

Revista número 64–65. Año 1950

Incapacidad civil del ausente

Alejandro Greca

Decano. Profesor titular de Derecho Civil I

El Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral ha dispuesto que todos los profesores de la materia dediquen una de sus clases en homenaje al Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, autor del Código, con motivo de cumplirse, en breve, el sesquicentenario de su nacimiento. Todo ello sin perjuicio de los demás actos que se programan y de nuestra participación en las Jornadas a realizarse en Córdoba, cuna del ilustre prócer.

No sé si porque está a mi cargo la enseñanza de la parte general, o porque desempeño el Decanato de la Facultad, se me ha discernido en esta oportunidad el alto honor de ser el primero en la disertación. Ojalá que algunos de mis modestos enfoques dentro del derecho civil puedan servirme para cumplir con esta contraprestación a que me veo sometido como consecuencia de tanta distinción.

Por mi parte, he creído que nunca se podrá honrar tanto y con mayor provecho para la posteridad la memoria de este grande hombre, que enseñaba derecho; por eso he destinado a ello mi clase habitual, la que correspondía, por el orden del programa y de acuerdo al desarrollo del mismo a esta altura del año lectivo.

No he de silenciar, sin embargo, que por respecto a los señores profesores asistentes al acto y demás personas versadas en derecho que han deseado escucharme en esta oportunidad, la exposición excede en contenido —no en extensión— los límites de lo ordinario en la cátedra y he debido fijarla sobre el papel para complacer al Director del Instituto que desea su publicación en el tomo especial que se dedicará a la memoria de aquel.

1. Incapacidad del ausente

Entre los incapaces de hecho con incapacidad absoluta, vale decir, entre los que carecen de aptitud para ejercer por sí sus derechos, el artículo 54 del Código Civil, cita en quinto término a «los ausentes declarados tales en juicio».

Si nos hemos de remitir al significado gramatical de la palabra *ausente*, tendríamos que considerar comprendidos dentro del grupo, a los que se han alejado, aunque momentáneamente, de su residencia. Pero los ausentes pueden presentar diferencias de matices o admitir más de una clasificación. Lo será así, en primer término, el que realizando gestiones

en la ciudad, en reparticiones públicas, comercios, etc., no se encuentra en su domicilio, pero sin abandonar el lugar —ciudad o pueblo— donde tiene su residencia habitual y permanente, su asiento jurídico. Se dirá lo mismo, que está ausente, la persona que en período de descanso se traslada a un lugar cierto y conocido —estable— dentro o fuera de la provincia, sin dificultades para ser habido y establecer comunicación a cualquier fin; estará lo mismo ausente, el turista que visita las provincias, los lagos del sud u otros países, sin itinerario preestablecido ni seguridad de ser encontrado en determinado lugar; y lo mismo será tenido por ausente el que se aleje de su residencia habitual o domicilio sin que después de cierto tiempo se tengan noticias de su paradero, existan o no dudas respecto de su existencia.

El mismo Código Civil Argentino parece emplear la palabra ausente queriendo referirse a distintas situaciones personales y le hace jugar, sin duda alguna, diferentes funciones jurídicas. Así, por ejemplo, en el artículo 209 habla de los hijos ausentes de la casa paterna, lo mismo que en el artículo 284. Más adelante, en el artículo 308, dispone la suspensión de la patria potestad, por *ausencia* de los padres, *ignorándose su paradero*, y en el artículo 757 autoriza el pago por consignación, en su inciso 2°, cuando el acreedor fuere incapaz de recibirlo y, en el inciso 3°, cuando el acreedor estuviese *ausente*.

Este inciso 3° del artículo 757 no puede referirse, en modo alguno, al ausente del inciso 5° del artículo 54, porque si fuera así, importaría una superfetación frente al inciso 2° que ya contempla la incapacidad del acreedor sin distingos sobre la naturaleza de la misma.

Avanzando en la lectura del Código tropezamos luego con el artículo 1147 que legisla sobre el consentimiento manifestado por personas «ausentes» que llegan al acuerdo de voluntades en las formas e instantes que contemplan los artículos 1149, 1150, 1151 y 1155. Estos ausentes del artículo 1147 no pueden ser los del inciso 5° del artículo 54, porque los que carecen de aptitudes para ejercitar sus derechos, no pueden contratar válidamente. El contrasentido o el absurdo sería evidente si fuera posible que por un lado —artículo 54 inciso 5°— se los catalogara como incapaces y por otro —artículo 1147— se establecieran reglas para que contraten por medio de agentes o correspondencia epistolar.

