el caso de que  
fueren católicos las personas en un siniestro:  
Si son marido y mujer, suponiéndose muerta  
lo primero a ésta, por ser naturalmente  
te más débil; si el padre, con el hijo  
mayor de catorce años, se presume  
muerto antes a aquél; y si era menor



de esa época, el primer derecho para los efectos legales era el hijo. En suma, la misma teoría romana, palabra por palabra frase por frase; teoría cuya única autoridad está en ser romana, y cuyo fundamento racional, no se ve por ninguna parte.

Y esto es todo lo que sobre el particular contiene el Libro de las Leyes cuyas excelencias reconocemos, aunque sea muy de deplorar que torciendo el Derecho genuinamente español, implantase otro que ya era completamente extraño a las costumbres de nuestros antepasados.

Las "Leyes del Estilo" de D. Fernando IV cuyo objeto fue recopilar jurisprudencia sobre la aplicación del Fuero Real, dedica un recuerdo a los asesores, disponiendo que cuando estos fueren deudores del Rey por tributos o de los juicios por préstamos, sean vendidos

sus bienes, si bien después que vinieren  
serán oídos. Es verdad, que no queda á  
 gran altura la dignidad real con la com-  
 paración y defujo que los ausentes hu-  
 bieran agradecido no se acordasen de e-  
 nos para tal cosa.

Al comenzar la Edad Moderna  
 nuevos acontecimientos ponen la cues-  
 tión sobre el tapete.

Colón, de:deñado por todos y se-  
 guido de la rectifla general de los sa-  
 bios de su época, viene á España en bus-  
 ca de protección para dar la vuelta á  
 la Tierra. Sus herejías son oídas con  
 tanto horror por la opinión sensata; los  
 doctores de Salamanca, mas indignados  
 que nadie por los disparates de aquel  
 estafalario genovés le pruedan de un  
 modo incontravertible, Biblia en mano,  
 que la Tierra es plana y se quedan con  
 deseos de probarse más prácticamen-  
 te asiendo en una hoguera; solamente;

una insensata como Isabel la Católica, asesorada de cuatro frailes, le ayuda en sus locuras y Colón descubre América.

Vasco de Gama en Portugal seis años más tarde doblando el Cabo de los Tormentas arriba a las Indias y hallando este camino marítimo realiza el primitivo pensamiento de Colón.

Con el descubrimiento de tierras ultramarinas empieza en todos los pueblos europeos y singularmente en España un movimiento de emigración por el que multitud de aventureros, abandonan su patria en busca de riquezas al extremo de quedar despobladas comarcas extensas.

Muchos hubieron de ser los casos de ausencia producidos por la emigración y de alguna manera debieron resolverse en la práctica los conflictos jurídicos que ocasionaron. Indicio de ellos nos dan

Las Leyes de Toro, que como es sabido se formaron para resolver dudas en el derecho antiguo y para suplir los vacíos que en su aplicación se encontraban.

La Ley 59 de Toro dispone que, "Cuando el marido estuviere ausente y no se espera de proximo venir ó corre peligro en la tardanza, que la justicia con conocimiento de causa, seyendo legitima ó necesaria ó provechosa á su mujer, pueda dar licencia á la mujer, la que el marido la habia de dar; la cual así daba valia, como si el marido se la diese."

Es merecedora de especial atención esta Ley, pues de ella debía arrancar la legislación española sobre ausentes. Ella constituye el primero y casi único antecedente legal de esta institución tratada en España, para satisfacer necesidades por españoles sentidas; con un fundamento que pudiéramos decir nacional y propio, hubiera debido tenerse

may en creencia analizando su espíritu y sus causas, para la formación de la legislación actual; porque la causa que la dio vida subsiste y es la misma que hoy debía informar nuestro Derecho en este punto.

Menquísima parece y menquísima es la Ley 59 de Toro. Dada la inmensa expansión que España quiso adquirir en el periodo comprendido entre los reinados de Isabel la Católica y Felipe II, de las constantes guerras que sostuvo hasta el siglo XIX en toda Europa, unas veces atacando, otras defendiéndose y siempre a costa de la sangre de sus súbditos (y de su dinero) y dada como ya hemos dicho la emigración cada vez mayor, producida por la conquista de América, parece poco poderosa una disposición suelta para salvar las dificultades que en la vida del Derecho habrían de ocasionar los repetidísimos casos de ausencia.

