

UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA
FACULTAD DE DERECHO

BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

45594
45595

LA PORCIÓN CONYUGAL

TÈSIS

INVENTARIO
1954

Presentada para optar al grado de doctor en Jurisprudencia

POR



JOSÉ PASTOR



MONTEVIDEO

Imprenta á vapor de LA NACIÓN, 25 de Mayo 146 al 154
1893

Este libro queda depositado a todo valor.

ALOGADO 20 06

1

TEMA

Porción conyugal. Cuestiones á que da lugar, entre otras las siguientes; a) Quedando del matrimonio hijos sujetos á la patria potestad, el usufructo que sobre los bienes que estos heredados corresponde al sobreviviente: ¿deberá tenerse en cuenta para disminuir su porción conyugal, de acuerdo con los artículos 838 y siguientes del Código Civil? — b. ¿Pueden los herederos forzosos de la mujer exigir la compensación de lo que el marido debe recibir por porción conyugal con lo que el debe, por haberse enajenado durante el matrimonio bienes propios de la mujer? — c. Habiendo un solo hijo ¿será mayor que la cuarta parte la porción conyugal del esposo sobreviviente? — Artículos 836 á 845 del Código Civil.

876
874 a 883

UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CLAUSTRO DE LA FACULTAD

RECTOR :

Doctor Don Pablo De-Maria

DECANO :

Doctor don Eduardo Brito del Pino

CATEDRÁTICOS :

Filosofía del Derecho	Dr. D.	Federico Acosta y Lara
Derecho Romano	" "	Luis Fincero del Campo
Derecho Civil	" "	Juan Pedro Castro
" "	" "	Serapio del Castillo
Derecho Comercial	" "	Eduardo Vargas
Derecho Constitucional	" "	Justino J. de Aréchaga
Derecho Penal	" "	Martin C. Martinez
Derecho Internacional Privado	" "	Gonzalo Ramirez
Economía Política	" "	Eduardo Acevedo
Finanzas	" "	Carlos M. de Pena
Procedimientos judiciales 1er año	" "	Pablo De-Maria
" " 2o año	" "	Eduardo Brito del Pino
Derecho Internacional Público	" "	Antonio M. Rodriguez
Derecho Administrativo	" "	Carlos M. de Pena
Práctica Forense	" "	Alfredo Vázquez Acevedo
Medicina Legal	" "	Elias Regules

SECRETARIO :

Dóctor don Enrique Azarola

FABRINO DE TRISTE
SEÑOR MINISTRO DE GOBIERNO
A MIS PADRES
Don Francisco Barba
A mi tío José Montes
FABRINO DE GRADO
Doctor don Francisco Luis

A MIS PADRES

À mi tío, Pbro. José Montes
estoy en el mundo de mi padre
estoy en el mundo de mi padre

Antes de entrar á estudiar particularmente las disposiciones de nuestro Código sobre la cuestión que motiva esta tesis, creo oportuno historiar, aún cuando no sea sino á grandes rasgos, todas las evoluciones que ha sufrido á través del tiempo el derecho del cónyuge sobreviviente.

Pocas instituciones del derecho civil han sufrido tantas modificaciones y transformaciones como la cuestión que debatimos; á tal punto, que al comparar las disposiciones de nuestro Código con las legislaciones pasadas, podría creérsela una institución nueva con caracteres especiales, desnuda de todo antiguo ropaje, como si su existencia en la legislación de los pueblos datara de no lejana fecha.

Mas, si prescindiendo de las peculiaridades propias de nuestro Código y de algún otro como el chileno, estudiamos el fundamento en que descansa la porción conyugal, encontraremos en esta, como en casi todas las cuestiones, el vínculo que la une á disposiciones antiguas y sólo transformadas, al llegar á nosotros, por el transcurso del tiempo, por nuevas necesidades, por un nuevo concepto del derecho del cónyuge, y en fin por todas las ideas que actúan tan distintamente en el sentir y pensar de los pueblos al pasar de unas épocas á otras.

8924

14 FEB. 2006

Como veremos en el transcurso de este pequeño trabajo, la institución de la porción conyugal ha obtenido en nuestro Código modificaciones especiales que a su vez han dado lugar entre los juriconsultos á discusiones que sólo pueden producirse dentro de las disposiciones de nuestra propia legislación.

Para resolver todas estas cuestiones, como para poder hallar el verdadero sentido de nuestra ley común y el espíritu que la anima, creemos necesario exponer en breves palabras los derechos del cónyuge sobreviviente, supárstite, ó del viudo ó viuda, como otros códigos le llaman, en las viejas legislaciones.

LEGISLACIÓN ROMANA

Si nos remontamos á los primeros tiempos de la legislación romana y bajo el imperio de la ley decemviral, nos encontramos con diferencias radicales respecto al derecho del cónyuge sobreviviente, según fuese éste el marido ó la mujer. El primero no tenía derecho alguno en la sucesión de su esposa, quizás porque no sufriera su dignidad; y en cuanto á la mujer, su situación era diversa según lo fueran las solemnidades con que hubiera rodeado el matrimonio.

Así, la mujer que hubiese contraído matrimonio solemne caía en la manus del marido, y como tal loco filiae habebatur.

De ahí las consecuencias siguientes: en primer lugar, el marido adquiría por el ministerio de la ley, ipso jure, todos los bienes aportados por la mujer; ésta á su vez por ser loco filiae del marido, tenía derecho á ser llamada en primera línea entre los herederos (heredes sui) en la sucesión intestada del marido.

Pero en la legislación romana no existía solamente esta forma de contraer matrimonio; también había sin in manum conventio; y en este caso la mujer que ya era sui juris antes del matrimonio, permanecía

también libre después de la celebración de éste, lo mismo en todo aquello que se refería á su persona, como en lo que se relacionaba con sus bienes; y la que no era *sui juris*, quedaba sujeta á la potestad del jefe de familia—*pater familiae*. "Extraña en un todo á la familia del marido, permanecía también extraña á su sucesión."

Con el andar del tiempo las formas consideradas por la ley decemviral como solemnes cayeron en desuso, como también los efectos que producía la *in manum conventio*; con lo cual la mujer perdía todos los derechos á la sucesión de su marido, quedando en una situación tristísima en el caso de no tener bienes de su propia familia.

Si sucedía esto último, es decir, si la mujer contaba con bienes, su situación podía ser desahogada y ocupar el mismo rango que tenía en vida de su esposo; pero podía suceder lo contrario, esto es que la cónyuge sobreviviente careciese de bienes, en cuyo caso no contaría con recursos para vivir.

Esta angustiosa situación del cónyuge sobrevivientes, en pugna con los verdaderos principios de justicia, dió origen á graves cuestiones, que indujeron al Pretor á solucionarlas, confiriéndole al cónyuge la *bonorum possessio*, á falta de otros parientes que la hubiesen pedido y obtenido, por el célebre edicto *Unde vir et uxor*.

Se comprende que este derecho del Pretor solo podía ejercerlo el cónyuge supérstite unido en matri-

monio válido: el concubinato no dió á ninguno de los cónyuges derecho á ampararse del edicto del Pretor.

El divorcio también hacía perder á cualquiera de los cónyuges este mismo derecho, ya fuese ocasionado por la culpabilidad de uno de ellos, ó ya se realizara por el simple consentimiento.

¿En qué consistía esa acción nacida del edicto del Pretor? Por lo pronto podemos definir la *bonorum possessio*, como la sucesión deferida en virtud del edicto del Pretor: y los que eran llamados á ella tomaban el nombre de *bonorum possessores* (Namur).

El origen de estos edictos se explica en la rigurosidad del antiguo derecho civil, exclusivo y muy frecuentemente reñido con las reglas de la equidad. El sistema de la sucesión de la ley de las XII tablas, fundado únicamente en la vieja organización de la familia romana, daba lugar á grandes injusticias. El progreso de la civilización, y con él el cambio de costumbres, hizo sentir la necesidad de una gran reforma; y de ahí los edictos del Pretor, que vinieron á ser los encargados de suplir lo que faltaba, y muy especialmente de corregir, con la autoridad de la ley, lo que ya las costumbres habían rechazado.

En estricto derecho, los llamados á heredar por los edictos del Pretor no se hallaban en las mismas condiciones que aquellos á quienes la ley civil reconocía como herederos.

La *bonorum possessio* se diferenciaba de la herencia, *hereditas*, en que aquélla se derivaba de un derecho

que podríamos llamar honorario ú honorífico; en cambio ésta provenía del derecho civil. En cuanto á la adquisición, la *bonorum* creada por el Pretor no se adquiría de pleno derecho, y antiguamente era necesario pedirla al magistrado; requisito modificado más tarde en una simple declaración judicial hecha por el *possesor*, en la que expresaba su deseo de adquirir. — La herencia, al contrario de la *bonorum*, se obtenía de pleno derecho. Y por último, el *possesor* no adquiría la propiedad completa ó *quiritaria* sino por medio de la *usucapión*.

Estas diferencias desaparecieron con el tiempo, y el *bonorum possessor*, que no era heredero propiamente dicho, se fué asimilando á éste; de tal modo, que la diferencia en cuanto á sus efectos, era más nominal que real. (Namur.)

Tal era la naturaleza del derecho creado por el Pretor.

Las ventajas que el cónyuge sobreviviente reportaba del edicto *Unde vir et uxor* eran muy importantes al principio, pues llegaba en ciertas sucesiones á ocupar el quinto y hasta el cuarto lugar en el orden de llamamiento. Pero el tiempo hizo ilusorio semejante derecho, en cuanto “aboliendo el limite de grados en la sucesión intestada entre colaterales, sólo á falta de los cuales era llamado á suceder el cónyuge supérstite”, se presentaba muy raro el caso, si no imposible, en que pudiese valerse del beneficio otorgado por el edicto, pues sólo podía heredar antes que el Fisco.

Llega Justiniano, reconoce esta anómala situación, y “esclavo coronado de su mujer Teodora, quiso mostrarse dentro de ciertos límites, complaciente y galante con el bello sexo” concediendo por la Novela 117 á la viuda pobre é indotada derechos á la sucesión de su marido, más ó menos importantes, según tuviera ó no hijos. Así, tenía derecho al usufructo de la cuarta parte de los bienes del marido, si los hijos eran tres ó menos; y si éstos fuesen cuatro ó más, el usufructo se reducía á una parte viril, ó igual á lo que cada hijo heredaba; faltando descendientes, la viuda sucedía en la propiedad de la cuarta parte del patrimonio, aún cuando quedasen ascendientes y hermanos del cónyuge premuerto.

Este derecho es conocido con el nombre de *cuarta uxoria*; y como se ve, el cónyuge favorecido, la viuda, necesitaba ser evidentemente pobre para gozar de ese beneficio.

La reforma Justiniana no llegó en su generosidad á tener efectos en favor del viudo, aún cuando fuera realmente pobre; pues si bien parece que por la Novela 53 se le concedía un beneficio idéntico al de la viuda, esa Novela fué derogada muy pronto por la ya citada 117. No le quedaba otro derecho que el que le reconocía el edicto *Unde vir et uxor* del Pretor, que por cierto se hizo bastante ilusorio, como lo hemos explicado más arriba.

Algunos escritores agregan que en la misma Novela se estableció que el derecho de la viuda sobre los

a) *cuarta de*
b) *Justiniano*
c)

bienes del marido, *la cuarta uxoria*, nunca podría exceder de 100 libras de oro.

El Emperador León, por la Constitución 22, vino á mejorar la condición de la viuda, y muy especialmente la del viudo; y completando así la legislación sobre este punto, ordenó que el viudo ó viuda con hijos, que no vuelvan á contraer matrimonio, hereden con ellos al cónyuge difunto en una parte igual y en propiedad.

En medio de todas estas vicisitudes por qué pasó el derecho del cónyuge sobreviviente, no podemos menos de reconocer que la legislación romana se preocupó de la situación de la viuda pobre, llegando en sus últimos tiempos á concederle una parte considerable del patrimonio de su marido. Legislaciones modernas no conceden á la viuda mayores beneficios que las leyes romanas, á pesar del tiempo transcurrido y del elevado concepto que hoy se tiene del papel que desempeña en el hogar. No podemos decir otro tanto de esa misma legislación en lo que atañe al viudo; sólo en los últimos tiempos se acordaron los romanos de que aquél podía quedar en la indigencia, mientras que sus hijos gozaran de un gran patrimonio.

LEGISLACIÓN GERMANA

Si de la legislación del pueblo romano pasamos á la de los germanos, vemos que no olvidaron la situación en que podía quedar el cónyuge supérstite, si bien el beneficio que acordaron no se extendió sino á la viuda. Sin embargo alguien sostiene que el viudo podía obtener ciertos beneficios.

Los godos, á pesar de su galantería con las damas, se mostraron en materia de sucesión más parcós y circunspectos que los romanos (según nos enseña Goyena), pues adoptaron el edicto del Pretor — *Unde vir et uxor*. — (ley II — título 2 — libro 4 — del Fuero Juzgo.) — Por la ley 15 se disponía que la madre viuda percibiría solamente en usufructo una parte igual á cada uno de sus hijos; pero con la pena, en caso de pasar á segundas nupcias, de perder ese mismo derecho.

Goyena afirma que el motivo por qué los godos no favorecieron con mayor caudal de bienes á la viuda, debió ser la circunstancia de que no podía efectuarse ningún matrimonio sin llevar dote la mujer, la que debía ser constituida por el novio ó por el padre de éste.

Laboulaye enseña que esta dote tenía los caracteres

8924

14 FEB. 2006

de una donación y era conocida con el nombre de *dos*. Mientras duraba el matrimonio la mujer no tenía ningún derecho sobre la *dos*, porque los bienes de ésta y los del marido formaban una sola masa, sobre la que éste último tenía un derecho absoluto. Al disolverse la sociedad conyugal con la muerte del marido, la mujer adquiría entonces la plena propiedad de la *dos*. Una diferencia establecían según que la *dos* se compusiera de bienes muebles ó inmuebles; en el primer caso, la mujer podía trasmitirla á sus herederos cualesquiera que fuesen; en el segundo caso, solo podía trasmitirla á sus hijos, y á falta de éstos la *dos* volvía á los herederos del marido.

Los visigodos daban á la mujer un derecho que tenía los caracteres de la *dos* y se conocía con el nombre de *arras*. Esta donación nunca podía exceder de la décima parte de los bienes del marido.—La viuda se hacía propietaria de las *arras* en el caso de no tener hijos y podía disponer de ellas por testamento; pero no haciéndolo pertenecían á los herederos del marido.

Otros pueblos germanos concedían á la viuda el mismo derecho en los bienes del marido que á cada uno de sus hijos, llegando los anglo sajones á conceder á la mujer que tenía hijos la mitad de la fortuna del marido.