Más adelante, legislando sobre las obligaciones del usufructuario, el artículo 2846 prevé el caso del propietario ausente, y para ordenar la cancelación de una hipoteca, a raíz del pago hecho por el deudor, *estando ausente el acreedor*, el artículo 3203 dispone que se le nombre un defensor a este. Idéntico temperamento adopta el artículo 3463 para con el heredero ausente y no cabrá duda alguna que los *herederos ausentes* de este artículo 3463 no son los mismos que los del artículo 3457, en donde, expresamente, se exige que exista sobre ellos «presunción de fallecimiento».

Por último, la partición debe ser judicial (artículo 3465) *cuando haya ausentes de existencia incierta* y el artículo 4000 extiende a 20 años el término para prescribir la parte proindivisa de una heredad contra el propietario *ausente*. Vuelve el Código a hablar de ellos en los artículos 4002, 4015 y 4020.

De todas estas citas resulta planteado un problema que necesariamente deben resolver los hombres de derecho, sin posibilidad alguna de eludirlo, atento a los textos de los artículos 15 y 16 del Código («Los jueces no pueden dejar de juzgar, etc.». «Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas, etc. »). De ahí, entonces que no sea intrascendente determinar si esos

ausentes, *todos o algunos*, caen dentro de la incapacidad del artículo 54 inciso 5° y si estos, a su vez, son los del artículo 110, o sea los con presunción de fallecimiento.

2. El problema en la doctrina y en la jurisprudencia

¿A qué ausentes refiere el inciso 5° del artículo 54?

Para el Dr. Machado «la ausencia puede ser declarada en juicio, *indistintamente* cuando la persona no hubiera comparecido a la citación o cuando se le ha declarado presunto fallecido».

En cambio, Llerena, p. 130, T. I., edic. 1899) sostiene que «el Dr. Vélez se refiere en el artículo 54 a los ausentes con presunción de fallecimiento, no a los simples ausentes cuya representación corresponde determinar a las leyes de procedimiento».

Por nuestro Código no existe —agrega— la declaración de ausencia tal como en el Código francés, según lo dice el codificador expresamente en la cita al artículo 110.

El texto de la cita al artículo 110 está lejos de autorizar una afirmación como la que arriesga el Dr. Llerena, pero con ese fundamento o cualquier otro, adopta una interpretación distinta a la del Dr. Machado. El artículo 54, para este autor, solo puede referir a los ausentes con presunción de fallecimiento, mientras que para aquel alcanzaría a estos y a los que no hubieran comparecido a estar a derecho en juicio para el que se los citara por edictos.

Coincidente con Llerena, comienza el Dr. José M. Guastavino, diciendo (Tomo I, p. 92, edic. 1898) que nuestro Código trata sobre una clase de ausentes en los artículos 344, 791 inciso 3°, 1181, 1248, 2880, 3237, 3491, 3497, 4034, 4036 y sobre otra: *los ausentes con presunción de fallecimiento*, que es de quienes habla en inciso 5° del artículo 54 y se funda en que: 1°) El Código no define otra clase de ausencia que la recordada (con presunción de fallecimiento); 2°) En la justa crítica de Freitas al Código Francés, aceptada por Vélez. No se explica, entonces, que se trate de otros ausentes; 3°) Que solo la ausencia del artículo 110 puede hacer cesar los poderes del representante; 4°) Que solo esa ausencia puede autorizar la declaración de incapacidad del ausente, y, 5°) Que la combinación de los artículos 54, 116 y 119 demuestra la verdad de esa tesis.

El Dr. Segovia (Tomo I, p. 37, edic. 1884) después de hacer referencias al proyecto de Freitas termina diciendo que para nuestro Código existen tres clases de ausentes. 1°, Los que no están presentes en un lugar dado, o sea en su domicilio o residencia, etc. (casos de los artículos 757, inciso 3° y otros ya citados); 2°, Los ausentes declarados tales en juicio, que son absolutamente incapaces según el artículo 54, inciso 5°; y, 3° Los de ausencia con presunción de fallecimiento de que se trata en este título y a que se refieren los artículos 3459 y probablemente el 310 y 3467 inciso 1° del Código Civil.