Esta parquedad de la legislación se explica perfectamente por dos causas. 1ª La

influencia del Derecho Romano, su fuente principal, el cual ninguna vez arrojaba sobre el particular; y 2<sup>a</sup> la inferior posición social de los ausentes, hablamos en términos generales. Entonces lo mismo que ahora, se marchaba lo peor de cada casa como vulgarmente se dice, tanto a la guerra como a las Indias, y no temiendo nada que perder el ausente, surgían pocos conflictos con relación a los bienes. Claro es que esta no puede ser nunca una razón de derecho, que más sagrados son los vínculos de la familia rotos con la ausencia que los sacratísimos derechos de propiedad; y que la Ley lo mismo debe proteger al rico que al pobre, al poderoso que al miserable; pero de hecho es la sola explicación que encontramos a un tan inexplicable silencio. De hecho desgraciadamente, aun no existe la igualdad ante la Ley en ningún orden, ni en el Civil, ni en el penal.

La continua emigración de los

españoles en la época de los monarcas austriacos, motivó una Real Cédula pragmática dada por Felipe IV. en 1633 en la cual éste "convencido de que la población y número de gente es el único y principal fundamento de la prosperidad de las repúblicas" prohibía salir de España, sin su Real licencia al que tuviere casa y familia; so pena de confiscación de bienes. Temargaba á las justicias y ministros de los puertos, mucho cuidado de saber si alguno salía, castigando su negligencia con privación de oficio.

Tan absurda disposición, contraria á los más elementales principios del Derecho y de la Economía, pero muy propia de los tiránicos tiempos de la monarquía absoluta, ocioso es decir, que ni limitó los casos de ausencia, ni contribuyó en modo alguno á aumentar la riqueza del país.

Ignesto que nada más hemos de hallar en la Nueva, ni en la Novísima Re-

piramidal, pasamos por alto la Edad Mo-  
 derna, Edad en que nuestra Nación  
 decae hasta acabar como las pirámi-  
 des, en punta; y cuyas insignificantes  
 hogueras, apenas bastan para iluminar  
 aquella Sociedad frañuda de favori-  
 tos corruptos y de Reyes fanáticos  
 zicerosos e indóciles. Carta lección pa-  
 ra España, la que recibió con los Monar-  
 cas absolutos que, salvo las excepciones que  
 en el pensamiento de todos están, consigui-  
 ron convertir la Patria de Carlos V. en  
 un país tan embrutecido, que casi lle-  
 gó á ser cierto el dicho de que África,  
 empieza en los Pirineos.

La Revolución Francesa rompió  
 las triples cadenas del feudalismo, del  
 absolutismo y de la teocracia emancipó  
 á los Pueblos del yugo á que estuvieron  
 sometidos desde la caída de Roma. Ella  
 representaba el ansia de libertad y de  
 vida acumulada en quince siglos de



opresión. A su voz se levantaron las Gacetas y fué impotente el esfuerzo de los Reyes, para conservar un señorío, que nunca más debía volver á sus manos.

Napoleón, hijo y continuador de la Revolución, derriba tronos, altera fronteras, crea nuevos Estados, suprime obispos y aquel corso de nacimiento oscuro y de impia procedencia, recibe de manos del Vicario de Cristo la Corona de Carlomagno y formándose una Corte de Reyes recién hechos, de soldadesca extracción, tiene humillados y obedientes, haciendo de su capricho cuantas cosas coronadas el Derecho Divino quisiera como Señores á los hombres.

En lo que á España se refiere, para que recordar sucesos que muy cercanos á la Historia estigmatiza con el baldón de la ignominia. Aquel desverdiente del Rey del Sol, gran caudal y editor de la Novísima Recopilación que se llamó el pacien-

El mismo Carlos IV, arrastrándose en unión de su mujer la adúltera Maria Luisa, ante su hermano el Emperador, proveyéndole a gritos la Libertad de Godoy, el deshonrador de su lecho porque sin él no podía vivir; y acusando a su hijo de parricidio. Este hijo, el tan desecado Fernando VII, el restaurador del Santo Oficio; el Rey cruel, discípulo del presuntuoso y fiero Escoiquiz, que quiso matar a sus padres y que asesinó villanamente a los mismos a quienes debía el trono. Forzoso les será reconocer a los escasos partidarios del antiguo régimen que el cataclismo social que se avecinaba con tan lamentable estado de cosas, tuvo un remedio eficaz en la liberadora Revolución Francesa; y que de no estallar esta con todos sus horrores hubiera llegado pronto el día en que ardiere Europa entera en una sola y general Revolución.

Napoleón una vez Emperador de

los Franceses emprendió la tarea de dotar a su Patria de una legislación libre, adecuada a quien de tal manera había demostrado saber serlo. Sus Códigos copiados por muchas Naciones existen en Europa y América de rana latina, son la prueba mejor del feliz resultado que en su empresa obtuvieron.

Ahora, en el Código, Napoleón es cuando se muestra la Ausencia regulada como institución jurídica y legal.

El Código Civil Francés en su Libro 1.<sup>o</sup> relativo a las Personas, después de los Derechos civiles, de las Actas del estado civil y del Domicilio y antes del Matrimonio se ocupa de los Ausentes en el título 4.<sup>o</sup>.