Por lo expuesto se ve que los pueblos germanos no se olvidaron de procurar un bienestar á la viuda; pero no resulta probado que se mostraran tan generosos con el viudo. Quizás la razón de esta diferencia se halle

en las mismas costumbres de esa época y en el sentir y pensar de esos pueblos. El marido, jefe y señor de la familia, no podría recibir sin mengua de su decoro, una parte de los bienes de su mujer. Además el orgullo y la altivez de esos pueblos se oponía á que el hombre recibiera para su subsistencia una parte del patrimonio de su mujer, desde que el fundamento principal para conceder ese derecho lo basaban en la simple necesidad material.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La legislación española aceptó en el fondo la fórmula romana, modificándola, en cuanto establecía un derecho más ó menos importante en la herencia del marido según que hubiera ó no hijos. Concedió á la viuda pobre é indotada una parte fija en los bienes del esposo, y la llamó cuarta marital. Así lo demuestra la ley 7 título 13 Partida 6.^a que dice: la viuda pobre é indotada sucede al marido (magüer haya hijos) en la plena propiedad de la cuarta parte de los bienes sin que ésta pueda exceder del valor de 100 libras de oro. Esta cantidad equivalía, según unos á 102.705 reales y 30 maravedís, y otros la hacían ascender á 121.976.16 maravedís vellón.

Por lo pronto podríamos observar que se exigía la calidad de ser pobre para optar al beneficio de la cuarta, circunstancia que no tenía en cuenta el Fuero Juzgo; pues éste no se fijó en si la viuda era rica ó pobre para concederle derecho á la sucesión de su marido. Esta distinción de si la viuda tenía ó no bienes además de "parecer humillante daba en todos los casos lugar á pleitos escandalosos y hacía en muchos ilusorio ese beneficio."

El carácter que la ley de Partidas daba á la viuda no era de heredera, sino de acreedora del marido, y así se consideraba la cuarta como “ una deuda legal á cuyo pago están sujetos todos los bienes del difunto. ”

Este beneficio de la viuda sufría grandísimas modificaciones por las leyes especiales que regían en ciertas provincias, llamadas “fueros”, y que colocaban á la viuda en triste situación, como sucedía en Castilla.

En Cataluña, por uno de sus *Usages*: “ la viuda que vivía honesta y castamente, hacia suyos los frutos de los bienes del marido, con la obligación de alimentar á los hijos; más tarde se permitió á la viuda poseer los bienes del marido, y que en todo el año del luto se le provea de ellos con todas las cosas necesarias á su vida; pasado el año haga suyos los frutos hasta que sea enteramente satisfecha de su dote y esponsalicios. Sin embargo, en ciertos casos, se le concedía á la viuda pobre un beneficio idéntico al que la reconocía el Derecho Romano. ”

En Vizcaya, provincia con fuero propio, había la ley 1, título 20, por la que, disuelto un matrimonio con hijos, todos los bienes inmuebles ó muebles de ambos cónyuges siguen en comunidad entre el sobreviviente y los hijos. Pero en caso que no hubiera descendientes, el cónyuge que aportó bienes raíces, los recobra y vuelven á su tronco. Con respecto á los muebles de cualquier clase que sean cada uno lleva

los suyos con la mitad de mejoras y ganancias. Es de advertir que este fuero especial solo regía en las tierras de infanzonado ó en las ante-iglesias; en las villas rigen las leyes generales del reino, tanto en materia de sociedad conyugal, como en la de sucesiones (Goyena).

En Aragón el viudo ó viuda tiene por los fueros el usufructo de todos los bienes de su difunto consorte. El mismo derecho tenía el cónyuge sobreviviente en Navarra.

Como vemos por lo expuesto, el marido no tenía ningún derecho en la sucesión de la que fue compañera en el hogar, si exceptuamos algunas provincias, que por su fuero especial le reconocían algún beneficio. Primaban todavía las falsas ideas respecto al fundamento de este derecho, pues solo lo tomaban como un medio de satisfacer las necesidades materiales del cónyuge. Y aún cuando es cierto, en la generalidad de los casos, que la viuda se hallaba y se halla en peores condiciones que el viudo para encontrar los medios de subsistencia, es verdad también que era algo indigno que el padre se viera en la necesidad de demandar alimentos á sus hijos.

Goyena protesta contra esa falta de igualdad en la ley, diciendo: “que no debían prestar su atención á la necesidad material y en un solo caso, pues debían regirse por consideraciones de un orden superior y de mayor nobleza, tales como la dignidad é indisolubilidad del matrimonio, y el grande interés social en promoverlo y recompensarlo.”

Sin embargo, parece que no todos los escritores están conformes en negar al viudo derechos á la sucesión de su mujer; pues si bien Goyena afirma que el marido á nada tiene derecho, Escriche, dice: "según algunos " expositores compete la cuarta también al viudo pobre; " pero no parece que esta opinion haya sido adoptada " en la práctica."

De todo lo expuesto podemos afirmar, que la viuda tenía en la generalidad de los casos la cuarta parte de los bienes del marido. Pero para gozar de ese beneficio, la viuda estaba en la estricta obligación de no volver á contraer nuevo matrimonio. Y si faltase á esta disposición de la ley, perdía todo lo que hubiera adquirido del cónyuge premuerto, á cualquier título, y ya fuera por testamento ó *ab intestato*, como también lo que hubiera heredado de alguno de los hijos.

Estos bienes que la viuda adquiría se llamaban bienes reservables ó sujetos á reserva. Así lo explicaban las leyes 1, título 2, libro 3.º del Fuero Real—ley 14 de Toro y ley 26 tít. 13 partida 5.

¿Cuál era el fundamento de este derecho de reserva? Nosotros lo encontramos en estas palabras de Goyena, que reasumen todo lo que en favor de ese derecho se alegaba: Los segundos matrimonios han parecido por punto general poco loables; los legisladores los han considerado siempre como funestos á los hijos que pasaron ya por la desgracia de perder á su padre ó madre.

"El extremado amor de las mujeres por sus segundos maridos, la autoridad y ascendiente natural de éstos

también el ascendiente
sobre aquéllas, el no menos peligroso é irresistible, aunque más cubierto, de los halagos de la madrastra, han dado por una triste y constante experiencia resultados muy amargos para los desdichados hijos de los primeros matrimonios.

"El legislador ha debido venir en socorro de los desamparados y postergados; y este es el fin de la reserva: sin esto los bienes familiares pasarían siempre á los hermanastros, y aún al padrastro ó madrastra, según la mayor ó menor latitud de disponer.

b) "Por otra parte, el segundo matrimonio envuelve cierta injusticia y olvido del cónyuge premuerto; lo donado ó dejado por éste debe presumirse que lo fué con la tácita condición de no repetir matrimonio, ó por lo menos de que, repitiéndolo, hubiera de reservarse para los hijos del donador ó testador, porque lo natural y razonable es que cada uno prefiera su propia sangre á la ajena, y mucho más cuando ésta procede de un tálamo ultrajado."

Tales eran las ideas que predominaban en las leyes, y que daban base al derecho de reserva.

Este derecho de reserva cesaba y la viuda podía por lo tanto disponer libremente de los bienes que la cuarta le concedía, aún cuando contrajera nuevas nupcias, en los siguientes casos:

1.º Cuando el cónyuge difunto hubiere dado libertad al sobreviviente para volverse á casar; pues entonces, se decía, no había olvido ni injuria á la memoria del primer marido.

2.º Cuando los hijos, á quienes volvían los bienes reservados, daban su consentimiento para el nuevo enlace; porque, por esa conformidad, se suponía que renunciaban al derecho que tenían á los bienes.

3.º Cuando á la muerte del cónyuge sobreviviente no existieran hijos del primer matrimonio ni descendientes de los mismos, con la muerte de éstos volvía á adquirir la propiedad.

Exceptuando estos casos que hemos enumerado, la viuda que se hubiera vuelto á casar solo gozaba del usufructo de los mismos bienes, que antes del segundo matrimonio tenía en propiedad.

De este derecho de reserva se deducían las siguientes consecuencias: la viuda no podía enajenar ningún bien reservable, desde el día de la celebración del segundo matrimonio; y si lo hacía, era nula la enajenación.

Esa nulidad no podía pedirse durante la vida del cónyuge, y solo á su muerte, los hijos del primer matrimonio tenían derecho á solicitar la revocación de las enajenaciones.

La ley también tenía presente el caso de que la viuda, por necesidad ó por burlarse de la ley, vendiera los bienes reservables, antes de contraer el segundo matrimonio; los hijos, que tenían derecho á esos bienes, quedaban en cierto modo garantidos; porque aún cuando esas ventas eran válidas, podían ir contra los bienes propios del enajenante, en virtud de un derecho de hipoteca que sobre estos últimos tenían, según lo demuestra la ley 26 título 13.

Tal era con ligeras modificaciones la antigua legislación española, respecto al derecho del cónyuge sobreviviente.

Tres rasgos distintivos podemos notar:

1.º Reconocimiento á la viuda de un derecho en el patrimonio de su marido, siempre que fuese pobre é indotada.

2.º Determinar ese derecho en la cuarta parte en propiedad, admitiendo varias circunstancias que transformaban esa propiedad en un usufructo bastante largo, lo que es un mal económico.

3.º Desconocimiento casi en absoluto del derecho del marido viudo en la sucesión de su mujer.

cuarta parte

Ilizuridiga



LEGISLACIÓN FRANCESA

En Francia existían dos legislaciones diversas, que han llegado hasta nosotros, con el nombre de derecho escrito y consuetudinario. Las dos legislaciones no olvidaron la situación en que podía quedar uno de los cónyuges, la mujer, al fallecimiento de su esposo; y por diferentes disposiciones le acordaron derechos en la sucesión de éste.

En las provincias de derecho escrito predominó la legislación romana, y se aceptó con ligeras modificaciones la fórmula de Justiniano.

La porción de la viuda se conocía, en el derecho escrito, con el nombre de "quarte de conjoint pauvre" y y la definían diciendo: que era la porción que el cónyuge sobreviviente puede pedir en ciertos casos, á la sucesión del cónyuge premuerto.

Fijándonos solamente en los términos de la definición, parece que este derecho fuera acordado tanto al viudo como á la viuda, y así lo entendían algunos autores; fundándose en que la Novela 117 de Justiniano no había derogado la 53, que reconocía este derecho á cualquiera de los cónyuges; pero Lebrun y otros jurisconsultos afirmaban lo contrario, diciendo entre otras cosas que la Naturaleza ha dado el hom-

bre muchos más medios de ganar la vida que á la mujer.

Salvo raros casos, los jurisconsultos de la época, pagando tributo á las ideas que entonces dominaban, solo reconocieron á la mujer el derecho de pedir la cuarta, como se desprende de estas palabras: “ Con-
“ vendría que la que ha llevado con dignidad el
“ nombre y la calidad de esposa, durante la vida de
“ su marido, que ha compartido su estado y parti-
“ cipado de sus ventajas, caiga de golpe en una ver-
“ gonzosa pobreza, por no haber aportado más bienes que
“ sus méritos y virtudes? Un hombre que se casa con
“ una mujer cuya indigencia conoce y no teniendo en
“ cuenta sino las cualidades personales, no contrae la obli-
“ gación de proveer para siempre á su subsistencia? ¿Qué
“ son los que un lazo tan santo ha unido, en una unión tan
“ perfecta, que son más que una misma carne, una misma
“ fortuna y hasta un mismo nombre? Si, durante la vida,
“ el marido rompe esta armonía rehusando á la mujer
“ su manutención, todos los tribunales se levantarían
“ para concedérsela. ¡La muerte del marido será, pues
“ la razón que reducirá á esta mujer al triste estado
“ de la miseria! Porque el cielo le ha arrebatado el
“ que era su apoyo y su alegría. los hombres
“ la despojarán de todos los otros bienes y añadirán
“ á una condición desgraciada la extrema pobreza,
“ más dura y más odiosa en este caso que la muer-
“ te? Relativamente, merece más lástima en tal estado
“ de viudez que un criado, que halla al menos en su

“ ahorro un recurso después de la muerte de sus
“ amos. “

Estas consideraciones reflejan bien claramente las ideas que predominaban en favor del derecho de la viuda; pero no se halla ni una palabra ni una razón en favor del viudo.

El derecho escrito no exigía que la mujer quedara, al disolverse el matrimonio, absolutamente pobre; bastaba que no tuviera lo suficiente para vivir según su estado ó clase. Así, se cita el caso de la viuda de un magistrado que se presentó pidiendo la cuarta; los herederos del marido se opusieron alegando que ella había recibido una dote, y por lo tanto no se hallaba en la indigencia. Los tribunales, á pesar de esa oposición, accedieron á la pretensión de la demandante, diciendo que la cuantía de esa dote no alcanzaba para su subsistencia, atendiendo á la posición del marido y al rango que ella había tenido viviendo con él.

Sin embargo, en el caso que el padre de la viuda fuera rico, se negaba á ésta el derecho de la cuarta, porque entonces el padre estaba obligado á dotarla.

Si del derecho escrito pasamos al derecho consuetudinario, encontraremos que las costumbres acordaron también á la viuda, en la sucesión de su esposo, un derecho denominado *le Douaire*. Algunos escritores han traducido esta expresión por Donación.)

El origen del *Douaire* lo hallamos en las leyes de los pueblos germanos: es una transformación de la dote, que recibía la mujer germana al celebrar el matrimonio.

Las *costumbres* la aceptaron de tal modo, que el sacerdote al bendecir la unión, le obligaba á pronunciar al marido estas palabras: "*Du Douaire qui'est divise entre mes amis et le tiens te doue.*"

Y esta protección á la mujer la hallamos en el respeto que los pueblos del Norte la tenían, que llegaba á un culto.

¿En qué consistía el *Douaire*? En términos generales, podemos decir: que era el derecho que se le acordaba á la mujer en los bienes de su marido, en calidad de alimentos, en caso que le sobreviviera.—(*Pothier*). Dos clases de *Douaire* se conocía, el convencional y el legal.

I. El convencional se contrataba en el momento de la celebración del matrimonio; pero la mujer no adquiría ningún derecho en él hasta la muerte de su marido. Por esta convención el marido podía dejar á la mujer una gran parte de su patrimonio, pues no estaba limitado su derecho. Sin embargo, cuando era un viudo el que celebraba la convención, y tenía hijos, no podía excederse de lo que las *costumbres* concedían como máximo á la mujer; y si lo hacía era reducible en el exceso, en favor de los hijos.

Todos los bienes que la mujer adquiría por su *Douaire*, ya fuese en propiedad ó en usufructo, estaban garantidos de evicción por la sucesión de su marido.

II. En defecto de convención, el derecho consuetudinario acordaba á la mujer el usufructo de la mitad de todos los bienes que tenía el marido en el momento de la celebración del matrimonio, y de todos los que adquiriera de sus padres ú otros ascendientes (*Pothier*).

Como vemos, la mujer podía llegar á gozar del usufructo de la mitad de los bienes que el marido tenía antes del matrimonio. Y de tal modo le reconocían ese derecho, que si en el intermedio de firmar el contrato nupcial y celebrarse el matrimonio, el marido vendía algún bien, éste siempre quedaba sujeto al beneficio acordado á la viuda; pues se decía, que no se podía cambiar las condiciones ni disminuir las esperanzas de la futura esposa. Por el contrario, ningún bien adquirido en ese mismo tiempo quedaba sujeto al *Douaire*, porque ese bien no había entrado en las capitulaciones matrimoniales. Y este derecho del *Douaire* subsistía siempre, aún cuando el marido por cualquier circunstancia se viera en la necesidad de vender ó permutar cualquiera de los bienes, que al celebrarse el matrimonio quedaban gravados. Si al casarse poseía una casa y después la vendía, el importe de la venta quedaba sujeto al *Douaire*.