Es sin duda, entonces, la opinión del Dr. Segovia, la que ha influido, en principio, en las decisiones judiciales, que veremos de inmediato.

Una cuarta posición es la del Dr. Raimundo Salvat, para quien deben considerarse comprendidos dentro del artículo 54 inciso 5°, *únicamente los ausentes con presunción de fallecimiento, no por un tiempo indefinido*, sino solo mientras dure el período de la posesión provisoria. Una vez acordada la posesión definitiva —dice— no puede haber ya, prácticamente, cuestión de incapacidad del ausente e invoca los siguientes argumentos: «1° El Código no ha reglamentado sino una sola clase de ausencia; la ausencia con presunción

de fallecimiento. La materia de la simple ausencia, el Código no la ha reglamentado», etc. 2°: El artículo 116 establece que llenados los distintos requisitos legales y oído el defensor del ausente, el juez declarará la ausencia y el día presuntivo del fallecimiento del mismo.

De lo que antecede, resulta que la doctrina no ha conseguido unificar criterio y los maestros están aún, a los 81 años de la sanción del Código, en discrepancia sobre el particular.

La jurisprudencia tampoco ocupa un lugar de mayor jerarquía o ponderación porque carece del valor de la uniformidad, ni la prestigan argumentos que obliguen al abandono de tesis encontradas.

Primitivamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación (T. 37, p. 439) en noviembre de 1889, sostuvo la nulidad de lo actuado *contra un ausente*, sin intervención del Ministerio de Incapaces, aunque el ausente haya sido representado por un defensor, porque aquel es parte esencial en el juicio por «tratarse de un ausente que es considerado como incapaz».

Dos años más tarde (T. 48, p. 207) el mismo tribunal reafirmó su criterio con palabras que no dejan lugar a dudas: «Tratándose de personas cuyo domicilio y residencia actual se ignoran y es incierto, en cuyo concepto han sido citadas por edictos y siendo, por lo tanto, de aplicación lo dispuesto en los artículos 54 y 57 del ccvil *referente no a los ausentes con presunción de fallecimiento*, sino simplemente a los ausentes declarados en juicio, a que extiende la disposición etc., se confirma en la parte apelada, el auto recurrido».

En 1894, la Suprema Corte (T. 57, p. 165) ya no opinaba de la misma manera y en el juicio F. cc de Bs. As. c/ los señores Nelson y otros, dijo: «En los juicios de expropiación contra ausentes, no es necesaria la intervención del Ministerio de Menores, basta la del defensor de ausente» y más adelante agrega: «La disposición del artículo 494 del Código Civil que se invoca para pedir la intervención del Ministerio de Menores en este asunto, por tratarse en él de ausentes, solo se refiere a *los declaradas tales en juicio*, previo trámites fijados por la misma ley civil, *cuando habla de los ausentes con presunción de fallecimiento*».

Más tarde y después de algunos pronunciamientos que podríamos llamar incidentales (T. 72, p. 419) el mismo tribunal dicta la sentencia que se publica en el T. 87, p. 350, en la que podríamos decir, fija su posición definitiva. En esta oportunidad empieza diciendo: «El ausente citado por edictos que no comparece al juicio, no es considerado por la ley como incapaz en los términos del artículo 54 inciso 5° y artículo 116 del Código Civil» y, finalmente, hace suyos los fundamentos del auto apelado donde se invoca la opinión de Llerena, para mí, sin ajustarse estrictamente a ella y se mencionan los contrarios pronunciamientos anteriores a los que se les resta importancia, porque se trataba de casos que no exigían un estudio especial.

Las Cámaras de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, lo mismo que las de Comercio, han sido categóricas.

Una de las primeras (Juris. Arg. T. 37, p. 253) afirma que: «*La incapacidad que establece el inciso 5° del artículo 54 del C. Civil, no se refiere a la ausencia accidental, sino a la que presume el fallecimiento y produce efectos, por lo tanto, en la persona y en los bienes del ausente*».