Cuatro capítulos dedica a esta interesante materia.

Distingue la presunción de ausencia en la que el ausente presunto estará representado en ciertos asuntos de in-

teresen, por un Escribano designado por el Juez, de la declaración de ausencia que se hará á petición de parte interesada, por el Juez, cuando hayan transcurrido cuatro años, sin noticias del desaparecido. A la declaración precederá una indagación en juicio contradictorio, en la que se tendrán presentes los motivos de la ausencia y las causas que han podido impedir la llegada de noticias del ausente. La sentencia será remitida para su publicación al gran Juez Ministro de la Justicia y pasado un año se dará la definitiva de declaración de ausencia.

Los herederos presuntos, podrán pedir la posesión interina de los bienes, previa formación de inventario y prestación de fianza; á no ser que el ausente hubiera dejado apoderado, en cuyo caso se esperará diez años; y una vez obtenida la posesión interina se abrirá el des-

casamento, si le hay, cumpliéndose en todas sus partes provisionalmente y previa fianza de herederos y legatarios.

Si existe comunidad de bienes en el matrimonio, el conyuge presente, podrá pedir la administración vicaria de los bienes, con exclusión de los herederos.

Los poseedores interinos y el administrador en su caso, harán suyas las cuarenta quintas partes de los frutos en los quince primeros años y las nueve décimas en los quince siguientes.

Transcurridos treinta años, desde la desaparición ó cetero desde el nacimiento del ausente, se cancelan las fianzas y curatós tienen derechos supeditados a la condición de su muerte, pueden pedir la revocación de los bienes y la posesión definitiva.

Si el ausente comparece ó se justifica su existencia, recobra sus bienes en el estado en que se hallen, y recibe el precio

de los enajenados o las fincas y efectos en que este se hubiera invertido.

En cuanto á los derechos eventuales que pueden corresponder al ausente, el Código Francés marca las mismas reglas que el Español, por lo que no las insertamos.

Respecto al matrimonio, si el consorte del ausente ha contraído uno nuevo, este podrá ignorarle por sí ó por apoderado.

Por último, si el padre ausente dejó hijos menores para la patria potestad á la madre; y si esta ha fallecido quedarán el cuidado de los ascendientes más inmediatos, nombrándoseles á falta de estos, un tutor interino.

Palmaria y evidente es la intención del legislador francés de proteger los intereses del ausente y ehoca al propio tiempo que señalara plazo tan largo para declarar la presunción de muerte, en una época en que con las sucesivas

levas de soldados que se hicieron en la  
 Hacia vecina, se hallaba esta casi des-  
 poblada, siendo la ausencia, como an-  
 teriormente dijimos, de España, el es-  
 tado poco menos que normal de los cir-  
 cundanos franceses. En algunos casos, la  
 muerte de aquellos bravos patriotas es  
 constancia con certeza; pero en otros mu-  
 chos nadie podría dar razón de la exis-  
 tencia o muerte de los que asistieron  
 a una batalla, apesar de lo cual dis-  
 riendo con buena lógica, sería de pre-  
 sumir que también hubieran perecido  
 en el combate. I existiendo tantas proba-  
 bilidades a favor de la muerte es exa-  
 geradamente larga la espera de treinta  
 años, si antes de transcurrir estos no cum-  
 ple cierto el ausente. Hay indiscuti-  
 blemente un privilegio al ausente en perjui-  
 cio de los presentes.

Íbas teniendo en cuenta el espiri-  
 tu del Legislador y las causas que moti-

varias disposiciones tan desarmónicas con el derecho tradicional, desaparece la menor sombra del privilegio odioso que á simple vista envuelven hasta quedar convertidas en reglas de equidad sino de justicia.

La misión que la Fatalidad dió al vencido en Waterloo de difundir la obra de la Revolución por todas partes; esta nueva redención del Género humano por la que se libertó al hombre del yugo del hombre, sin sujetarle á ninguna otra esclavitud; no se llevó á cabo sino á costa de muchas vidas. Francia que, digno lo que quisieran sus enemigos declarados, siempre ha sido y es el portaestandarte de la Civilización, Francia pagó con usura la gloria que en la Historia la cupo de ser la Patria de la Revolución y de su sucesor Bonaparte.

Las guerras que sostuvo, desde que los soberanos europeos expresaron claramente sus agresivas intenciones, res-



pecto á la Convención en el provocativo  
manifiesto de Pílmiz, la amigralaron.  
Los franceses fueron á morir en los úl-  
timos rincones de Europa y Africa; y  
Napoleón soldado antes que Emperador  
y protector siempre de aquellos hombres  
á quienes debía su Imperio, halló jus-  
to y equitativo en todo extremo, la re-  
gulación precisa del Estado jurídico de  
los ausentes por causa de la patria, es-  
tableciendo una institución que vela-  
ra por sus intereses, más que como  
premio, como resarcimiento de los traba-  
jos y penalidades que sobrellevaron en  
su patriótica empresa.