En virtud de este derecho como hemos expresado, la mujer adquiría un usufructo amplio, que podía gozarlo en común con los herederos de su marido, ó separadamente, según permanecieran los bienes en común ó se hiciera la partición. Como á toda usufructuaria, las *costumbres* imponían á la viuda la obli-

gación de dar caución, y sobre ella pesaban todas las cargas ó impuestos que por razón de esos bienes hubiese que pagar. Y si le negaban ese derecho podía perseguirlo, no sólo contra los herederos del marido, sino también contra terceros tenedores. Llamaban á esta acción, *acción confesoire*.

El derecho consuetudinario tenía presentes los casos en que por su conducta la viuda se hacía indigna de gozar del beneficio del *Douaire*. — Perdía ese derecho :

1.º Cuando era condenada por adulterio, salvo que el marido la perdonara. Pero sólo éste podía acusar á la mujer de tal falta.

2.º Cuando abandonaba al marido.

Además de estos casos de indignidad, *le Douaire* se perdía por la remisión que la viuda hacía de su derecho y por la prescripción de 30 años.

Tal era la antigua legislación francesa. Viene luego el código de Napoleón, y por una "lijereza ó ignorancia inexplicable" se olvidaron los autores del código de la situación del cónyuge sobreviviente.

Treillard dijo al tratar esta cuestión, que por el artículo 754 se acordaba un beneficio de usufructo al viudo ó viuda; pero fué un error lamentable esa cita, pues sólo habla de la madre, que hereda el usufructo de la tercera parte de bienes que vuelvan de la línea colateral.

Han querido más tarde justificar el olvido del Código, diciendo: "que el cónyuge sobreviviente, sea cual fuere el lazo que lo unía al difunto, siempre pertenecía á una familia extraña." Si tan apegados quisieron mostrarse á la tradición para no concederle un derecho de propiedad, al menos no le negaran el usufructo en una parte del patrimonio del otro cónyuge.

También han agregado: que efectuando el matrimonio bajo el régimen de la comunidad, la mujer adquiere generalmente la mitad de la fortuna mobiliaria de su marido. Pero, á esto contesta Laurent: "los esposos pueden casarse bajo otro régimen y, además, la fortuna del marido puede ser toda compuesta de bienes inmuebles."

Sólo el artículo 767 habla en favor del cónyuge supérstite:

"Si el difunto no deja parientes en grado hábil de suceder, ni hijos naturales, tendrá derecho á los bienes constitutivos de su herencia el cónyuge que sobrevive." Basta leer este artículo para comprender que será muy raro el caso en que sea llamado á heredar el viudo ú viuda.



LEGISLACIÓN ORIENTAL

Nuestro legislador al reglamentar las sucesiones no pudo menos de tener en cuenta la nueva situación en que vendría á quedar el cónyuge sobreviviente, al disolverse la sociedad legal.

Estudiando las legislaciones de otros países, halló que unos lo consideraban como heredero forzoso y le asignaban una parte del patrimonio á título de legítima; otros creaban una institución especial para garantizar al viudo ó viuda su situación futura, dándoles derechos que los diferenciaban de los herederos.

En medio de esa diversidad nuestro Código adoptó un sistema que podemos llamar mixto. En las sucesiones testadas, no consideró al cónyuge como un legítimario, sino que le dotó con una asignación forzosa y especial, á la que llamó porción conyugal; y en las intestadas, además de ese derecho, lo colocó entre los que podrían ser llamados á heredar en el caso que no hubiera descendientes legítimos.

Para tener derecho á la porción conyugal el viudo ó viuda necesita hallarse en ciertas y determinadas condiciones que estudiaremos más adelante.

En cuanto al grado ó lugar de colocación es diverso,

según quienes sean los llamados á percibir el haber hereditario. Así, en concurrencia con los ascendientes y los hijos naturales, tendrá derecho, á título de heredero, á una quinta parte del patrimonio hereditario, pudiendo aumentar hasta la ~~cuarta~~ ^{1/3} en el caso de faltar estos últimos (artículo 988).

Faltando los ascendientes, el cónyuge entrará á heredar por partes iguales con los hermanos, hijos naturales y adoptivos; y en caso de faltar alguno de ellos, acrecerá á los otros lo que éstos debieron recibir. De modo que el cónyuge llevará todo el haber hereditario, cuando ~~no haya hermanos, hijos naturales~~ ^{ni adoptivos}.

Combinando estos dos sistemas, tenemos que el cónyuge, en concurrencia con los hijos legítimos del cónyuge muerto no tiene otro derecho que la porción conyugal, y eso si carece de bienes para su congrua sustentación en un valor que el mismo legislador se encarga de determinar.

En frente de otros parientes del cónyuge premuerto, como los expresados en los artículos 988 y 989, podrá obtener á título de heredero una parte mayor que la asignada para la porción conyugal, llegando ese aumento hasta el monto total del patrimonio, en el caso de faltar las otras categorías de herederos. (1)

La gran diferencia que podemos hacer notar por el momento, cuando el cónyuge percibe á título de porción conyugal ó de heredero, es que en el primer caso se le exige la calidad de ser pobre relativamente, es decir,

(1) Hijos naturales y ascendientes.

El cónyuge hereda en el caso llamado en los hijos naturales y los ascendientes y los hermanos y los hijos adoptivos están en el 3º llamado

*10702666
solución
al caso*

1026

de carecer de bienes, no en absoluto, sino en la cantidad que el legislador entiende que necesita para conservar la posición que ocupaba en vida del otro cónyuge; y en el otro, cuando percibe como heredero, la ley no tiene en cuenta para nada su buena ó mala posición pecuniaria.

En los albores de nuestra independencia se dictó una ley por la cual se llamaba á heredar un cónyuge al otro, no habiendo descendientes ó ascendientes legítimos ó naturales—(Ley del año 37).

Siendo deficiente esta ley desde que solo legislaba para el caso que no hubiera los herederos que ella enumeraba, el Código la completó al estudiar todas las situaciones en que puede hallarse el cónyuge.

Como solo nos proponemos estudiar la porción conyugal, creemos suficientes estos datos, en calidad de antecedentes para entrar de lleno al objeto principal de esta tesis.

874

ARTÍCULO 836

849-844 - chileno - 1614

La porción conyugal es aquella parte del patrimonio del cónyuge premuerto que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación.

I. Sobre el título con que encabeza nuestro Código esta sección, el programa de la Universidad pregunta si es adecuado llamar *porción conyugal* al derecho del cónyuge sobreviviente.

Para nosotros la cuestión es de poca importancia; sin embargo, no dejamos de reconocer que es impropia la expresión empleada por el Código. Este derecho sólo puede ejercerse cuando la sociedad se ha disuelto por la muerte de uno de los cónyuges; y no habiendo ya sociedad, mal puede llamarse con propiedad *porción conyugal*. Esta expresión parece que indicara un derecho á una porción de bienes de la sociedad legal; lo que no es así, pues se trata de una parte del patrimonio del cónyuge premuerto, á la cual puede tener derecho el cónyuge sobreviviente; creemos por lo tanto más acertado que se llamara á esta sección, "derechos del viudo ó viuda," como lo aconseja el programa de Derecho Civil, ó más brevemente, "derechos del cónyuge supérstite ó sobreviviente," como lo enseñan varios autores.

II. Entrando de lleno á la cuestión que pretendemos

dilucidar, diremos que por la naturaleza que le han dado nuestros legisladores á la *porción conyugal*, ésta es especialísima á nuestro Código y á algún otro como el Chileno, diferenciándose completamente de la mayoría de los otros códigos, que han hecho del derecho del cónyuge sobreviviente un derecho de legítima y considerado al viudo ó viuda como á un heredero con las ventajas y obligaciones que esa calidad impone.

Nuestro Código, recordando á la legislación española, ha hecho de la *porción conyugal* una especie de *deuda legal* en favor del cónyuge sobreviviente, llamándola *asignación forzosa*, es decir, incluyéndola entre aquellas asignaciones "que el testador es obligado á hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun en perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas" (artículo 832). 870

Es, pues, una asignación especial con caracteres propios, que la diferencian de las otras dos asignaciones que la Ley considera forzosas, los alimentos propiamente dichos, y las legítimas.

Como verdadera asignación podrá siempre pedirse, aun cuando los interesados se opongan y el testador la negara, desde que el cónyuge reuna las condiciones que la Ley exige. Tiene sus semejanzas con los alimentos y las legítimas; pero, al mismo tiempo, presenta cualidades especiales que un ligero examen hará notar para diferenciarla de estas últimas.

Con las legítimas podremos hacer notar las siguientes diferencias:

II

X III

A)

1.º Que el cónyuge sobreviviente sólo tiene derecho á la porción conyugal cuando carece de lo necesario para su congrua sustentación, como bien claramente lo dice el artículo que examinamos; aun cuando padezca el legislador una especie de contradicción al conceder en ciertos casos como porción conyugal una verdadera fortuna. Por el contrario el legitimario siempre tiene derecho á su legítima, sea que se encuentre en la indigencia ó que nade en la opulencia.

2.º El cónyuge es un acreedor de la sucesión por su porción conyugal, pero no es heredero; por lo que no tiene la responsabilidad de tal; solamente tiene la responsabilidad subsidiaria del legatario (artículo 845 ^{893.} inciso 1º). Por el contrario, el legitimario representa la persona de quien recibe la herencia, sucediéndole en todos los derechos y quedando responsable de todas las cargas en caso de aceptarla sin beneficio de inventario.

3.º En todos los órdenes de sucesiones, menos en el de descendientes legítimos, el cónyuge sobreviviente tiene un derecho de preferencia para retirar del patrimonio su porción conyugal; pues ésta es una deducción del acervo (artículo 1006 ¹⁰¹³ inciso 4.º). Mientras que la legítima solo se cuenta después de haberse sustraído, no solo la porción conyugal, sino también todas las demás deducciones señaladas en el expresado artículo.—Y esta desigualdad solamente desaparece cuando se encuentra el cónyuge en concurrencia con los hijos legítimos, en cuyo caso ocupará el mismo lugar que uno de éstos.

4.º Aún cuando en el orden de la descendencia legítima, el cónyuge tenga derecho á una parte igual á lo que corresponde á cada uno de los hijos como legítima rigurosa, éstos pueden aumentar su cuota con aquello que un heredero pudo llevar y no llevó por cualquier causa, la desheredación, indignidad é repudiación, etc.,—y esteamento que transforma la legítima rigurosa en efectiva, nunca favorece al cónyuge sobreviviente, según lo demuestra claramente el artículo 855 en su parte tercera inciso 2º.

Se diferencia la porción conyugal de las pensiones alimenticias en los siguientes puntos:

1.º El cónyuge tiene la plena propiedad de lo que recibe como porción conyugal: de tal modo, que puede trasmitirla á cualquier título y bajo cualquier forma, lo mismo que renunciarla cuando bien le pareciese: por el contrario, aquellos á quienes la ley les concede alimentos solo tienen un derecho personal á una renta ó pensión, sin que puedan renunciarla, cederla ni menos trasmitirla (art. 124).

2.º La cuota del cónyuge es invariable en unos casos, y en otros la misma ley se encarga de determinar su aumento ó disminución de una manera tan fácil, que se puede precisar en el primer momento su importancia.— Los alimentos, no es la misma ley quien los determina sino el magistrado, teniendo en cuenta el caudal de quien los da y las necesidades de quien los recibe (art. 122).

3.º Si á la muerte de uno de los cónyuges, el otro tiene derecho á la porción conyugal, este derecho no

893
880

(B)

876
 caducará porque el sobreviviente llegue á adquirir bienes (artículo 838). En cambio el derecho de alimentos disminuye y se hace nulo cuando el alimentado adquiere bienes suficientes para su sustento, ó el que suministra los alimentos llega á un estado precario en que le es imposible alimentar (artículo 123). Y á la inversa, si al disolverse la sociedad conyugal por la muerte de uno de sus miembros, el sobreviviente no estuviere en estado de pretender derecho á la porción conyugal, ese derecho no revive por caer después en indigencia; y sólo puede solicitar alimentos que le basten para su subsistencia. *art. 844.*

881
 4.º La porción conyugal, en la generalidad de los casos, es mucho más cuantiosa que los alimentos, pues la Ley fija al cónyuge sobreviviente una cuota del patrimonio del cónyuge premuerto, que puede llegar á ser una fortuna considerable. Así, en una sucesión en que no hubiera descendientes legítimos y que el monto de la herencia fuera \$ 500.000, el cónyuge tendría derecho, por su porción conyugal, á la cuarta parte ó sea \$ 125.000; y aun admitiendo que en esa sucesión hubiere nueve hijos legítimos, siempre el cónyuge tendrá derecho á una cuota crecida, que sería una verdadera fortuna, pues alcanzaría á retirar de la herencia la cantidad de \$ 37.500, (artículo 843 incisos 1.º y 2.º)

Los alimentos, por el contrario, nunca dejarán de ser una renta no muy cuantiosa, sea cual fuere la posición del que deba darlos y la indigencia ó necesidad del que tenga que recibirlos. (artículo 122).

500.000
 125.000
 37.500
 125.000
 37.500

875
 5.º Disuelta la sociedad conyugal por el divorcio, el cónyuge que ha dado causa á la separación no tiene derecho á la porción conyugal (artículo 837); pero si puede pedir alimentos, como lo demuestra el art. 189.

6.º La porción conyugal es embargable, pues no hay ninguna disposición legal que la exceptúe.—Las pensiones alimenticias, en sus dos terceras partes están exentas del embargo, como lo ordena el artículo 2326 del Código Civil.

7.º La porción conyugal puede compensarse con lo que el sobreviviente deba á la sucesión. Las pensiones alimenticias no pueden ser compensadas con lo que adeude el alimentado (arts. 125 y 1471 del Código Civil).

Analizadas ya las diferencias que existen entre la porción conyugal y las otras asignaciones forzosas, tiempo es de decir algo sobre el verdadero sentido del artículo que estudiamos.—En nuestro concepto, el Código ha hecho de la porción conyugal una deuda legal de la sucesión, conforme en esto con la legislación española; es pues una carga del patrimonio hereditario "que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que " carece de lo necesario para su congrua sustentación".

Véase bien: la condición que se le exige al cónyuge sobreviviente para ejercer su derecho, es la de carecer de lo necesario para la congrua sustentación. ¿En qué sentido deben tomarse estas palabras? Deben juzgarse con un criterio estrecho, mezquino, concediéndole al viudo ó viuda solamente aquello que por un estricto cálculo aritmético sea suficiente para su congrua sus-

183 (actual)

2363

XIV

tentación? ¿Quién determina con exactitud matemática el límite, pasado el cual cesa la necesidad de subsistencia y empieza la esfera de lo superfluo?

Nuestro legislador ha comprendido todas esas dificultades, y sin quitar á la porción conyugal cierto carácter de alimenticia ni al cónyuge su papel de acreedor, ha extendido esa porción á una cuota que puede ser en muchos casos una cuantiosa fortuna (artículo 843) 881

El Código concede al cónyuge sobreviviente una cuota en propiedad, borrando de nuestra legislación aquellas gradaciones, que empezando en el usufructo, terminan en una parte en propiedad, más ó menos considerable, con que otros códigos favorecen al viudo ó viuda.

Nadie podrá negar el mal económico que sobrevendría á nuestras sociedades, si la legislación concediera sólo el usufructo y no la propiedad. Países como el nuestro, donde la propiedad cambia de dueño casi cada año, donde el valor del bien raíz sufre oscilaciones inmensas, el usufructo por largos años sería el estancamiento de los valores, y por lo tanto, una detención en el complicado mecanismo de la circulación de la riqueza pública.