La disposición del artículo 54 inciso 5° del ccvil, ha dicho la segunda (Juris. Arg. T. 7, p. 307) «solo comprende a los ausentes con presunción de fallecimiento», y a su vez, la Cámara Federal (Juris. Arg. T. 35, p. 556) «mientras no se haya declarado la ausencia con presunción de fallecimiento y fijado el día preciso del fallecimiento, no hay ausente declarado en juicio».

Por mi parte, no creo que esa sea la estricta y jurídica solución del problema aunque estén de acuerdo la Suprema Corte y todas las Cámaras de Apelaciones.

Al amparo del claro concepto del sujeto de derecho, y con el auxilio de los antecedentes que sirvieron de base al codificador para incorporar el precepto del artículo 54, la conclusión a que necesariamente se llega, es otra.

No olvidemos que un gran número de Códigos (Méjico, artículo 22; China, artículo 6; Chile, artículos 74 y 78; Suiza, artículo 31; Portugal, artículos 1º y 6º; España, artículos 29 y 32, etc.) establecen que la personalidad comienza con el nacimiento y termina con la muerte. Esto nos está diciendo que cuando el sujeto de derecho es persona física, presupone *la existencia de un ser humano vivo*, con vida independiente, con capacidad para ser titular de derechos, con un nombre, sexo, edad, estado y gozando de cierta libertad, de modo que la privación de ella no permita considerarlo un mero instrumento de otro. Todo esto que falta en los *solo concebidos* (personas por nacer) les impide ser sujetos de derecho, en otros términos, nos autoriza a afirmar que los incapaces del inciso 1º del artículo 54, *las personas por nacer*, no son tales porque carecen de los atributos esenciales de la personalidad y de los presupuestos de la persona. Algo semejante ocurre con los presuntos fallecidos, puesto que si se supone que han dejado de existir como seres humanos, no podríamos admitir la supervivencia de los mismos dentro del mundo jurídico, como capaces ni como incapaces, desde que ya no se encontraría en ellos ninguno de los presupuestos del sujeto de derecho persona física. Los muertos dejan de ser individuos de la especie humana y, en el orden jurídico, solo determinan o dan lugar al derecho de sucesión. Los derechos que les pertenecían pasan instantáneamente a sus herederos; no quedan como flotando en el ambiente, sin sujeto a quien atribuirse.

Por otra parte, la identidad de textos y las propias citas del codificador, nos permiten afirmar que el artículo 54 es casi copia literal del artículo 41 del proyecto de Freitas, quien dedica a los ausentes las normas que corren desde el artículo 107 a 129 inclusive y, a los presuntos fallecidos, desde el artículo 244 a 271 (dos capítulos distintos) estableciendo para los primeros (artículo 107) que: «Ninguna persona será habida por *ausente* para que tenga lugar la representación necesaria que en este Código se determina, sin que la ausencia sea declarada en juicio, en los casos y por el modo que más abajo se declara». Y termina con estos ausentes diciendo en el artículo 129, así: «Cesa la representación necesaria de los ausentes» (agreguemos nosotros, de esos supuestos incapaces creados por Freitas y solo adoptados por los Códigos de Argentina y Brasil). 1º En el caso de su comparecencia personal. 2º Compareciendo representante suyo, legal y suficientemente autorizado. 3º Desde el día que, a solicitud del heredero o herederos del ausente fuese decretada la *sucesión provisoria*. Quiere decir que con la declaración del presunto fallecimiento terminaba para Freitas la *incapacidad del ausente*, para dar paso a otra concepción jurídica: a la sucesión. Lo hemos dicho: extinguido, real o presuntivamente, el individuo de la especie humana, persona física, no hay más sujeto de derecho y los incapaces del artículo 54, excepto los del inciso 1º presuponen un ente capaz de ser titular de cualquier derecho, caracterizado solo por la falta de aptitud para ejercerlos. Los muertos no están comprendidos dentro de estas posibilidades.