Esta es pues, la razón ocasional  
de la aparición de la Ausencia en el  
Derecho positivo; causa meramente his-  
tórica que explica perfectamente el  
carácter que muestra de proteger casi  
exclusivamente los bienes del ausente,  
por ser los que quedaban abandonadas

Por eso, no se establecen limitaciones á su capacidad legal, que le acompaña á donde quiera que va por eso no se restringe el ejercicio de sus derechos; y por eso enfino, no se declara la presunción de su muerte sino en unos términos y ante unos plazos en que la presunción puede decirse es la más absoluta certeza de la muerte.

Las disposiciones de la Ley del 24 Ventoso del año XI inserta en el Código de Napoleón, sirvieron de base á los legisladores de las demás naciones para acomodar la nueva institución á sus leyes respectivas, hasta tal punto que la mayoría solo han introducido modificaciones accidentales de forma ó de situación, pero dejar subsistente el fundamento y fin; en algunas veces literalmente copiados los artículos del Código francés.

Nuestro proyecto de Código Civil

de 1851, superior en muchas cuestiones al vigente establecía reglas en concordancia con el francés.

Transcurridos seis meses desde la desaparición de una persona de su domicilio, se proveía de tutor a los hijos, si no tenían madre y el Fiscal velaba por los intereses del desaparecido.

Podía pedirse la declaración de ausencia pasados cuatro años sin noticias, no dejando adjudicado para los bienes, ó diez dejándolo; y en uno y otro caso no se decretaba hasta un año después de anunciada la sentencia en los periódicos oficiales.

Una vez declarada la ausencia se abría el testamento del ausente, tomando posesión provisional de sus bienes, los herederos testamentarios, y á falta de estos, los legitimos, si bien constituyéndose previamente, una fianza. Si el ausente

se presentaba, recibia sus bienes, salvo el quinto de los frutos y rentas que quedaban a beneficio del poseedor.

Si declaraba la presunción de muerte del ausente a los treinta años de recibirse las últimas noticias ó a los cien de su nacimiento; se publicaba el testamento y se daba posesión definitiva de los bienes a los herederos, siendo canceladas las fianzas, por estos constituidas.

Si después de declarada la presunción de muerte, se presentaba el ausente, recibia sus bienes en el estado en que estuvieran; si habrían sido vendidos se le entregaba el precio ó los bienes con este adquiridos, sin derecho en ningún caso a reclamar frutos ni rentas.

El resto de las disposiciones del Proyecto de 1851 guarda perfecta analogía con el Código del 89 y para nada hay que mencionar el posterior Proyecto de 1882 por ser en este punto exactamente igual

al vigente.

La Ley de Enjuiciamiento Civil establece una administración de bienes para los ausentes y aunque su carácter procesal la excluya de los límites de nuestro trabajo, razón por la que no nos detendremos a analizar sus preceptos, hemos de hacerla notar como el antecedente único de esa administración en el Código Civil, administración que es a nuestro juicio uno de los defectos mayores de este por su larga duración, que sustituye a la posesión provisional preceptuada por otros y que ni nuestro Proyecto del 51 ni el mismo Código Napoleón a pesar de su protección decidida a los intereses del ausente concilian entre las disposiciones reguladoras de la Ausencia.

La Ley de Matrimonio Civil en su artículo 90 establece, que la ausencia prolongada de uno de los cónyuges, no será causa de presunción de su muerte, a no ser

que durase hasta que el ausente tuviera  
cien años de edad, en cuyo caso se le tea-  
dría por fallecido. O sea que el matrimo-  
nio queda disuelto.

Esta disposición de la Ley del 70 que  
quisieramos ver hoy en el Código, es muy dig-  
na de ser tenida en cuenta por la declara-  
ción que entraña de que la presunción  
de muerte produce la disolución del  
matrimonio y la facultad consiguiente  
en el conyuge presente para pasar á se-  
gundas nupcias. Claro es que con arreglo  
á los términos de la Ley del Matrimonio  
Civil no serían muchos los segundos ma-  
trimonios que se celebrarían por consortes  
de ausentes de cien años de edad, pero  
no se olvide que la edad no es impedi-  
mento para contraer matrimonio y que  
éste además de todos sus caracteres, mo-  
ral, religioso, etc., tiene uno práctico, á ve-  
ces zímico y determinante de él, que es el  
económico.