Nuestro Código en esto es consecuente con otras de sus disposiciones en que se muestra muy parco en admitir el usufructo por largo tiempo.

*El cónyuge divorciado por culpa
tiene derecho a la porción conyugal*

ARTÍCULO 837 ~~850~~ 875

Excepción

Tiene derecho á la porción conyugal aún el cónyuge divorciado, á menos que por sentencia se haya declarado culpable del divorcio. *reparación. El cónyuge divorciado no tendrá derecho a la porción conyugal en la separación.*

Por nuestra legislación el divorcio no rompe el vínculo conyugal; disuelve solamente la sociedad de bienes formada por el matrimonio, estableciendo la separación personal, pero dejando intactas las relaciones de familia.—Una de las consecuencias de esta doctrina es lo determinado en el artículo que comentamos. El cónyuge inocente, aún divorciado, tiene derecho á la porción conyugal; y sólo el que por culpa suya ha dado causa al divorcio, declarado por sentencia, perderá ese derecho.

La bondad de la doctrina expuesta en este artículo salta á la vista. No sería justo ni moral que el cónyuge que ha faltado á la fe prometida y al honor del hogar, manchando el nombre del otro cónyuge, tuviese derecho al morir éste á una parte de su patrimonio. Sería injusto equiparar al culpable con el inocente.

Pero no por eso quedará en el abandono el viudo ó viuda, porque si bien se le niega la porción conyugal, siempre conserva su derecho á pedir alimentos, como lo enseña el art. 169. El cónyuge que se encuentre en la indigencia tiene derecho á ser socorrido.

Excepción
El cónyuge divorciado por culpa no tiene derecho a la porción conyugal.
El cónyuge inocente tiene derecho a la porción conyugal.
El cónyuge culpable no tiene derecho a la porción conyugal.

8924

14 FEB. 2006

“ do por su consorte, en lo que necesite para su
“ modesta sustentación, aunque sea el que haya dado
“ motivo ~~al divorcio~~; pero en este caso, el Juez al
“ reglar la asignación, tomará en cuenta la conducta
“ actual del cónyuge que reclama el socorro”.

Disuelto el matrimonio por la muerte del cónyuge
inocente, el culpable podrá pedir alimentos á sus hi-
jos; pero si éstos no existieran, ya no tendrá derecho
contra ninguno de los parientes del otro cónyuge. La
disposición contenida en el art. 119 es bien terminan-
te: “la obligación de alimentos cesa cuando ha falle-
cido aquél de los cónyuges que producía la afinidad
y los hijos nacidos en su unión con el otro”.

Una cuestión puede presentarse al estudiar este ar-
tículo. Si durante el juicio de ~~divorcio~~ ^{separación} muriese el
cónyuge que lo entabló, el otro cónyuge acusado de
culpabilidad, ¿tendría derecho á la porción conyugal?

Algunos autores sostienen que la muerte de uno de
los cónyuges, aun cuando sea el inocente, suspende el
juicio de ~~divorcio~~, y deducen como consecuencia de
esa suspensión, que el cónyuge sobreviviente tiene de-
recho á porción conyugal.

Marcadé, estudiando esta cuestión, se expresa en
éstos términos: “ la acción de separación de cuerpos
“ se preocupa de los intereses morales, tanto en su
“ objeto como en su causa, pues ella atiende al re-
“ laxamiento del lazo conyugal, y si sus efectos
“ ejercen alguna influencia en los intereses pecuniarios,
“ no será más que como una simple consecuencia.

La ley dice "declarado" y "Sentencia"
García
alabastero

“ ¿Cómo pedir el relajamiento de la unión conyugal
“ cuando ya ésta ha sido disuelta por la muerte de
“ uno de los cónyuges? Aceptar una opinión con-
“ traria es rebajar los intereses morales al nivel de
“ los intereses pecuniarios”.

En cambio otros autores como Zachariae y Duran-
ton sostienen la opinión contraria, y De Lacombe dice
que en el antiguo derecho francés se permitía con-
tinuar la acción, y cita el caso en que los herederos de
la mujer pidieron y obtuvieron el derecho de seguir
el juicio á fin de exigir la entrega de ciertos bienes.

Nuestro Código dice que solo el marido ó la mujer
podrán intentar la acción de divorcio (artículo 194).
Pero nada dispone para el caso de que intentada y
proseguida por cualquiera de ellos, la muerte sorprenda
al que entabló la acción. ¿Por qué no podrán los
herederos continuarla, aun cuando sólo sea á objeto de
impedir que el culpable retire de la sucesión del
ofendido, á título de porción conyugal, una verdadera
fortuna?

En nuestra humilde opinión sería injusto el prohi-
bir á los herederos de aquel cónyuge que buscó hasta su
muerte, por todos los medios legales, negar todo dere-
cho en su sucesión á su consorte, que continúen el juicio,
ya que tan evidente era el deseo del difunto y qui-
zás tan claras las pruebas de culpabilidad.

En este artículo que comentamos se exige que haya
sentencia para negarle al cónyuge sobreviviente su
porción conyugal; pues bien, la sentencia todavía no

149

dictada, está pedida por el difunto, á cuyos herederos incumbiría solamente el retener la entrega de la porción conyugal hasta obtener la sentencia solicitada por su causante.

ARTÍCULO 838

851 846

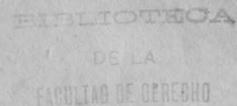
El derecho se entenderá existir al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge y no caducará en todo ni en parte por la adquisición de bienes que posteriormente hiciere el cónyuge sobreviviente.

La disposición contenida en este artículo demuestra que el cónyuge sobreviviente tendrá derecho á la porción conyugal, si al tiempo de la muerte del otro cónyuge fuera pobre para la ley, y que este derecho no lo perderá aun cuando más tarde adquiriera bienes y éstos sean en gran cantidad.

Es pues un momento dado el que la ley toma en cuenta para que el cónyuge tenga derecho á la porción conyugal. Así, si muriese un marido dejando nueve hijos y un patrimonio de 120.000 \$ según lo cual correspondería á la viuda como porción conyugal \$ 9000, no perdería aquélla su derecho á la porción conyugal por el hecho de que al día siguiente recibiera, por

$\frac{1}{4}$ de \$120.000 = $\frac{120.000}{4}$
 $\frac{3}{4}$ " " = $\frac{120.000 \times 3}{4} = \frac{360.000}{4} = 90.000$

Aplicación del artículo 837 en combinación con el 838 inciso 2º
por concurrir descendencia...



cualquier título, una fortuna de 100,000 \$. Para la ley, la viuda ya habría adquirido el derecho á la porción conyugal en el momento mismo de la muerte del marido; que es aquel en que se abre la sucesión y la ley defiere la herencia.

ARTÍCULO 839

852 847

El cónyuge sobreviviente que, al tiempo de fallecer el otro cónyuge, no tuvo derecho á porción conyugal, no lo adquirirá después por el hecho de caer en pobreza.

Este artículo completa el pensamiento del legislador expuesto en el artículo anterior. Tiene el cónyuge que ser pobre para gozar de la porción conyugal, y el derecho á ésta se adquiere en un momento dado. Pero en este artículo, como en el anterior, debemos dar á la palabra *pobreza* la extensión que el legislador evidentemente le ha querido dar; ella es relativa y subsiste aun cuando el cónyuge tenga bienes, siempre que éstos no alcancen á la cuota del patrimonio que por derecho le corresponde.

Supongamos que muere un cónyuge dejando un

120,000
30

patrimonio de 100.000 \$ y sin descendencia legítima; la porción conyugal será la cuarta parte ó sea 25.000 \$. Pero el cónyuge sobreviviente posee bienes por valor de 50.000 \$; en este caso no es pobre para la ley y no tiene derecho á porción conyugal. Mas á los pocos días por cualquier desgracia pierde toda su fortuna: es un capitalista que queda arruinado ya por un golpe de Bolsa, ya por la quiebra del Banco donde tenía sus fondos, ó por el hundimiento de un hermoso buque que representaba toda su fortuna; ese cónyuge no adquirirá derecho á su porción conyugal.—Admitamos ahora que el cónyuge tiene bienes, pero que no alcanzan á la cuantía que le corresponde por porción conyugal; podrá en este caso pedir el complemento (art. 879), porque al viudo ó viuda todavía le falta completar su haber; y si más tarde pierde sus bienes propios ó cae en la indigencia, no revivirá el derecho á lo que le fué descontado de la porción conyugal; porque ya habrá pasado el momento preciso en que pudo adquirir íntegramente dicha porción.

Si el cónyuge tuviese bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, solo tendrá derecho al complemento á título de porción conyugal. (Art 893 num 2)

El legislador quiere mostrar con más claridad lo que ya ha expuesto sobre la naturaleza de la porción conyugal. Ha dicho ya cómo debe entenderse la pobreza del cónyuge sobreviviente á efecto de tener derecho en el patrimonio del otro cónyuge; y ahora nos dice, que ese derecho subsistirá aun cuando el viudo ó viuda tenga bienes, siempre que éstos no alcancen á la cuantía de la porción conyugal, en cuyo caso podrá pedir el *complemento*, es decir lo que le falte hasta igualar esa cuantía.

Distintas pueden ser las situaciones del cónyuge sobreviviente:

1.^a situación—No tiene bienes de ninguna clase; en este caso, pedirá toda la cuantía de la porción conyugal.

2.^a Tiene algunos bienes pero no de tanto valor como la porción conyugal; entónces pedirá á título de porción conyugal el complemento. Supongamos que el acervo líquido de una sucesión, en que no hay descendientes legítimos, sea 40.000 \$ y la porción conyugal es la cuarta parte ó sea 10.000 \$; pero el cónyuge

sobreviviente tiene bienes que alcanzan á \$ 6.000; podrá exigir lo que falta hasta completar la suma de 10.000 \$, que será 4.000 \$.

3.^a Tiene bienes de un valor aproximadamente igual á la porción conyugal: en este caso podrá ejercer el derecho que le acuerda el art. 842 que estudiamos más adelante.

4.^a Posee bienes de un valor superior á la cuantía de la porción conyugal: en este caso no tiene derecho a pedir nada en la sucesión del cónyuge premuerto.

Podríamos definir el complemento con estas palabras: "la diferencia que hay entre el valor de los bienes "propios del cónyuge sobreviviente y la cuantía de la "porción conyugal."

Se ha discutido si solamente debe tomarse en cuenta el patrimonio del difunto para determinar el complemento, ó si también deberá acumularse al acervo de la sucesión lo que posea el cónyuge sobreviviente, para fijar la porción conyugal y por consiguiente el *quantum* del complemento.

Algunos comentaristas del código chileno, para determinar el complemento en el caso de poseer bienes el viudo ó viuda, proceden de la siguiente manera: acervo del difunto p. e. \$ 60.000; bienes del cónyuge sobreviviente \$ 8.000; total \$ 68.000; cuarta parte 17.000, ó sea la porción conyugal, correspondiéndole, por lo tanto \$ 9.000, á título de complemento; pues ellos entienden, que por el código de su país, debe

hacerse "la acumulación de los bienes propios del cónyuge sobreviviente á la masa de bienes de que se saca la porción conyugal para hacer en seguida el "cómputo de la cuantía de dicha porción". Por este procedimiento el cónyuge sale muy favorecido. Suponiendo el mismo ejemplo y con las mismas cantidades, sin la acumulación de los bienes del viudo ó viuda al patrimonio del difunto, tendríamos: acervo 60.000; cuarta parte \$ 15.000; restando de esta suma los \$ 8.000 que posee el sobreviviente, da \$ 7.000, como complemento, lo que arroja una diferencia de 2.000 \$ con respecto al ejemplo anterior.

¿Cuál de estos procedimientos es el que se ajusta á los términos de nuestra ley? Si bien hemos dicho que este sistema adoptado por nuestro Código sobre la porción conyugal, ha sido tomado directamente de la legislación chilena, él ha sufrido modificaciones importantes al ser incorporado á nuestras leyes. No discutiremos que por disposiciones expresas del código de Chile, puedan acumularse al acervo dejado por el cónyuge premuerto los bienes del otro cónyuge; á nosotros nos basta saber que esa acumulación no tiene fundamento en nuestro Código civil. Es bien clara nuestra ley.

El acumular al patrimonio del difunto los bienes del viudo ó viuda sería desvirtuar en absoluto lo que la ley entiende por porción conyugal; sería el modo más fácil de burlarla. El legislador ha señalado en la generalidad de los casos, como cuota de la porción

conyugal, la cuarta parte del patrimonio del otro cónyuge, y no sería en realidad esa parte alicuota la que le tocaría, sino mucho más, si se permitiera la acumulación. En el ejemplo propuesto, el legislador sólo ha querido que el sobreviviente llevara \$ 15,000 y sin embargo, hemos visto, que por la acumulación puede adquirir hasta 17.000 \$.

Estudiada la cuestión en principio, es altamente injusto que el viudo ó viuda realmente pobre, que carece absolutamente de bienes, lleve como porción conyugal una parte menor que la que obtendría si, poseyendo bienes, pudiera acumularlos. Hemos demostrado en el ejemplo anterior: sin bienes el cónyuge lleva 15.000 \$; pero teniendo una fortuna propia de 8.000 \$ podría pedir como complemento 9.000 \$, formando un total de 17.000 en el sistema de la acumulación. Este complemento realmente dejaría de ser lo que le faltara al viudo ó viuda del "patrimonio del cónyuge premuerto que la ley asigna al cónyuge sobreviviente para su congrua sustentación". Evidentemente sería mucho más.

Para nosotros el punto es claro y muy especialmente cuando se trata de sucesiones de descendientes legítimos, como lo recuerda el artículo 855 del Código Civil.

ARTÍCULO 841 ⁸⁴¹

Asimismo se imputará á la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviese derecho á percibir á cualquier otro título en la sucesión del difunto, incluso su mitad de gananciales si la renunciara (Art. 893 num 2)

Ya hemos expuesto las condiciones y el momento en que el cónyuge sobreviviente puede exigir la porción conyugal. El legislador quiere concederle ese beneficio para que su posición social no varíe, pasando súbitamente de la opulencia á la miseria; pero también desea que cuando el cónyuge tenga bienes propios ó derechos á percibir en la sucesión de su consorte, se le impute, es decir, se le rebaje de su porción una parte igual al valor de ellos.

Quando el cónyuge carece de bienes, la ley le acuerda el derecho de pedir íntegra su cuota, y si posee algunos bienes propios se han de computar para saber cuál es el complemento; por último, si en la sucesión del cónyuge premuerto tiene el sobreviviente legados, gananciales ó derechos á percibir por cualquier título, también quiere el legislador que se imputen á su porción conyugal.

Entre esos derechos indudablemente deben comprenderse "todo lo que el cónyuge aportó al matrimonio y los créditos ó derechos que pueda hacer valer contra la

*verosímil
págs. 118*

sociedad", y también los gananciales, como el mismo artículo nos dice.—Y se comprende bien que esa imputación se verifique, dado el fundamento que toma el legislador para la porción conyugal, que es el de atender á la congrua sustentación del viudo ó viuda; pues si éstos ya tienen asegurada esa congrua sustentación por el legado, la porción ganancial, la dote á restituir, ó los bienes propios á retirar de la sociedad conyugal, la porción conyugal no tiene razón de ser en el caso.