A parte de estos argumentos que permiten refutar la jurisprudencia citada afirmando que los incapaces del inciso 5º del artículo 54 no son los con presunción de fallecimiento, el Dr. Alfredo Orgaz, trae en apoyo de esta misma tesis, otros argumentos sin salir del

propio texto de nuestro Código y dice: «Prescindiendo del contrasentido esencial que hay en considerar como incapaz a alguien que la ley reputa muerto», he aquí sintéticamente las objeciones que surgen del mismo código: a) Al ausente declarado incapaz debe nombrársele como representante necesario un curador (artículo 57 inciso 3°) pues no hay incapacidad de hecho sin representación (artículo 58). Al ausente con presunción de fallecimiento, una vez declarado *no se le nombra ningún curador*, los bienes se entregan en posesión provisional o definitiva a los herederos, etc. (dicho esto es provechoso recordar el artículo 129 del proyecto de Freitas, mediante el cual cesaba la representación del ausente por el decreto de posesión provisoria. b) El Ministerio de Menores es «parte» para pedir la declaración de incapacidad en todos los casos en que esta necesita ser declarada: personas por nacer, artículo 66 inciso 3°; dementes, artículo 144, inciso 3°; sordomudos, artículo 154, y pese a que su intervención es esencial (artículos 59 y 494) en todo asunto relacionado con la persona y bienes de los incapaces, se «admite sin discusión» que el Ministerio de Menores no es parte para pedir la declaración de fallecimiento presunto. La enumeración del artículo 113 es limitativa y ella no incluye al Ministerio de Menores. c) «Cualquiera que sea el que solicite la declaración de incapacidad de una persona, en el juicio es parte esencial el Ministerio de Menores (artículos 147 y 154). En cambio, se reconoce también sin discrepancias que el Ministerio de Menores no es parte en el juicio de declaración de fallecimiento presunto. Esta ausencia del Ministerio de Menores en un juicio de incapacidad es contraria al sistema general del Código».

Finalmente el Dr. Orgaz se remite a las fuentes y coincide en que para Freitas, los incapaces no eran los presuntos fallecidos, sino por el contrario: la incapacidad del ausente (artículo 129) cesaba con la declaración presunta de fallecimiento y la posesión provisoria o definitiva, cuando procedía esta sin aquello previo. Con esta última cita queda desvirtuada la opinión del Dr. Salvat, para quien los incapaces del inciso 5° del artículo 54 son los con presunción de fallecimiento y no es menester insistir al respecto para demostrar la sinrazón de la jurisprudencia imperante.

3. Naturaleza de la incapacidad del ausente

Para fundar la incapacidad de hecho absoluta con respecto a las personas que generalmente se catalogan como tales en la legislación comparada, se invocan diversas razones. Tratándose de menores impúberes, se dice que es de orden natural y evidente en el niño de corta edad, pues carece del suficiente desarrollo físico y de los conocimientos necesarios —formación psíquica— como para dirigir su persona y establecer el verdadero carácter de las cosas, alcance y efectos de los hechos. Sobre esto no pueden existir discrepancias como no sea cuando se trate de fijar un límite de edad para negar o reconocer a los mismos un mínimo de aptitudes, que varía, según los códigos, desde siete años a diez y seis.

Cuando se procura justificar la protección del demente contemplada en su doble aspecto, algunos autores solo dicen que «la demencia es causa de incapacidad, de origen antiguo y de carácter universal»; otros, que como causal de incapacidad es de obvia justificación, porque los actos jurídicos son actos voluntarios, de modo que lógicamente no han de poder realizarlos las personas privadas de voluntad como consecuencia de un estado mental de cierta permanencia. También se dice que esta incapacidad tiene como fundamento la

falta de salud mental que coloca al individuo fuera de lo común de las reglas ordinarias y constantes de la naturaleza, por lo que no sería de orden natural.

Motivos similares se esgrimen para ser aplicados a los sordomudos, que no carecen de voluntad pero sí de aptitudes para manifestarla.