La Ley de Bases de 11 Mayo de 1888, en la 6.<sup>a</sup> marcando el punto de partida al Código Civil, dice que se establecerán garantías que aseguren los derechos del ausente y de sus herederos, sin que la presunción de muerte, llegue en ningún caso á autorizar al cónyuge presente para pasar á segundas nupcias.

El Código Civil en los cinco capítulos del título VIII de su libro 1.<sup>o</sup> contiene las reglas referentes á la administración de bienes del ausente que parece es su fin exclusivo, en esta cuestión.

Siguiendo el precedente del Código de los Franceses, divide en tres periodos la institución que pudiéramos denominarse: Presunción de ausencia; Declaración de ausencia y presunción de muerte.

El capítulo 1.<sup>o</sup> que corresponde á lo que llamamos Presunción de ausencia dice en las medidas que han de tomarse cuando una persona desaparece de su domi-

lio sin saberse su paradero ni dejar apoderado que administre sus bienes, y dispone que en este caso el Juez a instancia de parte legítima o el Ministerio Fiscal nombrará quien le represente para todo lo que fuere necesario, marcando las facultades, obligaciones y remuneración de este representante, regulándolas por lo que está dispuesto respecto de los tutores. Si hubiere conyuge, no separado, será el representante y a falta de él le representarán sus padres, hijos y abuelos por el orden según el que se defiere la tutela de los locos y serdominados.

Según el Capítulo 2º pasado dos años, si habiéndose tenido noticias del ausente o desde que se recibieron las últimas y cinco en el caso de que aquél hubiera dejado persona encargada de la administración de los bienes, podrá declararse la ausencia. Pudiendo pedir esta declaración el conyuge, los herederos testamentarios o legítimos y los que tuvieran sobre los bienes



del ausente algún derecho subordinado a la condición de su muerte.

La declaración, no surtirá efecto hasta seis meses después de su publicación en los periódicos oficiales.

Por el artículo 3º la administración de los bienes del ausente se confiere a las personas llamadas a la tutela de los locos. La mujer del ausente, mayor de edad, dispondrá libremente de sus bienes, pero no podrá enajenar ni gravar los del marido ni los de la sociedad conyugal sin autorización judicial.

Si la administración corresponde a hijos menores de edad, se les proveerá de tutor que administrará en su nombre los bienes.

La administración cesa: por comparecer el ausente; por acreditarse su muerte compareciendo sus herederos y por presentarse un tercero, adquiriente legítimo de los bienes.

Con arreglo al Capítulo 4.º pasados treinta años desde la desaparición del ausente, o desde que se recibieron sus últimas noticias ó noventa del nacimiento, el Juez á instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte. La sentencia, no se ejecutará hasta después de seis meses á contar de su publicación en los periódicos oficiales.

Vista vez firme la sentencia, se abre la sucesión de los bienes procediéndose á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaria ó abintestato según proceda.

Si el ausente se presenta, ó sin presentarse se prueba su existencia, recobra sus bienes en el estado que tengan y el precio de los enajenados, ó los adquiridos con él, pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

Finalmente el Capítulo 5.º del mismo título 8.º está destinado á marcar los efectos de la Ausencia, relativamente á los

derechos eventuales del ausente y según él, el que reclame un derecho perteneciente a una persona cuya existencia no estuviere reconocida, deberá probar que existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.

Sin perjuicio de esto, llamado un ausente a una sucesión, acrecerá su parte a los coherederos a no haber personas con derecho propio para reclamarla; pero los unos y los otros, harán inventario de los bienes con intervención del Ministerio Fiscal.

Lo dispuesto anteriormente se entenderá dejando a salvo las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes o causahabientes que solo se extinguirán por prescripción.

Los que hayan entrado en la herencia, harán suyos los frutos percibidos de buena fé, mientras no comparezca el

ausente ó sus acciones no sean ejercitadas por sus representantes ó causa habientes.

En el artº 1433 del mismo cuerpo legal, se facilita al conyuge presente para solicitar la separación de bienes cuando hubiere sido declarada la ausencia del otro, bastando para ello con presentar la sentencia donde aquella conste. Separación que cesará por la vuelta del ausente según el artº 1439.

Con buena fé y justo título prescribe el dominio y derechos reales sobre los bienes inmuebles por la posesión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con arreglo al artº 1957.

Tales son las disposiciones que el Código Civil contiene relativas al arduo é interesante problema de la Ausencia. Si ha interpretado ó no fielmente la base 6ª de la Ley del 88 no vamos á discutirlo. A nuestro juicio, la referida base se inclina visiblemente á favorecer los intereses del

ausente y el articulado del Código ha cumplido escrupulosamente sus indicaciones.

No entramos en más comentarios por no hacer interminable la presente Parte histórica y por no incurrir en repeticiones ociosas, pues con las reformas que á continuación pasaremos á proponer, creemos quedará suficientemente expresado el criterio que nos merece esta institución en el derecho vigente español.