Los bienes imputables deben ser aquellos de que el viudo ó viuda pueda disponer inmediatamente, cuyo monto sea conocido ó fácilmente liquidado, y de cuya propiedad y goce disfrute en el mismo momento que se produce la disolución de la sociedad.

La interpretación de este artículo correlacionado con los anteriores ha dado origen, tanto en las aulas como en los Tribunales, á la discusión sobre si será imputable á la porción conyugal el usufructo que por ley le queda al cónyuge viudo sobre los bienes de sus hijos menores de edad.

La cuestión se ha planteado en estos términos: El cónyuge adquiere desde la muerte del otro el usufructo de los bienes de sus hijos menores, que pueden representar una gran fortuna; y produciendo ese usufructo una renta considerable, satisfará ampliamente á sus necesidades aunque carezca el cónyuge

de otros bienes; luego, pues, no carece de lo necesario para su congrua sustentación, y por lo mismo no se halla en el caso del artículo 847 del C. Civil, que concede al cónyuge sobreviviente la porción conyugal.

La defensa de esta doctrina de la imputación se ha hecho argumentando de la siguiente manera: La porción conyugal no tiene más objeto que garantizarle al cónyuge supérstite una vida decorosa, y lo confirman las disposiciones de los artículos 836, 840, 841, 844, que niegan al cónyuge vivo la porción conyugal, cuando tiene bienes propios, gananciales ó hereditarios, que le aseguren la subsistencia.

No tiene, pues, derecho á la porción conyugal el cónyuge que por razón del usufructo sobre los bienes de sus hijos cuenta con lo necesario para subsistir decorosamente, desde que puede proporcionarse la subsistencia lo mismo que si fuera propietario de esos bienes. Por la muerte del padre ó de la madre los hijos adquieren *ipso jure* la posesión y propiedad de la herencia, y el padre ó madre supérstite adquiere, *ipso jure* también, el usufructo de la misma, que no depende de condición ni de circunstancia alguna.

El usufructo es un bien como cualquier otro (artículo 412) no siendo pues exacto que en este caso el cónyuge supérstite no tenga bienes en el momento del fallecimiento del otro cónyuge.

El que cuenta con el derecho de usufructo de los bienes de otro, no puede decir que carece de medios de

874

874 878 879 882

→ Pero, llegado a la conyugal de sus menores ¿dónde queda el usufructo del cónyuge supérstite? ¿tiene el usufructo? ¿tiene el usufructo? ¿tiene el usufructo?

493

subsistencia, pues de lo contrario podría decirse que sólo no son pobres aquellos que tienen un capital en dinero, ó en bienes muebles ó inmuebles; y habria que considerar como pobres á los que por su profesión ó industria ganen al mes algunos cientos de pesos, lo que no seria acertado.

El derecho de usufructo, es un derecho de duración variable é incierta, pero la ley ha dejado resuelta esa aparente desigualdad; y así, en los casos en que el padre ó madre supérstite calculen por la edad de los hijos ó por cualquiera otra circunstancia, que su derecho de usufructo no les reportará un valor mayor ó igual por lo menos al de los bienes de la porción conyugal, les es dado renunciarlo y optar por esta última, segun la disposicion del artº. 842 del C. Civil; y es á ello que tiene derecho el viudo, pero no á ambas cosas á la vez.

La ley no quita el usufructo, sinó la porción conyugal; y eso, porque existiendo aquel falta el fundamento para acordar esta. La porción conyugal tiene por base la pobreza del cónyuge supérstite, pero si esa pobreza no existe la porción conyugal no se debe, sin que sea dado entrar á averiguar si el cónyuge vivo cuenta para subsistir con bienes propios, gananciales, con su industria, ó con el usufructo de los bienes de sus hijos.

Debemos declarar que en las aulas fuimos partidarios de esta doctrina; y lo que más nos hacia para defenderla, era el argumento que deduciamos de la expresion "todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho á percibir á cualquier título"—

Para nosotros el viudo ó viuda adquiria el usufructo á titulo de padre ó madre y por el ministerio de la ley; luego, deciamos, por la letra del artículo debe imputarse el usufructo á la porción conyugal. Pero en nuestro entusiasmo nos olvidabamos de que el viudo, no adquiria de la sucesión del otro cónyuge ese derecho de usufructo, sinó como administrador legal de los bienes de los hijos y por la patria potestad sobre estos; tanto, que si estos no existieran no habria tal usufructo. Luego pues, este derecho no emana de la sucesión del cónyuge premuerto y no puede entrar en la enumeración de bienes ó derechos que hace el artículo que comentamos.— Es diferente de los gananciales que el Código cita; porque estos evidentemente provienen de la sucesión, y por consiguiente, si el cónyuge supérstite tiene derecho á ellos, es claro que deben imputarse á la porción conyugal, porque así lo manda la ley.

Convencidos de que la razon por nosotros considerada como más fuerte para sustentar la doctrina de la imputacion era falsa; nos hemos visto obligados á confesar nuestro error y á aceptar como buena la doctrina de que el usufructo no debe imputarse á la porción conyugal, por no considerarlo comprendido ni en los bienes ó derechos á que se refiere el artículo 841 ni tampoco en ninguna otra disposición legal.

Diferentes razones nos conducen á ello:

1º. Por lo pronto diremos que si el legislador hubiese querido que el usufructo se imputara á la porción conyugal, lo hubiese enumerado en el artículo que discutimos,

como lo hace con los gananciales, desde que uno y otros se presentan tan frecuentemente.

2º Que para negarle al cónyuge supérstite la porción conyugal, es necesario que tenga bienes propios y existentes á la muerte del otro cónyuge, y esas circunstancias no las reúne el usufructo, que es un derecho para el futuro ó incierto en su duración y resultados.

3º Que el legislador quiere garantizar el porvenir del viudo ó viuda de una manera *segura y permanente*, porque así lo exigen su decoro y dignidad; la ley no quiere que por un olvido suyo ^{de la ley} el cónyuge se vea en la necesidad de mendigar alimentos á sus hijos. Y el usufructo no reúne estas condiciones de seguridad para poder negar la porción conyugal; solo produce una renta en períodos más ó menos largos, y expuesto el padre á perderla por múltiples circunstancias, como son el matrimonio y la mayor edad de los hijos. Y si bien se alega en defensa de la doctrina contraria, que ese usufructo puede ser de duración larga y producir una gran fortuna, también puede ocurrir (lo que es frecuente) que falte muy poco tiempo para la mayor edad de los hijos ó que inmediatamente pretendan contraer matrimonio estos, en cuyo caso perdería el usufructo después de habersele negado la porción conyugal en virtud de lo dispuesto en los artículos 837 y 838.

Se dice que la ley no quita al padre ó madre el usufructo sino la porción conyugal. En nuestro humilde entender, esto no es más que un juego de palabras. *my dim!* Aceptando la doctrina que combatimos, acaso no se

le quitaría el usufructo si pretendiera la porción conyugal? Si aceptamos como bien propio del viudo el usufructo, dados los términos de los artículos 836 y siguientes, es evidente que lo pondríamos en la alternativa de optar por uno de los dos derechos; y que si prefiriese la porción conyugal le quitaríamos el usufructo, de la misma manera que se le impediría llevar aquella si optase por este último.

El sostener que solo se le impide adquirir la porción conyugal y no el usufructo, es contradecirse; es hacer desaparecer esa tabla de salvación que los contrarios creen hallar en la facultad alternativa que menciona el artículo 836 y que consideran aplicable al presente caso. Ya no habría entonces tal derecho de elección, siempre tendría que quedarse con el usufructo y se le negaría la porción conyugal.

apuntar a favor.
Obligado el padre ó madre á quedarse con el usufructo, perdida su porción conyugal, no sería raro que buscara de hecho una compensación á la injusticia de la ley, hallándola en el esquilmo de los bienes usufructuados: el padre haría producir á los bienes toda la renta ó frutos posibles, aun con perjuicio del valor de ellos. Haría contratos de arrendamiento perjudiciales á la buena conservación de los bienes, con tal de que le produjesen una buena renta que le permitiera de presente atesorar en previsión de lo futuro.

Y no se diga que tales hechos no tendrán lugar. Son muy peligrosas las doctrinas que ponen en lucha al deber con la necesidad. Ante las exigencias de la vida, y

mucho más si el necesitado se halla amenazado de un descenso social, no siempre se siguen los dictados del deber. Y ante el temor de quedar pobres y verse en la dura condición de pedir alimentos á sus hijos, los padres pondrían en juego todos los medios á fin de obtener la mayor suma de riqueza con qué afrontar las posibles necesidades del futuro. No se pongan en lucha los deberes de padre con las comodidades del hombre, por que no siempre triunfaran aquellos.

—Segun el art.º 843⁸⁹⁷ inciso 2º. el cónyuge sobreviviente tiene derecho á una parte igual á lo que le corresponda á cada uno de los hijos, como legítima rigurosa— Ahora bien ¿cómo se determina el *quantum* del usufructo, á fin de saber si alcanza á esa parte viril? ¿Quién puede fijar el monto, si se tiene en cuenta todas las causas que pueden influir en su aumento, disminución y cese? ¿Quién puede asegurar que los hijos no se casarán antes de tal ó cual tiempo y que los bienes producirán siempre la misma renta? Y si aun todo esto pudiera hacerse ¿no es impropio sujetar á un cálculo alambicado el derecho del padre en los bienes de los hijos?

—Demuestran los autores, que el usufructo legal no lo adquieren los padres á título gratuito; sino que en una parte está destinado á los gastos de los mismos hijos conforme á su estado y el de sus padres; y en el exceso tiene el caracter de justa y legítima remuneración á estos por el cuidado de la persona y administración responsable de los mismos bienes.

Si, como pretende la opinion que rebatimos, el usufructo

hubiera de imputarse á la porción conyugal quedando aquel en lugar de esta, resultaría, de una parte, que los hijos menores de edad tendrían que ser alimentados y educados á expensas de la porción conyugal ó de su equivalente; los gastos de conservación y administración de los bienes de los hijos se harían á expensas de la misma porción conyugal, ó de su equivalente legal; y por último, las penosas obligaciones de la patria potestad, que solamente pueden ser sobrellevadas dignamente con el poderoso estímulo de la naturaleza, quedarían sin retribución; pues cualquier posible sobrante del usufructo dejaría de ser retribución de aquellas, para ser sustitución de lo que el cónyuge habría podido recibir sin carga alguna á título de porción conyugal y para los efectos de su congrua sustentación.

No se resuelve esta injusticia apelando á la opción, y diciendo que el cónyuge tiene derecho á elegir entre la porción conyugal ó el usufructo legal.—Los padres elegirán entre este ó aquella—Pero siempre resultará, que si renuncian al usufructo tendrán que soportar las cargas de la patria potestad á expensas de su porción conyugal. Y si renuncian á esta, aceptando en su lugar el usufructo, se verificará el caso á que aludimos en el número anterior.

En una sucesión, suponiendo que todos los hijos son mayores de edad, el cónyuge adquiere su porción conyugal libre de toda carga sin obligación de alimentar y educar á nadie mas que á sí mismo, sin responsabilidad ninguna en la administración de los bienes que recibe.

En esa misma sucesión suponiendo que los hijos son menores:

¿Opta el viudo por la porción conyugal? Pues entonces, según la opinión que rebatimos, alimenta, cuida, educa á los hijos y administra los bienes de éstos, á expensas de la porción conyugal, que la ley ha destinado para su congrua subsistencia personal.

¿Opta por el usufructo legal? Pues entonces ese usufructo, que debería ser la justa compensación de sus altos y penosos deberes, es el equivalente de la porción conyugal, y no solamente ejerce sin retribución aquellos deberes, sino que á expensas de sí mismo debe el cónyuge soportar los gastos de alimentación de los hijos y la conservación de sus bienes.

Por otra parte, la opción que se pretende dejar entre la porción conyugal y el usufructo legal, es ocasionada á disensiones de familia, que el legislador no ha tenido el propósito de favorecer. El cónyuge que opte por el usufructo legal, estimando que éste le resarcirá en tal ó cual plazo de la porción conyugal á que renuncia, puede hallarse, y se hallará de hecho, con que en virtud de matrimonios prematuros ó por cualesquiera otras circunstancias, cesa el usufructo mucho antes de lo que prudentemente había calculado. El cónyuge, equivocado en su cálculo y privado de la porción conyugal que le habría asegurado decorosa subsistencia, tendrá que recurrir á la pensión alimenticia voluntariamente dada ó judicialmente exigida.

Y esta condición de los padres se hará más gravosa

cuando se trate de una hija, “porque dependiendo entonces la hija de la voluntad de su marido á quien debe obediencia, será talvez más difícil á aquéllos conseguir buenamente con qué sufragar los gastos de su honesta y decente sustentación, por la posible oposición de su yerno. Tendrían entonces forzosamente que ocurrir á los tribunales.”

Por poco que se reflexione sobre esta situación del padre ó madre se comprenderá que es debilitar su influencia moral, rebajar su dignidad.

Estas son las razones que en nuestra opinión hacen inadmisibile la que reputa excluído el usufructo legal por la porción conyugal y viceversa. Para mejor ilustrar este punto, trascribimos al final del comentario de este artículo dos sentencias de nuestros tribunales, conformes con la doctrina que sostenemos.

Observación.—El código italiano concede al cónyuge superstite, á título de heredero, el usufructo de una parte de la herencia igual á la de cada hijo (art. 753) y por los artículos 228 y 231 los concede á los padres el usufructo legal sobre los bienes de sus hijos. El distinguido jurisconsulto Borsari, al preguntarse si pueden acumularse los dos usufructos, responde afirmativamente, “pues son dos derechos distintos, que si hasta cierto punto pueden confundirse, no pueden “eliminarse”.

Otra cuestión importante se ha presentado en nuestro foro, y es si puede compensarse la porción conyugal con lo que un cónyuge deba.

La cuestión se ha planteado y contestado en estos términos

¿Pueden los herederos forzosos de la mujer pretender la compensación de lo que el marido debe recibir por porción conyugal, con lo que él debe por haber enajenado durante el matrimonio bienes propios de aquélla?

Se ha negado y defendido la compensación de la siguiente manera :

1º. La porción conyugal es dada al cónyuge sobreviviente á título de alimentos. Luego no puede compensarse.

Pero á esto se contesta : Sin dejar de reconocer que la porción conyugal tiene cierto carácter de alimenticia, es indudable que no se la puede identificar en un todo con los alimentos propiamente dichos. Como asignaciones forzosas tienen sus puntos de contacto, pero la ley misma se ha encargado de diferenciarlas; en páginas anteriores hemos hecho notar esas diferencias. No es posible aplicar con todo rigor á la porción conyugal las excepciones y privilegios que la ley ha acordado á los alimentos. Los beneficios que el artículo 125 y sus concordantes del C. Civil acuerdan á los que tienen derecho á alimentos, no son aplicables á la porción conyugal. Como hemos visto, las pensiones alimenticias no son embargables (Artº. 2326 del C. C.); y no estando incluida en esa disposición de la ley la otra asignación forzosa que es-

Las deudas rechazadas e factivo global, por tanto ellas de por si se encargan de retirar la porción conyugal

x
2363

tudiamos, debemos admitir que sea embargable, desde que las excepciones al principio general enunciado en el artículo 2326 deben tomarse en sentido restrictivo.