Si analizamos las causales de todas estas incapacidades «que por algo se llaman de hecho», se constata que todas ellas son individuales, se refieren a la persona física y son de carácter funcional. En el menor, la incapacidad subsiste hasta que con los años y por el doble desarrollo, ese estado de ineptitud desaparece; en el demente, hasta que recupera la salud; en el sordomudo, hasta que aprende a manifestar su voluntad (nuestro Código con algún retraso sobre la materia, todavía exige manifestación escrita) y, ¿la incapacidad del ausente de qué orden es? Individual y físicamente es sujeto con todas las aptitudes para el goce y ejercicio de sus derechos. Encuéntese donde se encuentre, de acuerdo con la ley de su domicilio será mayor de edad, entre los 18 y 25 años, según sea el país donde tenga la residencia habitual con ánimo de permanecer en ella y todos sus actos serán reputados válidos y con los efectos de los que emanan de los sujetos capaces de cambiar el estado de su derecho. Quiere decir que, el ausente, pese a la declaración que autoriza nuestro Código y el de los Estados Unidos del Brasil, no es individualmente un incapaz como el menor, el demente o el sordomudo, cuyos actos serán nulos se realicen donde quiera que sea. La incapacidad sancionada para el ausente en el artículo 54 inciso 5° del Código Civil Argentino y artículo 5° inciso 4° (parte general) del Código del Brasil, no despoja al sujeto, persona física, de ningún atributo de su personalidad y por consiguiente no se puede hablar de incapaces tratándose de personas que pueden disponer libremente de sus bienes y aun de aquellos en base a los cuales se solicitaron las medidas judiciales pertinentes. Porque, ¿quién puede impedir al ausente, llenando las formalidades legales, disponer desde cualquier país de Europa o Asia, de los bienes situados en la Argentina o en el Brasil?; ¿y sus actos acaso serán nulos de nulidad absoluta, inconfirmables e imprescriptibles como los de los otros incapaces que enumera el artículo 54?, y si eso con referencia a la persona del ausente es indiscutible, cuando el ausente, que no es inepto para el ejercicio de sus derechos (inciso 5° del artículo 54, con los preceptos de los artículos 59 y 494), los ejercita y lo hace ignorando que en el lugar de su anterior residencia o domicilio lo han declarado incapaz de incapacidad absoluta.

Estos verdaderos desencuentros entre algunos preceptos de nuestro Código civil nos están diciendo y nos refirman en la idea de que las incapacidades son típicamente individuales, o sea con referencia a las aptitudes del sujeto para manifestar válidamente su voluntad, lo que no ocurre con el ausente y porque se trata de una simple protección *a bienes* y no *a personas* como ocurre con los verdaderamente incapaces (menores, dementes, sordomudos) razón por la que, a mi entender, no les alcanzan las normas de los artículos 58, 59, 1040 y 1041, he considerado siempre al Código Uruguayo como más ajustado a la realidad, en esta materia, autorizando en el artículo 52 a promover, en caso de necesidad, a la administración de los bienes que requieren cuidado, sin que sea necesario el transcurso de cierto tiempo. Es indudable que el Código de esta nación vecina y amiga, prescinde de la persona del ausente porque si así no fuera, su artículo 51, con mucha propiedad jurídica y mala literatura no diría: «El ausente a los ojos de la ley ni está vivo ni está muerto. A los que tienen interés en que esté vivo, toca probar la existencia, como el fallecimiento a los que tengan interés en que haya muerto».

Si el Instituto de derecho civil de nuestra Facultad coincidiera con estos puntos de vista, ningún homenaje será más digno al Dr. Vélez Sarsfield, que propiciar la supresión del citado inciso 5° del artículo 54 del Código Civil, porque no es ponderando su obra sin discrepancias la única manera de honrar la memoria del codificador; quizás sea más noble e inteligente, y sobre todo, de más utilidad, despojándolo de sus naturales errores, característica de toda obra humana, máxime cuando de por sí ha debido ser pesada, agotadora y de difícil contralor en su faz armónica. Y la necesidad de propiciar la supresión del inciso 5° del artículo 54 constituye un verdadero imperativo, si recordamos que el Dr. Bibiloni lo mantiene en el artículo 14 de su anteproyecto y como si viviéramos enfermos de rutina, se lo deja subsistente en el inciso 4° del artículo 23 del proyecto de la Comisión sometido a estudio del Congreso.

La supresión del inciso 5° del artículo 54 traerá como consecuencia la reforma a fondo de la legislación sobre ausentes, sea cual fuere el criterio o el sistema que se adopte, pero dejando por bien entendido que en ningún caso habríamos de reincidir en esto que es único de los códigos Argentino y Brasileño, de catalogar como incapaz de incapacidad absoluta a quien no carece de aptitudes para el ejercicio de sus derechos.