Una breve reseña de algunas legislaciones extranjeras, nos servirá de término comparativo para llegar á las conclusiones con que finalizaremos nuestro trabajo.

En Italia se declara la ausencia á los seis y tres años de la desaparición, según dejara ó no apoderado el ausente; dándose posesión provisional á los herederos con fianza é inventario. Si estos son ascendientes, descendientes ó conyuge, perciben las rentas íntegras; si no solo para sí, la tercera parte durante los diez,

primeros años.

Se presume la muerte, y por tanto se da la posesión definitiva a los treinta años de recibirse las últimas noticias o a los cien del nacimiento.

En Portugal, la declaración de ausencia y la posesión provisional llamada curaduría definitiva, tiene lugar, transcurridos cuatro o diez años, llamándose por seis meses al ausente por edictos publicados en los periódicos oficiales y fijados en la puerta de la Iglesia parroquial a que el ausente perteneciera. Se da la posesión definitiva a los veinte o noventa y cinco años respectivamente.

Si ambos cónyuges se ausentan con hijos mayores de edad, se les da a estos la posesión, si bien con la prohibición de enagenar; y si quedan hijos menores, se procede como si los padres hubieran muerto.

En Austria se presume la muerte:

a) a los ochenta años del nacimiento - b) a

los treinta, sin tener en cuenta el nacimiento = c) A los tres en caso de herida grave en guerra, naufragio u otro peligro inminente en que se hallara el ausente al recibirse sus últimas noticias.

En la República Argentina, se presume muerte al ausente a los seis años de su desaparición o de las últimas noticias, sin distinguir entre si dejó o no representante; y a los tres años en caso de guerra, naufragio, incendio, terremoto etc.

Pasados seis meses, se da posesión provisional a los herederos, abriéndose el testamento cerrado. Contados quince años de la desaparición u veintea del nacimiento, se da posesión definitiva a aquellos y se liquida la sociedad conyugal.

En Chile, se presume la muerte a los cuatro años, y se concede la posesión provisoria a los diez y la definitiva a los treinta, o a los ochenta del nacimiento del ausente. Se dará también la definitiva

a los cuatro años, si se probase que fué el desaparecido, gravemente herido en guerra ó naufragó el buque en que viajaba ó pasó algún otro peligro.

En Guatemala, a los cinco años se concede la posesión provisional; y la definitiva, se da, por prueba de muerte ó por haber transcurrido sesenta años desde el nacimiento del presunto muerto.

El Código alemán, que como más perfecto hemos dejado en último lugar, declara muerto al desaparecido, cuando transcurrieren diez años sin recibirse noticias suyas, teniendo aquel treinta y uno cumplidos. Si tiene setenta, basta que pasen cinco años.

Si tomó parte en una guerra, se le declara muerto a los tres años de celebrar la paz, ó de concluida la guerra si no hubo celebración de paz.

Si iba en un barco, cuyo naufragio consta positivamente, bastará un año para



hacer la declaración. Se presume el naufragio, si no se tienen noticias del buque en los siguientes plazos. Un año, en navegación por el mar Báltico; dos, por los otros mares de Europa, comprendiendo el Mediterráneo y Negro y de Arco; y tres por los demás del globo.

Aparte de estos casos, al que se encontrase en peligro de muerte y estuviere ausente tres años, puede ser declarado muerto.

La declaración de muerte, lleva consigo, la disolución del matrimonio que no se rivadilará por la vuelta del ausente si el conyuge presente contrae nuevas nupcias; o sea que este segundo matrimonio será el único válido.

La exponencia é inevitable comparación que surge de la ligera exposición de estas legislaciones con la nuestra, creo llevará al ánimo de todos el convencimiento pleno de que desgraciadamente para nosotros, el Código español es el más atrasa-

do en la regulación de la Ausencia y que  
hace falta una radical reforma, para que  
en este punto, igual que en todos, mar-  
chemos a la par de los demás Pueblos ci-  
vilizados, ya que no a su cabeza.

Y como soy el primero en reconocer  
la inestimable virtud de la concisión y  
brevedad en esta clase de trabajos y no es  
mi intención molestar la alta atención de los  
Sres. Académicos, para descargo de mi con-  
ciencia, concluyo esta desigual y mal hilvanada par-  
te histórica, parodiando a mi paisano Espron-  
ceda diciendo que: puede saltarla el que  
no quiera leerla sin escribirlo al raso, pues  
no es ni con mucho, imprescindible, para  
poder entrar de lleno en el fondo de la ma-  
teria. Si acaso será un desatogo histórico.

---

## REFORMAS EN EL CODIGO CIVIL

Causas que las hacen necesarias y bases para  
llevarlas à efecto

---

A una sola causa puede decirse que obedecen hoy los casos de ausencia, bastantes repetidos en nuestra Patria. Esta causa es la emigración.