2º. Autorizar la compensación, se dice, es hacer que el cónyuge sobreviviente llegue á la indigencia cuando sus hijos estén en la opulencia.

Indudablemente la ley sería injusta si no hubiera tenido presente la situación de un cónyuge al fallecer el otro; pero esa acusación no puede hacerse á nuestra legislación. Ella ha acordado al viudo ó viuda, además de los alimentos, la porción conyugal; más si un cónyuge no cumplió con la misma ley que lo favorecía; si durante el matrimonio no administró los bienes que estaban en su poder y de los cuales era el primer responsable; si se olvidó de disposiciones expresas que fiaban á su honor é inteligencia la conservación de bienes ajenos, cúlpese á sí mismo, y no á esa ley que él no respetó. No es por olvido del legislador que la indigencia rodeará al cónyuge sobreviviente, sino por su mismo abandono ó malicia.

La ley ha concedido las pensiones alimenticias y la porción conyugal; pero también ha impuesto la obligación de conservar los bienes de la sociedad legal. Quien ha faltado á esto último, sufra las consecuencias de la falta cometida.

No es pues una consecuencia de disposiciones legales el que pueda quedar pobre el viudo, á quien se le compensa con su porción conyugal lo que deba á la sucesión de su consorte. Pero aún cuando pierda ese derecho,

2363

Esto es una barbaridad desde el punto de vista jurídico
que conyugal

conserva el beneficio de competencia (artículo 1456) y además puede pedir alimentos á sus hijos.

Un acreedor del cónyuge sobreviviente podrá embargar la porción conyugal con el fin de cobrar sus créditos; admitiendo la no compensación, los herederos no podrían ejercer ese derecho que no está vedado á los extraños. ¿No es esto mayor injusticia que el obligar al cónyuge deudor á pagar sus deudas?

3.º Los partidarios de la no compensación agregan: hay que tener en cuenta que los bienes enajenados durante el matrimonio pudieron haberse empleado en las necesidades de la familia; y será injusto cobrarle al cónyuge sobreviviente lo que él solo no gastó.

Aceptamos que si el marido empleó en el sostenimiento de la familia una cantidad más ó menos considerable, no se le obligue á imputarla á su porción conyugal. Se discute solamente lo que el marido gastó indebidamente cuando debía conservarlo para el sustento de la familia. Si justifica acabadamente el déficit del patrimonio de la mujer, y que él no proviene de su mala administración, claro está que nadie le obligará á compensar; pero entonces nos habríamos separado de la cuestión que nos proponemos resolver.

4.º “ Los artículos 1062 y 1100 del C. Civil han establecido quiénes son los que deben colacionar, los herederos forzosos. Segun él, sólo á éstos debe imputarseles en su legítima lo que recibieron del difunto cuando vivía: la porción conyugal no es legítima ni el esposo que á ella tiene derecho es heredero forzoso; luego no está en el caso de colacionar.”

Es cierto que no puede colacionarse á la porción conyugal lo que el marido deba; porque, como la ley bien lo dice (art.º 1062) sólo procede la colación entre herederos forzosos. Lo único que de este argumento se deduce es que los herederos no podrán cobrar por medio de la colación, pues ésta solo se debe por el heredero forzoso á su co-heredero; pero no impedirá que por otro título puedan hacer efectivos sus créditos.

A un tercero legatario de la sucesión y que á su vez sea deudor de la misma, los herederos no le colacionarán á su legado lo que él deba; porque el legatario no es heredero forzoso; pero no por eso quedarán desarmados los herederos para cobrar lo que se les deba.—Por identidad de razón diremos lo mismo: no podrán los herederos de la mujer colacionar á la porción conyugal lo que el marido deba; pero podrán imputarlo á su porción conyugal, como al legatario ó á cualquier otro que tenga derechos en la sucesión.

Estas razones y las que tan claramente expone el distinguido juriconsulto Dr. De María en la consulta que trascribimos, nos hacen inclinar á favor de la doctrina de la compensación, como un principio de estricta justicia; recordando, que si el marido se va por causa de ella en la necesidad de pedir alimentos, no será porque la ley lo haya llevado á ese extremo, sinó por causa de su impericia ó desidia.

He aquí la consulta á que nos referimos :

La *porción conyugal* instituida por nuestro Código Civil tiene su origen en la *cuarta marital* que establecía la ley 7 título 13, partida 6.^a Aquella ley, si bien calificaba de *herencia* la cuarta marital, dejaba comprender que el objeto de ésta no era otro que el de asegurar la *cóngrua subsistencia* de la viuda pobre.

Pero, á pesar de esto y de decir el art. 836 del Código Civil que la *porción conyugal* es asignada "al *cónyuge sobreviviente* que carece de lo necesario para su *congrua subsistencia*", opino que la *porción referida*, aun cuando tiene ciertos puntos de contacto con los alimentos, es distinta de ellos y no puede estar ni está sujeta á las mismas reglas especiales que los rigen.

Para opinar así me fundo: 1.^o en los artículos 832 y 1005 del Código Civil que colocan en incisos separados las asignaciones alimenticias forzosas, lo que no haría la ley si la *porción conyugal* fuese realmente una asignación alimenticia. 2.^a en el hecho de que si el *cónyuge sobreviviente* es pobre el día de la muerte del otro *cónyuge*, aun cuando al día siguiente se haga rico, sacándose por ejemplo una gran lotería, conserva siempre su derecho á la *porción conyugal*, cosa que no sería lógica si dicha *porción* fuese una verdadera asignación alimenticia—3.^o en que los *alimentos* son siempre proporcionados á las *necesidades* de las personas que los reciben, y la *porción conyugal* no está en este caso, puesto que puede exceder en mucho de lo que el hombre más disipador necesite, sin que por

eso sufra rebaja alguna.—Así, por ejemplo, si la parte de bienes que según el art.^o 843 del Código Civil constituye la *porción conyugal* asciende á un millón de pesos toda ella pertenece al *cónyuge sobreviviente*, aun cuando éste no tenga necesidad de tan abultada suma para llenar las *necesidades* de toda su vida.—La ley de Partida establecía un límite (100 libras de oro), pero el Código Civil no establece ninguno; de modo que la *porción conyugal* es proporcionada al monto de la *herencia* y al número y calidad de los herederos; pero no es en manera alguna proporcionada á las necesidades del cónyuge sobreviviente, ó en otros términos, no se mide por éstas, como se miden los alimentos.—Es una cosa esencialmente distinta de ellos, y por lo tanto, no pueden serle aplicadas las reglas *excepcionales* establecidas por el legislador respecto de los *alimentos*, en atención al carácter que éstos tienen de asignación que nunca se extiende más allá de las *necesidades* del alimentario.

Las disposiciones contenidas en los artículos 125 y 1471 del Código Civil son una *excepción* al derecho común, y siendo como es de principio que toda disposición excepcional debe ser aplicada restrictivamente, fluye la consecuencia de que los referidos artículos del Código Civil no son aplicables á la *porción conyugal*.

El derecho á la *porción conyugal* puede ser enajenado, desde que no hay ley que lo prohíba (art.^o 1629 del C. C.) Luego ese derecho no es de aquellos cuyo ejercicio es puramente *personal*, como el uso y la habitación. Es bien conocida, por ejemplo, la diferencia entre el usu-

870

123.
1510

1668

1043

fructo y el uso,—diferencia de la cual emana la consecuencia de que el usufructo puede ser enajenado á tercero, y no así el uso (artículos 474 y 511 del C. C.). El usufructuario tiene el derecho de percibir *todos* los frutos, y por consiguiente, importa poco que sea él ó sea otro el que los perciba. El usuario, al contrario, no puede percibir más que los frutos necesarios para sí y su familia, é importa, en consecuencia, al propietario que ese derecho no sea ejercido por terceros cuyas necesidades podrían ser mayores que las del usuario. Por eso los acreedores del usuario no pueden ejercer el derecho de éste. El ejercicio de dicho derecho es puramente personal (artículos 1256 y 2326 C. C.). Lo mismo sucede respecto del derecho de pedir alimentos. Es personalísimo, puesto que se regula por las necesidades del alimentario, y nada hay más personal y más variable de persona á persona que la necesidad. Es lógico, pues, que el derecho de pedir alimentos no pueda ser enajenado (art. 124 C. C.) La porción conyugal está en caso distinto. —Su importe no se regula por las necesidades personales del cónyuge supérstite; y en consecuencia, es lógico también que la porción conyugal sea, como es, tan enajenable como cualquiera otro derecho hereditario.

Siendo enajenable la porción conyugal es también embargable. El artículo 2326 del Código Civil, concordante con el artículo 885 del Código de Procedimientos, no la exceptúa del embargo, y sabido es que *todo bien que por ley expresa no está exceptuado del embargo*, es

susceptible de él. El artículo 2326 Código Civil exceptúa del embargo las $\frac{2}{3}$ partes de las pensiones alimenticias forzosas y los derechos cuyo ejercicio es meramente personal. Ya hemos visto que la porción conyugal no es un derecho cuyo ejercicio sea meramente personal. Que no es *pensión alimenticia* es evidente, puesto que pensión quiere decir cuota ó asignación pagable por periodos, y la porción conyugal se recibe de una sola vez, siendo así que consiste en la parte del patrimonio del cónyuge premuerto que la ley asigna en ciertos casos al cónyuge sobreviviente.

Ahora bien: siendo embargable la porción conyugal, como indudablemente lo es, ¿cómo no ha de ser también compensable?

¿Qué se puede alegar para sostener que no lo es?

¿Que la porción conyugal está instituida por la ley con el objeto de que el cónyuge sobreviviente tenga con que atender á su congrua sustentación, y que, en consecuencia, si por ser deudor á la sucesión viniese á perder la porción conyugal no tendría con qué alimentarse, lo que sería contrario al fin que se ha propuesto el legislador al establecer la asignación forzosa de que se trata?—A este argumento respondo que si el legislador hubiese atribuido á la porción conyugal el carácter de asignación alimenticia, al extremo de que debiese percibirla el cónyuge sobreviviente aun cuando fuese deudor de la sucesión, no habria podido dejar de *excluir*la del embargo, y desde que no la ha excluido, debe inducirse ló-

no son las alimenticias

12363

tencia, conforme á lo dispuesto por los artículos 1456 y 1988 C. C. (edición oficial).

APÉNDICE—Las palabras “que carece de lo necesario para su congrua sustentación” empleadas por el artículo 836 C. C., no deben ser tomadas al pié de la letra, puesto que están desvirtuadas por otras disposiciones del mismo Código Civil con las cuales es forzoso ponerlas en armonía, conforme á lo dispuesto por el artº. 20.—Supongamos que el cónyuge sobreviviente tiene bienes propios por valor de 500.000 \$ y que la porción conyugal asciende á un millón : en este caso, el referido cónyuge recibe 500.000 \$ como porción conyugal (artº. 840). El que tiene 500.000 \$ *no carece de lo necesario para su congrua sustentación*, y sin embargo recibe porción conyugal; luego, la porción conyugal no es una verdadera asignación alimenticia.

Transcribimos á continuación las sentencias que confirman la doctrina que sustentamos:

Sentencia de primera instancia.—Considerando que por el artº. 836 del Código Civil se le reconoce al cónyuge supérstite el derecho á la porción conyugal, desde que carezca de recursos para atender á su congrua sustentación en el acto de producirse la muerte del otro cónyuge;

Considerando que el usufructo de los bienes adventicios, aparte de ser un beneficio transitorio ó temporal, puede también ofrecer un resultado aleatorio, sin que

satisfaga entonces las exigencias de la ley, por la que se ha tratado de asegurar la subsistencia del cónyuge indigente;

Considerando: que ese mismo beneficio que puede producir el usufructo de los bienes adventicios no es coexistente sino posterior al fallecimiento del cónyuge y no puede haber caducado por consiguiente el derecho á la porción conyugal desde que sería aplicable por analogía lo dispuesto en el acápite final del artº. 838 del Código citado. FC. 876

Considerando que la facultad alternativa que se le concede al cónyuge supérstite por el artº. 842 del mencionado Código, no puede referirse al usufructo de los bienes adventicios, pues que ese precepto legal está basado en el principio de derecho que considera al heredero como representante de la personalidad jurídica del causante, y se produce así una verdadera fusión entre los derechos del cónyuge supérstite y las obligaciones del premuerto, mientras que aquel usufructo emana de un acto ajeno á la sociedad conyugal y extraño también al juicio sucesorio;

Por estos fundamentos y los alegados en el escrito de f.—juzgando definitivamente, fallo : declarando que D. N. N. tiene derecho á la porción conyugal en la sucesión de su esposa.—*W. Regules.*

Sentencia de segunda instancia.— Considerando : que nuestra legislación al establecer la porción conyugal en favor del cónyuge sobreviviente ya sea el marido ó la mujer, á diferencia de la cuarta marital de la ley 7 título XIII—Partida 6—fijada en favor de la viuda pobre de marido rico, no sólo ha innovado en la forma expresada de determinar el derecho en favor de cualquiera de los cónyuges, sino en el *quantum* de esa asignación forzosa reducida por la ley española citada á la pobre suma de cien libras de oro;

Considerando : que la intención de la ley española fué fijar indudablemente una pequeña protección á la viuda pobre sin perjuicio de tener derecho cuando tiene hijos la viuda, á emolumentos por razón de su trabajo personal; de lo que se desprende que la cuarta marital, teniendo un carácter propio como institución, más se aproximaría á la condición de herencia que á la de adjudicación alimenticia;

Considerando : que nuestra ley al prescribir la porción conyugal, si bien establece en su definición una expresión que puede dar lugar á interpretaciones dudosas; y sobre cuya expresión ha insistido la defensa del curador de los menores—no deja duda alguna por su contexto de que la porción conyugal aunque esté definida como la parte del patrimonio del cónyuge premuerto asignada al cónyuge sobreviviente *que carece de lo necesario* para su congrua sustentación, es una institución que tiene un alcance más amplio, favoreciendo al cónyuge supérstite que aun cuando no carezca de medios de vivir

por su condición personal, su industria ó trabajo, ha querido constituirlo en propietario de una parte de la fortuna perteneciente al cónyuge premuerto que durante el matrimonio constituía principalmente los medios para la satisfacción de las exigencias de la familia, según sus hábitos y su posición social;

Considerando : que no es por vía de alimentos que la ley asigna la porción conyugal desde que por nuestra legislación ni siquiera puede invocarse la limitación de la ley 7 título XIII Partida 6—limitación expresamente excluida, y desde luego la cuarta parte en favor del cónyuge, sea el marido ó la mujer, puede ascender á una cantidad altísima según fuese el *quantum* de la herencia de que se trate, porción que por sí sola podría constituir la riqueza de varios; lo que naturalmente excluye la interpretación de que la porción conyugal tenga el simple carácter de una asignación alimenticia;

Considerando : que la porción conyugal tiene su significación peculiar en nuestra legislación y responde á consideraciones que tienden al orden, prestigio y bienestar de la familia, siendo el espíritu de ella impedir que la cónyuge sobreviviente llamada á reemplazar al que presidía la familia cuando fallece el marido, ó éste cuando fallece la consorte, no venga á quedar en una situación desfavorable y perjudicial al método y orden del hogar, dificultándose la realización de los altos fines de la patria potestad;

Considerando : que determinando la ley, por el artº.