He citado en primer término al Código argentino porque fue el primero que instituyó la incapacidad del ausente, adoptando al pie de la letra el texto del artículo 41 del proyecto de Freitas y sin duda, influenciado por la misma fuente, 47 años después hubo de caer en idéntico error el Código del Brasil (artículo 5°, inciso 4° de las disposiciones preliminares). Llama, sin embargo, la atención que, no habiendo coincidido con Freitas los legisladores brasileños en lo relativo a las personas por nacer, ni con el límite para la incapacidad absoluta de los menores, que se eleva a 16 años y en cierto modo, con los dementes y sordomudos, este Código que en algunos aspectos marca rumbos en la legislación mundial, haya considerado como carentes de aptitudes para el ejercicio de sus derechos a sujetos que solo por razones de distancia —no presencia— o despreocupación, han hecho abandono de cosas y bienes y cuya protección es posible sin necesidad de recurrir a extremos que aparecen en contradicción con la realidad o en pugna con principios o construcciones jurídicas que son básicas para determinadas instituciones del derecho civil sobre las que descansan el método y el orden de todo cuerpo de leyes y del que no pueden ser ajenas las normas concretas destinadas a reglar la conducta de los hombres que viven en sociedad.

4. La ausencia en el campo jurídico

Las opiniones citadas (Machado, Llerena, Guastavino y Salvat, etc.) y las decisiones últimas de nuestras más calificados tribunales si tuvieran la fuerza obligatoria de los pronunciamientos de las Cortes de Casación, nos habrían impuesto la necesidad de aceptar que los incapaces del inciso 5° del artículo 54 son los ausentes con presunción de fallecimiento. Todo no obstante los argumentos en contrario que dejo expuestos y que para mí no admiten réplica fundada.

Esa tesis nos colocaría en el trance de tener que confesar que dentro del derecho comparado, el Código Argentino, legislando en materia de ausencia es el más atrasado del mundo, exclusión hecha del de la URSS cuyo artículo 12, única disposición al respecto, está lejos de resolver la cuestión y ni siquiera contempla sus aspectos fundamentales.

El problema de la ausencia en las relaciones jurídicas o frente a los bienes particulares, no es de los que se resuelven con buena voluntad ni esperando que el tiempo haga el milagro. Algunas veces es fulminante, inmediato, impostergradable y capaz de ocasionar graves e irreparables perjuicios. La ausencia, de un día para otro puede presentar caracteres catastróficos y exigir la adopción de medidas urgentes; supóngase la caída de un avión en el Río de la Plata o en el mar, con desaparición de tripulantes y pasajeros, a cuyo bordo viajaba el director gerente de una empresa de ponderable giro económico, o un simple ciudadano ligado por obligaciones múltiples, ya sea como sujeto activo o pasivo. ¿Qué medidas autoriza el Código argentino? Los interesados en la conservación de los bienes y en el regular cumplimiento de las obligaciones a su cargo, ¿tendrán que esperar los tres años que prescribe el artículo 112, o los seis años del artículo 110 de la regla general fuera de esos casos excepcionales? No era eso lo que proyectaba Freitas en los artículos 107 y siguientes, ni lo que dispone el Código de Napoleón en el artículo 112; ni el de Portugal en el artículo 55; ni el de España en el 181, ni en los más recientes de Méjico (artículo 649), Italia (artículo 48 a 73) y especialmente el de Venezuela, donde se contemplan los «no presentes» y los «presuntos ausentes».

Nuestra legislación no consagra normas destinadas a aplicarse durante ese período que va desde el día siguiente a la desaparición hasta el vencimiento de los tres o seis años de los artículos 112 y 110 del Código. La presunción de fallecimiento que puede ser hasta inmediata o simultánea con la ausencia por motivos explicables, es, pese a todo, un fenómeno, de interés posterior al que origina la ausencia cuya necesidad de encarar suele ser apremiante.

Ese período de abandono de derechos y cosas no ha merecido ninguna clase de protección en el Código y no andaban mal encaminados los que sostenían que la incapacidad del inciso 5° del artículo 54 debía referir a ese período y no al que configura la ausencia con presunción de fallecimiento, pero es de advertir que esa tesis no tenía más fundamento que el buen deseo de atribuir a alguien esa incapacidad que dentro del Código no tiene destinatario. Y digo que no tiene destinatario porque la falta de aptitud en el sujeto para el ejercicio del derecho no es inseparable o característica del ausente por el solo hecho de permanecer alejado de su centro de acción y, como nuestros juristas no encontraban dentro del Código protección para esos estados de cosas, tal vez han creído que a ellos estaba encaminada la incapacidad del inciso 5° del artículo 54, sin reparar que el texto legal no le consagra ninguna regla para conseguirlo como lo hace para con los dementes o sordomudos.