Felizmente, las guerras son cada vez menos frecuentes; el Derecho Internacional Público, aunque no tan deprisa como debería y fuera de desear, va progresando y las Naciones civilizadas solo en último extremo y cuando los tratados amistosos

no pueden salvar la colisión de sus opues-  
tos y pretendidos derechos, acuden a los  
medios violentos, solventando con las ar-  
mas las cuestiones suscitadas entre ellas.

Por otra parte, los pueblos modernos  
han extendido su acción benéfica por el  
mundo entero, no quedando ya más re-  
giones desconocidas que las polares y si-  
acaso el África Central, países en cuya  
exploración únicamente se arriesgan algu-  
nas expediciones científicas, pocas en nú-  
mero y por todos conocidas.

Además, los adelantos del Derecho  
Internacional Privado, unidos a los pode-  
rosos medios de comunicación existentes  
perfeccionados por los maravillosos inven-  
tos de las ciencias físicas, unen tan sóli-  
damente a los Estados y a todos y cada  
uno de sus individuos, que estos pueden  
desde cualquier punto del Globo, hallar-  
se legalmente en su domicilio, sin que la  
protección de sus leyes le abandone.

La Ausencia pues, va perdiendo el carácter de forzosa, que anteriormente tenía y salvo excepciones aisladas, que confirman nuestro aserto se convierte de hecho en voluntaria.

Descartadas las guerras y las expediciones a países desconocidos, como causas engendradoras de la Ausencia, nos queda la emigración.

La desigualdad de población en los diferentes países, unidas a otras causas económicas, determina esa transfusión de elementos humanos que con aquel nombre se designa.

En España, este problema que tanto asusta a los partidarios de las arcaicas doctrinas de Felipe IV, toma grandes proporciones.

La esterilidad de las tierras en algunas regiones como la aragonesa; la poca división de la propiedad en otras, como Andalucía; y las abrumadoras cargas de

cerasos y foros que pesan sobre los pequeños propietarios de provincias como las gallegas, unido en esta al desmesurado aumento de las familias, hace que hombres en la plenitud de su vida y en algunos casos familias enteras, abandonen su Patria, que no les ofrece otra perspectiva que la miseria y el hambre, en busca de trabajo y bienestar a otras tierras donde faltan brazos y sobran riquezas naturales inexploradas.

En estos términos planteada la cuestión, toma un carácter personalísimo que en muy poco ó en nada dice relación a los bienes que tanto preocuparon al Legislador del 89.

El ausente, pocas veces deja bienes, pero muchas, deja familia con la cual puede comunicarse, pues para ello tiene medios sobrados; abandonándola voluntariamente si no lo hace y no siendo por tanto digno de la protección de leyes que quizás

ya ni siquiera serán las suyas.

Asimismo dadas las penalidades que el emigrante tiene que sufrir, ante un horizonte de vida totalmente nuevo, en climas completamente desconocidos para él e inadaptables a su temperamento como frecuencia; y sobrellevando trabajos y miserias, que en muchos casos no es otra la realidad que a sus sueños sustituye, el expatriado sucumbe y su nombre se borra del número de los vivos sin que la menor noticia llegue a los suyos.

<sup>(1)</sup> (Ahora bien, en cualquiera de estas circunstancias que el ausente español se encuentra, resultan completamente ineficaces las disposiciones del Código.

Irrisoria es la protección que a sus intereses presta este. De que le sirven todas esas reglas legales por las que se le ase-

<sup>(1)</sup> **NOTA IMPORTANTE.** La parte comprendida entre paréntesis, no figuraba en el original admitido por la Academia y por tanto, no puede ser objeto de discusión. Posteriormente a la presentación de la Memoria he creído prudente añadirla para que no quedara incompleto su sentido general.

gura la propiedad de los bienes, guardán-  
dolos durante treinta años y reconocién-  
dole siempre la acción reivindicatoria pa-  
ra posesionarse de ellos en cualquier momen-  
to que se presente aunque haya trascu-  
rrido aquel plazo?..... a él, que no  
tiene bienes de ninguna clase.

No es un sarcasmo sangriento y pa-  
radójico imperdonable en boca del Legis-  
lador, que el desgraciado que abandona  
su Patria en busca de un pedazo de pan  
que esta le niega y que va a conquistar-  
lo quizás a cambio de su vida, esa mis-  
ma Patria le tutele, cual madre amorosa,  
habiendo antes temido para él tan solo ca-  
rriños de madrastra?

Y en cambio para la familia aban-  
donada la Ley solo guarda rencores.

En nombre de una mentida protección  
y de una hipócrita cuyos beneficios efec-  
tos en nada alcanzan al ausente, se rodea  
a su familia de todo género de trabas y



ligaduras que la inutilizaba para con-  
tinuar su vida.