76
838 del Código Civil, que el derecho se entenderá existir al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge—no pueden imputarse á la porción conyugal sino los bienes propios aportados al matrimonio ó adquiridos, durante él—y aquellos á que se refiere el artº 844 C. Civil, el que no es aplicable al caso por no tratarse de herencia testada;

Considerando : que el usufructo en favor del padre único bien que se atribuye en el caso—de los bienes que administra de sus hijos es un derecho derivativo de la transmisión primero á los herederos de los bienes y de la administración que el padre va á ejercer, y desde luego no es un derecho simultáneo al tiempo del fallecimiento del cónyuge;

Considerando : que el usufructo legal en favor del padre ó madre en su caso, establecido por el artículo 243 del C. Civil no constituye propiamente un bien personal del padre, desde que la percepción de su producto es tenido por la ley como una compensación á las cargas de la educación y aun á los desembolsos por gastos innecesarios y hasta frívolos, que la vida de familia no puede eludir en la sociedad moderna en que la sumisión del hijo al padre no es la odiosa esclavitud de la ley romana, sino la legítima autoridad paternal que establece con los hijos una relación de dulce y cariñosa subordinación;

84
Considerando : que el artº. 843 del Código Civil reconoce implícitamente que el usufructo legal del padre no debe ser imputado á la porción conyugal, desde

que ordena que el porcionero no podrá en ningún caso concurriendo con sus hijos recibir más que el monto de la legítima rigurosa de un hijo y que se contará el cónyuge como un hijo para la distribución de las cantidades respectivas, lo que equivale á reconocer la existencia de la porción conyugal del padre ó la madre con las legítimas efectivas, cuya administración y usufructo por la misma ley corresponde al cónyuge sobreviviente como un bien naturalmente posterior al fallecimiento del causante, desde que si así no fuera, la ley hubiera establecido expresamente la imputación del usufructo legal precisamente en el artículo precitado, que por el contrario está concebido en términos absolutos; Por estos fundamentos y los de la sentencia recurrida, se confirma con costas la expresa sentencia; y devuélvanse.—Alvarez.—Diaz.—Piera.

porcionista) ~~porcionista~~ ?

880
ARTÍCULO ~~843~~ - 880 -

en todo caso
El cónyuge sobreviviente podrá á su arbitrio retener lo que posea ó se le deba, renunciando la porción conyugal, ó pedir la porción conyugal abandonando sus otros bienes y derechos.

Tomado este artículo al pié de la letra parece á primera vista que el cónyuge sobreviviente estuviera en

la estricta obligación de *abandonar* sus bienes, cuando optase por la porción conyugal, sin poder exigir el *complemento* en el caso que éstos no alcanzaran al *quantum* de aquella.—Pero esta interpretación indudablemente es inadmisibles, si recordamos lo dispuesto en el artículo anterior al hablar de la imputación y lo que enseña el artículo 20 fundamental en nuestro código.

Buscando, pues, la debida armonía en las disposiciones de la sección que comentamos, diremos que por este artículo se faculta al cónyuge á renunciar la porción conyugal, quedándose con sus bienes, ya sean iguales ó de mayor valor que aquéllos, ó puede abandonar éstos exigiendo la ~~parta~~ conyugal ó el complemento.

¿Qué ventajas puede reportarle al viudo esta facultad? Quizás en la mayor parte de los casos ninguna.—La armonía que reine entre los herederos obviará cualquier dificultad al determinar el verdadero valor de los bienes, ya sean los de la sucesión como los propios del cónyuge—Pero no siempre la buena fe y la sinceridad dirigen los actos de todos los interesados en una sucesión, y no sería imposible encontrar herederos que trataran de perjudicar al cónyuge, elevando el valor de sus bienes á fin de que el complemento fuese nulo ó de poca importancia. Un distinguido jurista chileno explica la razón de la existencia del artículo que comentamos: “El legislador no ha tenido otra intención que dejar en manos del cónyuge sobreviviente la facultad de rechazar la tasación que se haga de los

“ bienes que posee ó de lo que se le adeude. Si esos bienes y derechos se tasan por un precio que, en concepto del cónyuge es muy subido, puede abandonarlos y pedir que se le entere con otros bienes la porción conyugal. Lo mismo será si los demás interesados en la sucesión del cónyuge difunto afirman que el cónyuge sobreviviente no tiene derecho á porción conyugal, por cuanto los bienes que posee ó los derechos que le competen en la sucesión del difunto valen tanto como lo que le corresponde por porción conyugal, ó más que esto.”

Para el caso que tiene una importancia excepcional cuando el cónyuge concurre como heredero en el 2º orden.

acera

ARTÍCULO ~~887~~ ⁸⁸⁷ 331 [1914]

La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes del difunto, en todas los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos.

Habiendo tales descendientes, el viudo ó viuda, será contado entre los hijos á los efectos del art. 887, inciso 1º. y recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo. (Artículo 1043 num. 4.)

Art. 887—inciso 1º.—Habiendo solo un hijo legítimo ó descendencia con derecho de representarle, será la porción legitimaria la mitad de los bienes; si hay dos hijos, las dos terceras partes; si hay tres ó más hijos, las tres cuartas partes.

Ya se ha estudiado la naturaleza de la porción conyugal, también se ha visto cuándo y en qué circunstancias debe hallarse el cónyuge para poder ejercer su derecho.

Ahora estudiaremos el *quantum* de ella.

Dos criterios ha creído justo aplicar nuestro legislador, el 1º. invariable, de la cuarta, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos; y el 2º. esencialmente variable, expuesto el cónyuge á la contingencia de haber pocos ó muchos hijos.

En cualquier orden de sucesión, haya pocos ó muchos

interesados, la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes. Es decir, el cónyuge premuerto no puede combinar sus disposiciones de última voluntad de modo que resulte menor de la cuarta parte la porción correspondiente al cónyuge que sobrevive; aunque por no haber sinó herederos de parentesco lejano tenga aquél la más libre disposición de sus bienes. X

La cuarta parte es en este artículo el límite que marca lo mínimo que el cónyuge sobreviviente puede recibir en la sucesión del cónyuge premuerto, cuando éste carece de descendencia legítima, sean los que fueren los llamados á heredar por testamento ó sin él.

Pero nada impide en tal caso que el cónyuge reciba más; pues siendo entonces de libre disposición todos los bienes ó una gran parte de ellos, puede ser ampliada la porción conyugal por el testamento; y en los casos de sucesión intestada, la ley llama también al cónyuge á la sucesión, no ya á título de asignatario de la porción conyugal, sino al de heredero directo, en términos tales que á veces recaerá en él la mitad ó toda la herencia por falta de ascendientes, hermanos ó descendencia natural del difunto. (hay no)

La limitación de la porción conyugal á sola la cuarta parte de los bienes cuando no concurren descendientes legítimos, y especialmente cuando solo concurren parientes lejanos llamados por la ley ó extraños instituidos por el testador, ha sido objeto de discusiones y críticas.

Suponiendo una sucesión con 100.000 \$, la porción

Hay en la sucesión intestada de un difunto que vive la porción conyugal o el 100%

no puede ser ampliada según el Dr. Cortada por de aumentarse por el testamento la parte del cónyuge.

conyugal forzosa se limita á 25.000 \$. El testador falto de descendencia y ascendencia legítima puede disponer á su arbitrio de las otras tres cuartas partes. Si no ha testado, y deja ascendientes, la ley llama á éstos á la herencia, y se absorben éstos toda, menos la porción conyugal que es la cuarta. Si no ha testado y no deja tampoco ascendientes, el cónyuge es obligado á concurrir con los hermanos legítimos, la descendencia natural y aun los hijos adoptivos del muerto. En concurrencia con éstos, siempre su porción hereditaria, igual á la conyugal, resulta la cuarta parte.

¿Es esto justo? ¿Es aceptable que el viudo ó viuda no tenga en la sucesión más derecho que un pariente lejano, un hermano quizá alejado del muerto, un sobrino que acaso ni lo conoció y viene á heredar por representación? No es posible que el cónyuge sobreviviente que compartió con el difunto los días de alegría y lo acompañó en sus afanes, y dividió con él las horas de la tristeza y del dolor, y quizás contribuyó con sus cuidados á conservar por largo tiempo la vida, al ayudarlo en sus desgracias, se vea pospuesto por una persona que solo estaba unida al difunto por el vínculo de un parentesco en que ya los lazos de afectión están relajados.—La unión que forma el matrimonio hace del marido y la mujer casi un mismo ser, de tal modo, que lo que alegra y abrumba á uno, alegra y entristece al otro. El matrimonio hace que el hombre y la mujer se deban el uno al otro, en tal grado, que al formar el nuevo hogar parece que se debilitan los vínculos, hasta

Hereditario

dejado por el 1026, 190

entonces tan fuertes, que los ligaban al hogar paterno. ¿Acaso el confidente más íntimo de un cónyuge no es el otro? La vida en común, en que el marido da su nombre y protección á su nueva compañera y ésta le ofrece todas sus afecciones y sentimientos, no arma con derechos al que sobrevive, para anteponerse ó, á lo menos para estar á igual altura que á cualquier otro pariente!

¿No es acaso la afección *la principal base* que la ley tiene en cuenta para conceder ó negar derechos en la sucesión de una persona? (artº. 975 C. Civil) Y para la ley no puede haber mayor grado de cariño que el que nace de las relaciones conyugales. ¿El legislador tiene acaso otra base para autorizar el matrimonio que el afecto? Podrán celebrarse matrimonios fundados solamente en un sentimiento interesado ó mezquino, mas para la ley no puede existir otra causa que le dé origen, sino la afección entre los contrayentes.

Con qué título se le negará al marido que sobrevive un derecho mayor á la sucesión de su esposa, que á cualquier otro interesado? ¿No ha sido el jefe de la sociedad disuelta, el apoyo y guardador de la honra de su esposa? Y además, á él como administrador se le debe que el patrimonio dotal se haya conservado intacto. Y si es la mujer, la sobreviviente, ¿no ha adquirido también derechos en la sucesión de su esposo para ocupar el primer lugar? ¿No ha sido la compañera en todos sus momentos y por él no abandonó el hogar paterno?

por el artº 1026

No se olvide que hoy en el matrimonio no es la mujer la esclava de los viejos tiempos; su misión es mucho más elevada: es la señora del hogar. Si á ella llegan las alegrías, también es la primera en sufrir con su marido en los momentos del infortunio.

Y no se tomen estas palabras como entusiasmos de la juventud. Escritores serios cual Laboulaye han dicho: " Por las atenciones con que una legislación " rodea á las viudas puede juzgarse de su espíritu; es " una ley constante, que á medida que avanza la " civilización aumentan los derechos de la mujer. "

Si no podemos tachar de avaro á nuestro legislador, respecto á conceder derechos al cónyuge sobreviviente, al menos diremos que no ha sido lo bastante generoso para calificarlo de justiciero. Si lo comparamos con el código de Napoleón hallaremos una diferencia notable, pero con todo no ha podido sacudir el peso abrumador de la tradición, y sin un exámen atento aceptó sobre esta materia las disposiciones del Código chileno.

Creemos, pues, que debe reformarse este inciso elevando la cuota del cónyuge á la tercera parte, cuando concorra con herederos legitimarios (exceptuando los descendientes legitimos) aunque para ello sea necesario reformar los incisos 2.º, 3.º y 4.º del art.º 849; y la mitad, cuando no existan tales herederos.

$\frac{1}{4}$ de $\frac{146.716}{4} = \frac{146.716}{16}$

$\frac{146.716}{4} = 36.679$
26
27
31
36

$\frac{146.716}{4} = 36.679$
140.037
36.679
146.716

$\frac{3}{4}$ de $\frac{146.716}{4} = 110.037$
 $\frac{146.716}{4} = 36.679$
3
4
110.037

II—En el segundo inciso el criterio que ha adoptado el legislador para determinar el quantum de la porción conyugal, es esencialmente variable, como ya hemos dicho; aumenta ó disminuye según disminuya ó aumente el número de hijos.—En una sucesión que haya cinco hijos y un acervo de 80.000 \$, la porción conyugal será un sexto de la parte legitimaria, pues contándose el viudo ó viuda entre los hijos, á los efectos del artículo ~~849~~ inciso 2.º, tendremos: legitima de los hijos $\frac{3}{4}$ de la herencia ó sea 60.000 \$; dividida esta cantidad entre los cinco hijos y el cónyuge, le corresponderá á cada uno 10.000 \$, á los hijos como legitima rigurosa y al viudo ó viuda como porción conyugal.

El legislador se aparta completamente en la sucesión de descendientes legitimos de la invariabilidad, al precisar el derecho del cónyuge; lo único que le preocupa, es que no lleve una porción mayor que lo que pueda corresponder á cada hijo; si hay pocos descendientes, llevará una suma mucho mayor que si hubiera muchos, como mayor será la legitima rigurosa en el primero que en el segundo caso.

¿Y qué menos puede llevar el padre ó la madre para su congrua sustentación, sino una parte igual á cada uno de sus hijos?

Supongamos una sucesión en la cual no haya mas que un hijo y tomando el ejemplo anterior y empleando el mismo procedimiento, diremos: acervo 60.000 \$—como hay cónyuge é hijo, y el primero es considerado como hijo al solo objeto de recibir su parte en la herencia

60.000
10.000

24
10.000
882

30.000
10

60.000
40.000

se deduce claramente, que la legítima rigorosa son los dos tercios del acervo (art. 849 inciso 1.º) ⁸⁸⁶ ó sean 40.000 \$, y dividiendo ahora esta suma entre dos (cónyuge é hijo) tendremos un tercio para cada uno ó sea 20.000 \$, desde que el cónyuge se cuenta entre los hijos.

Como se vé, el procedimiento seguido es el mismo en uno como en otro caso y aceptado por todos en el primero es rechazado por varios en el segundo.

Este caso de una sucesión en que no haya más que cónyuge y un hijo, ha dado lugar á varias discusiones.

Unos han llegado á conceder al cónyuge sobreviviente á título de porción conyugal la mitad del patrimonio. Para llegar á este resultado razonan de la siguiente manera: cuando hay un solo hijo la parte legitimaria es la mitad (art. 849 inciso 1.º) y desde que el cónyuge se cuenta como hijo, le corresponderá la otra mitad del patrimonio. Rechazamos esta interpretación que se hace de la ley. El Código no dice que el cónyuge se cuente como un hijo, sinó que expresamente declara que se le cuente entre los hijos. Además, este modo de partición vá contra disposiciones terminantes de la ley. Con esta doctrina ¿de dónde se sacará la parte de libre disposición, que hay que respetar tanto como la legítima? Si tal cosa se hiciera vendríamos á destruir una disposición fundamental de las sucesiones, como es la que oculta al testador para dejar á cualquiera una parte de su patrimonio; desaparece el sistema de nuestro Código sobre la legítima rigorosa y la efectiva. No será interpretar la ley sinó hacerla.