La Comisión redactora del proyecto que se encuentra a estudio del Congreso a pesar de insistir en el artículo 23 en el mantenimiento de dos grupos de incapaces que no son tales: «personas por nacer y ausentes declarados en juicios» se ha hecho cargo de esa deficiencia de nuestra legislación civil y en los artículos 59 a 64 dedica reglas que permitirán proteger los derechos y bienes del ausente con la debida premura, *aun conocido el actual paradero de aquel*. Estas medidas, muy propias del orden jurídico, muy razonables desde el punto de vista de la economía nacional, no representan ni significan para la persona alejada de su domicilio un despojo o declaración de caducidad de sus aptitudes para el natural ejercicio de sus derechos, como ocurre con los dementes que pasan de un extremo a otro —de la capacidad a la incapacidad— y en tal inteligencia, creo que es llegada la hora de abandonar esa creación del Dr. Freitas y adoptada sin ningún provecho ni motivo, solo por dos Códigos en el mundo: el nuestro y el del Brasil.

Por último, no olvidemos que la humanidad ya no vive frente al misterio de mares inexplorados, ni separan a los pueblos distancias inalcanzables. En esta época de la radiotelefonía y la navegación aérea, el hombre tiene, por decirlo así, el contralor de todos los acontecimientos que ocurren en el globo terráqueo y los plazos o términos de la mayoría de los Códigos —incluso el proyecto— no tiene razón de ser, sea que adopten el sistema de la simple declaración de ausencia, o de la ausencia con presunción de fallecimiento, o la posición intermedia o mixta. En un breve espacio es posible verificar, en la actualidad si perecieron o no —aun cuando no se rescaten los cadáveres— los pasajeros y tripulantes de cualquier buque que naufragase o avión que se accidente en el Mar Báltico o en el Mediterráneo o en los mares fuera de Europa, como distingue el Código Alemán. Tampoco interesa si el ausente habría cumplido 70, 90 o 100 años como exigen otros o si ya tenía más de 31. La evidencia del perecimiento no necesita más de 30 días para su comprobación total. Esto nos está diciendo que para proteger cosas y derechos no se precisan creaciones jurídicas complicadas, ni mucho menos de lento y pesado movimiento y, pasando al otro aspecto, o a la posible causa de la ausencia: el fallecimiento presunto, los plazos que todavía se exigen en el derecho comparado, sin que se pueda citar una sola excepción, carecen de razón de ser y no están a tono con las transformaciones económicas de la época, que exigen rapidez y facilidades en las relaciones jurídicas, ni con los medios de comunicación, ni con el conocimiento y dominio del mundo por el hombre.

Finalmente y como síntesis, podemos decir o repetir: Que así como en las ciencias médicas se sostiene que no existen enfermedades sino enfermos; en derecho podemos afirmar que la incapacidad es la excepción y la capacidad la regla, de donde se infiere que las incapacidades de hecho (falta de aptitud para el ejercicio) deben referir necesariamente a la persona física desde el punto de vista funcional, por lo que al ausente no le alcanzarían los fundamentos que determinan los cuatros primeros incisos del artículo 54, en donde la evidente falta de voluntad o impedimento para manifestarla, coloca a los sujetos fuera de toda posibilidad de actuar por sí y comprometer válidamente el patrimonio y la libertad.

Precisamente se diferencian fundamentalmente de estas, las incapacidades de derecho, en las que no juega para nada la aptitud personal de obrar y todo se reduce a reglas emanadas del legislador por motivos éticos o de organización jurídicas que inciden sobre el no goce de algunos derechos en forma similar, pero reducidas a la mínima expresión y con distintas miras, a las de instituciones definitivamente abolidas, como la muerte civil y la esclavitud, en las que la incapacidad le era impuesta al individuo sin tener en cuenta sus condiciones para el ejercicio del derecho, en otros términos, el aspecto funcional. Es por todo esto que podemos afirmar que la ausencia origina necesidades de otro orden y *reclamar normas protectoras de bienes pero no de personas* que es lo fundamental en materia de incapaces.