¡Claro es, la familia es un inmue-  
ble más, que perteneciendo a su Jefe es  
para él guardado solícitamente por la Ley  
para cuando vuelva, si quiere y puede!  
Suya es y a su poder está sometida aun-  
que tenga que recoger a sus dispersos miem-  
bros - si algún día volviere - en los archi-  
vos donde se almacena la escoria que  
la Sociedad produce, y que se llaman  
presidios y mancerbas.

¡Ante todo la moral! Un estado Mo-  
ral con Códigos moralísimos no puede en ma-  
nera alguna consentir el divorcio, prohibi-  
do por los Santos Cánones, porque el di-  
vorcio es una institución inmoral exis-  
tente solo en las sociedades corrompidas,  
según los Corifeos de la Moral asgurados;  
aunque olviden que el divorcio fué cono-  
cido desde los primeros tiempos ostentan-  
do, bajo la salvaguardia de la Religión

su más repugnante forma, el repudio.

Y como inmoral que es el divorcio no puede admitirse por ninguna causa; aunque la mujer se vea abandonada en su mejor edad; aunque tenga que recurrir a la prostitución; aunque los hijos, sin educación ni guía lleguen al crimen. Aunque así sea; el crimen y la prostitución tienen existencia legal, el divorcio, no y ¡quien lo duda! en la prostitución y en el crimen hoy más moralidad, que en el divorcio; Ah! Ante todo, la moral!

Pero ya que el Estado con una ofuscación incomprendible, al propio tiempo que usurpa fines que no le pertenecen, limita el suyo propio, tímido y exclusivo en favor de la Iglesia, ya que tímido y mogigato no se atreve a recuperar todos los derechos que aquella cediera; vuelva los ojos hacia su propia obra y dignifique las instituciones contenidas en sus leyes.

El matrimonio civil como hoy aparece regulado en el Código, tan solo sirve de escarnio. Es un matrimonio cotidiano, despojada de las solemnidades externas que a este acompañan y desde el momento que coexiste con él sin perder ninguno de sus caracteres, es una institución ociosa y perfectamente inútil.

Existir debiera en la Ley, como único para los efectos jurídicos. Para el Estado no hay Religiones. Pero ya que esto no se lleva a cabo, cumplamos la Ley; hagamos que el Derecho constituido sea respetado y pongamos el matrimonio civil en su verdadero lugar, quitándole ese carácter sacristanesco que le desprestigia ante el Derecho y ante el sentido común.

Una de las reformas que a ello concierne — la que hoy me interesa hacer constar — es la de establecer el divorcio con efectos civiles; y en lo que a la ausencia se refiere es imprescindible é inaplazable

que la declaración de presunción de muerte permita al conyuge celebrar un nuevo matrimonio; y esta innovación la reclama imperiosamente el Derecho, la Moral (la verdadera) y sobre todo la naturaleza humana que está por encima de todos los Derechos y todas las Morales).

Por todo lo expuesto creo de verdadera y urgente necesidad las oportunas modificaciones en el Código Civil con arreglo a las siguientes

## B A S E S

### Primera

El actual título VIII que trata de la Ausencia en el Libro 1º del Código Civil se colocará a continuación del título III que regula el Domicilio y antes del IV que se ocupa del Matrimonio.

### Segunda

La declaración de ausencia podrá

pedirse pasado un año de la desaparición del ausente ó desde que se recibieren las últimas noticias.

Si dejó el ausente apoderado para sus bienes, este cesará al año de recibirse las últimas noticias.

### Tercera

La declaración judicial de Ausencia, producirá como efecto la reparación de bienes de la sociedad conyugal si el conyuge presente lo solicita; y la apertura de testamento á fin de dar posesión interina con el carácter de administradores del ausente, á los herederos de este, testamentarios ó legitimos. Estos no harán suya más que la décima parte de las rentas como premio de administración.

### Cuarta

Transcurridos cinco años desde la declaración de ausencia y temiendo el

ausente más de veinticinco en la época de su desaparición; ó setenta contados desde el día de su nacimiento se presumirá su muerte por declaración judicial

### Quinta

Si las últimas noticias que del ausente se tuvieron fueron las de hallarse este en grave peligro de muerte, se le levantará por muerto á los tres años de pasado el peligro.

### Sexta

Presumida la muerte de un ausente se dará la posesión definitiva de los bienes á los poseedores-administradores, cancelándose cuantas garantías hubieran constituido para el buen desempeño del cargo

### Séptima

La presunción de muerte, disolverá el matrimonio civil, produciendo el

conyuge presente celebrar otro; en cuyo  
caso no se invalidará este aunque com-  
parezca el ausente.

29-Abril 1909