Afortunadamente este modo de partición no fué aceptado por nuestros magistrados y en breves palabras el Fiscal de lo Civil Dr. Vázquez Acevedo, en su carácter de defensor de los intereses de los menores, lo rechazó como contrario á nuestra ley comun. Aplicando rigurosamente las disposiciones de los artículos ~~843 y 849~~ ^{886 887} del Código Civil, cuando hay cónyuge y un hijo la porción conyugal es una tercera parte, puesto que contándose el cónyuge como un hijo, resultan dos hijos y en tal caso la parte disponible es una tercera parte, y la legítima rigorosa de cada hijo, ó de la mujer y del hijo, son las dos terceras partes, una para la mujer y otra para el hijo."

II

Un tercer modo de partición se ha propuesto y es el siguiente: acervo de la herencia 60.000 \$, parte legitimaria en virtud de no haber mas que un hijo 30.000 \$ ó sea la mitad (art. 849 inciso 1.º), dividiendo esta suma entre el cónyuge y el hijo, 15.000 \$ para cada uno ó sea la cuarta parte.

En nuestro humilde modo de pensar, consideramos este procedimiento contrario á la letra y espíritu de nuestro Código.

En efecto, se empieza por afirmar que la legítima rigorosa del hijo es la mitad, y á renglón seguido se la

886 887
~~843 y 849~~

887

que debería ser

3/4

rebaja á la cuarta parte. Esto es contrario á la ley.— Si se empieza por declarar que la legítima rigorosa es la mitad, es imposible disminuirla en nada.—“La legítima es la parte de bienes que la ley asigna á cierta clase de herederos *independientemente* de la voluntad del testador, y de que este no puede privarlos, sin causa justa y probada de desheredación (artº. 818).”
887. Pues bien, cuando al mismo testador no le es dado disminuir la legítima, ¿cómo es posible que otros lo hagan? La legítima rigorosa es esencialmente fija y no admite gravámen, condición ni sustitución de ninguna especie (artº. 856). 897

Además, es contradecirse á sí mismo, empezar por reconocer al hijo la mitad del patrimonio á título de legítima, y concluir por solo concederle la cuarta parte— No hay lógica ni criterio fijo. x

Los que este procedimiento sostienen alegan en su defensa: 1º, sería una injusticia que el cónyuge que solo tiene derecho á la cuarta parte cuando concurre con herederos no privilegiados, pueda llevar la tercera parte en concurrencia con los hijos, que son herederos forzosos, y á quienes la ley acuerda una protección especial.

A esto contestaremos: si basándose en el inciso primero del artículo que comentamos, quiere hacerse recaer la injusticia en las disposiciones del otro; nosotros con el mismo derecho diremos que es una gran falta de equidad que el cónyuge que puede llevar una tercera parte del patrimonio en concurrencia con un hijo, no

solo

tenga derecho á una cuantía mayor cuando solo se halla enfrente de herederos no privilegiados.

Tan consistente es la argumentación en uno como en otro caso.

Nosotros, sin embargo, no negaremos que sea injusto concederle una parte mayor en el segundo caso que en el primero. Pero ya hemos dicho que si hay injusticia, ella no está en el inciso 2º. sino en la poca generosidad del legislador en no concederle al cónyuge más de la cuarta parte; ya se demostraron los derechos que el viudo ó viuda tienen para exigir una porción mayor que lo asignado por la ley.

Pero á nosotros no nos es dado modificar ó destruir una ley á pretexto de los peligros que entraña ó de la falta de equidad que ella encierra. No es el magistrado el que debe hacer la reforma, solo á los legisladores les corresponde intentarla. Y mientras ella no llegue es nuestro deber aceptar la ley tal cual está concebida.

Hay que tener presente el artº. 17; cuando la ley es clara no se desatenderá su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu. Y aquí se quiere destruir completamente el sentido literal del inciso que comentamos á pretexto de una injusticia.

Es indudable que el legislador oriental no tuvo presente esa desigualdad que hemos hecho notar, y ella proviene de haber aceptado sin gran estudio las disposiciones del código chileno, como vamos á demostrarlo.

Nuestro código idéntico al de esa república en lo que se refiere á la porción conyugal, se separó en las disposiciones concernientes á las legítimas. Según la legislación chilena, la parte legitimaria es la mitad del patrimonio en todos los casos, haya uno ó muchos hijos; en cambio, en el nuestro las legítimas varían según que haya uno, dos ó mas hijos, pues en el primer caso son la mitad, en el segundo dos tercios, y en el tercero los tres cuartos del patrimonio.

Siendo la legítima la mitad del patrimonio é invariable, nunca podría llevar el cónyuge la tercera parte á título de porción conyugal, aun en el caso de no haber más que un hijo; porque dividiendo esa legítima entre el cónyuge é hijo, siempre daría como máximum, la cuarta parte para cada uno de ellos.

Pero siendo variable la parte legitimaria en nuestro código, y elevándola á los dos tercios en el caso que discutimos, claro es que también se eleva la legítima rigurosa del hijo y por lo tanto la porción conyugal, desde que una y otra deben ser iguales.

Con esto creemos haber demostrado que la falta de equidad está en la misma ley y no en el procedimiento que hemos seguido para hacer la partición, y por lo tanto mientras aquélla no se reforme no nos es dado proceder de otra manera.

III—A pesar de todo lo expuesto, no se dan por vencidos los contrarios de la doctrina que en nuestra pobre opinión nos parece cierta, y comprendiendo que deben buscar armas para su defensa en la misma letra de la ley, tratan de interpretarla con sofismas, no con argumentos y lo hacen del modo siguiente. La ley, dicen, en el artº. 8º ~~inciso~~ inciso 2º. no habla de descendiente, sino en plural, de descendientes, luego solo debe aplicarse al caso que haya dos ó más hijos, pero nunca cuando solo haya uno.

La única verdad que encierra este argumento es el hacer notar que la ley emplea la palabra *descendientes* y no *descendiente*; pero que de ahí pueda seguirse que esa disposición no puede ser aplicable cuando haya un solo descendiente, de la misma manera que si hubiera muchos, hay una gran distancia..... casi un abismo.

Según eso no habría ley alguna que sirviera de apoyo al cónyuge sobreviviente para exigir su porción conyugal cuando sólo hubiera un hijo; porque no podría invocar á su favor la disposición del primer inciso, pues su letra y espíritu bien claramente demuestran que no rige á las sucesiones de descendientes legítimos; tampoco podría basarse en el segundo inciso (según los contrarios) porque éste sólo habla de *descendientes* y no *descendiente*; luego, el viudo ó viuda se quedaría sin porción conyugal; á menos que racionando por analogía, nos convirtiéramos en legisladores y le adjudicásemos la cuarta ú otra parte alicuota del patrimonio.— ¿Es esto admisible? Evidentemente no.

¡que pesado!

Con disposiciones del mismo Código vamos á demostrar que cuando el legislador habla en plural se refiere á uno ó más interesados, y al emplear en este inciso la palabra descendientes, ha querido referirse tanto al caso que haya un hijo como varios.

Tenemos el artº. 188 que dice: "se llaman hijos legítimos los que nacen de matrimonio." La ley habla en plural; sin embargo, á nadie se le ha ocurrido el sostener que dentro de esta disposición no esté incluido el caso en que no haya más que un hijo nacido de matrimonio; porque el admitir lo contrario, sería declarar que el legislador no ha definido lo que es hijo legítimo.

También tenemos el inciso 2º del artº. 987: "Los descendientes legítimos excluyen á todos los otros herederos" (nótese que emplea la misma palabra descendientes). El hombre más desprovisto de nociones jurídicas comprende que en este inciso está incluida la sucesión que no tenga más que un descendiente legítimo; el mismo vulgo sabe que cuando no hay más que un hijo legítimo éste se lleva toda la herencia: es el heredero universal, y sin embargo la ley está en plural. 881

Los que sostienen que el artº. 843 inciso 2º. sólo habla de descendientes y no de descendiente, deben aceptar las consecuencias erróneas que resultan de aplicar su doctrina á los artículos que por vía de ejemplo citamos, sinó desean ser tildados de ilógicos.

IV—Para saber cuándo y cómo se saca la porción conyugal, hay que tener presente si se trata de sucesiones sin descendencia legítima ó con ella.

En las sucesiones sin descendencia legítima

A) *sin descendencia legítima*
En el primer caso la porción conyugal no forma parte de lo que el legislador llama acervo líquido, es decir, lo que queda de la masa de bienes y derechos del difunto para ejecutar las disposiciones del testador, después de las deducciones que el art. 1005 enumera, y entre las cuales está incluido el derecho del cónyuge. 1043

Esta disposición evidentemente favorece al cónyuge, porque puede exigir de inmediato su cuota, sin necesidad de esperar á que se liquide la parte de los herederos, desde que no está incluida en la porción legítima. — La partición se hará en esta forma: acervo total ó ilíquido 60.000 \$; porción conyugal, cuarta parte ó sea 15.000 \$—resto 45.000 \$, ó sea la masa de bienes que forma el acervo líquido (suponiendo ya descontadas todas las otras deducciones enumeradas en el expresado artº. 1005). 1025

B) *Hay descendencia legítima*
Diferente es el procedimiento á seguirse en el caso de haber hijos legítimos. Entonces la porción conyugal no es una deducción preferente, está incluida en la parte legítima que con la de libre disposición forman el acervo líquido.

La ley, que no concede al cónyuge supérstite más parte que la correspondiente al hijo por su legítima rigorosa, tampoco podría mejorarlo si le permitiera retirar su porción antes que este. Entra con sus hijos al mismo tiempo y por igual cuantía.

ARTÍCULO 844 ~~852~~ 882

Si el cónyuge sobreviviente hubiese de percibir en la sucesión del difunto, á título de donación, herencia ó legado, más de lo que le corresponde á título de porción conyugal, el sobrante se imputará á la parte de bienes de que el difunto pudo disponer á su arbitrio.

El legislador estudia el caso bastante frecuente de que el cónyuge reciba por voluntad del testador una parte de la herencia.—No le niega el derecho de aceptarla; pero si se le obliga á rebajarla de la porción conyugal. Muere una persona dejando cinco hijos y cónyuge y un patrimonio de 80.000 \$; la parte legitimaria en este caso es 3/4 ó 60.000 \$, el 1/4 restante ó sea 20.000 \$ la de libre disposición, que el testador lega al cónyuge. La porción conyugal es 1/6 ó sea 10.000 \$.

En virtud de este artículo y lo dispuesto en los 840 y 841, el cónyuge podrá exigir el legado hecho por el testador, renunciando la porción conyugal; ó aceptar esta y pedir lo que falte hasta completar el monto del legado, ó sea 10.000 \$, quedando entonces otra cantidad igual que se agregaría á las legítimas rigurosas de los hijos.

A pesar de la claridad de las disposiciones citadas no ha faltado quien ha sostenido el derecho del cónyuge á llevar además de la porción conyugal lo que el tes-

tador le deje, siempre que quepa dentro de la parte de libre disposición.

Se ha dicho que si por la ley está obligado el testador á conceder la porción conyugal y puede disponer á su arbitrio de una parte del patrimonio, es indudable que puede concedérsela al cónyuge, porque de lo contrario resultaría la anomalía de que el testador podría dejar á un extraño lo que no se le permitió legar á su cónyuge.

Si bien es cierto que debe imputarse á la porción conyugal todo lo que el cónyuge tenga que recibir, no por eso puede deducirse que en virtud de lo dispuesto en este artículo, quede el testador privado de la facultad de disponer á su arbitrio. La letra de la ley permite asignar al cónyuge sobreviviente, y manda únicamente que el sobrante, esto es, el valor en que la asignación excede á la porción conyugal, se impute á la parte de bienes de que el testador ha podido disponer á su arbitrio, sin fijar á este sobrante otro límite que el de la porción de bienes de libre disposición.—Además, ¿qué inconveniente puede haber en llevar el cónyuge la porción conyugal y lo que el testador le deje?

Nadie niega que el testador puede legar al cónyuge toda la parte de libre disposición y éste aceptarla, desapareciendo por lo tanto la anomalía de que un extraño obtenga lo que al cónyuge no le es dado recibir. Lo que la ley quiere, y bastante lo ha repetido, es que el cónyuge no pueda exigir porción conyugal cuando tiene bienes de un valor mayor ó igual á la cuantía de ésta,

Livingston Rusa
Mestrovich

El cónyuge sobreviviente puede recibir además de la porción conyugal lo que le corresponde al cónyuge por testamento. No se le rebaja el 1/6.

1/6 conyugal + 20000 + 10000 = 30000
1/6 conyugal + 10000 = 20000

240.000
60.000
10.000

Rusa
Mestrovich

878

y sólo le permite percibir el complemento cuando sean de menos valor que aquélla. Así lo determina expresamente el artículo 840.

Ya hemos dicho al comentar el artº. 840 que en esos bienes se entienden comprendidos los derechos y acciones que el cónyuge tenga en la sucesión del otro, y cuando esos derechos exceden de la porción conyugal el cónyuge no es pobre para la ley, y por lo tanto no puede exigir esa asignación si opta por el legado.—Y no se argumente con que el verbo *tuviese* (artº. 840) se refiere á una época anterior á la muerte del testador, porque eso no es aceptable; desde que hace mención al cónyuge sobreviviente, su acción llega á todo lo que éste posea antes y en el instante del fallecimiento.

El aceptar la doctrina de la acumulación, es destruir todo el sistema de la porción conyugal, porque desaparece la base en que descansa: la relativa pobreza del cónyuge.

De Merin, en la pag 76, demuestra que esto de la relativa pobreza lo es "comard" o a quieren, un mito.

ARTÍCULO 845 ~~458~~ 883

En lo que el viudo ó viuda perciba á título de porción conyugal, sólo tendrá la responsabilidad subsidiaria de los legatarios. (Art. 1145)

Sin embargo, el cónyuge á quien por cuenta de su porción conyugal haya cabido á título universal alguna parte de la sucesión del difunto, será responsable á prorata de esa parte, como los herederos en sus respectivas cuotas.

Si se imputase á la porción conyugal la mitad de gananciales, subsistirá en ésta la responsabilidad especial que le es propia según las disposiciones legales que reglan la sociedad conyugal.

El principio general desarrollado en este artículo es que la responsabilidad del cónyuge es subsidiaria, es decir, que sólo será llamado á contribuir al pago de las deudas cuando los herederos no puedan satisfacerlas (artº. 1137).

Los herederos en virtud de la responsabilidad directa á que están sujetos por la ley, están en la estricta obligación de pagar toda y cada una de las deudas. Representan al difunto en todos sus derechos y obligaciones, y sólo pueden exonerarse de esa responsabilidad general aceptando la herencia con beneficio de inventario.

conyugal

El cónyuge no tiene necesidad de hacer uso de ese beneficio, desde que su responsabilidad sólo es proporcional al monto de lo que perciba (art. 1137).

id.
Pero este privilegio cesa cuando el viudo ó viuda recibe una parte de la herencia que se imputa á su porción conyugal; porque entonces es justo que siga la suerte de todos los herederos.—En este mismo sentido se expresa el tercer inciso, al hablar de la responsabilidad que le corresponde al cónyuge cuando por su porción conyugal recibe una parte de los bienes gananciales.

Con lo expuesto doy por terminadas estas breves observaciones que me he atrevido á hacer al tema de la porción conyugal.

1925 se deja constancia que
1929 el autor de esta tesis no
tiene nada que ver con
el B. en la tesis.

1931

V. B.

Juan P. Castro.

Puede imprimirse.

Eduardo B. del Pino.

Comuníquese. Publíquese. Se huse una
copia... etc

MACANEÉ...!



108
- 75
83