

SUCESION DEL CONYUGE

JULIO J. LOPEZ DEL CARRIL
Profesor Asociado de Derecho Civil V (*)

Reseña histórica y Derecho Comparado

En el derecho primitivo, la condición de la mujer era casi servil y estaba considerada como un ser inferior. La concesión de derechos hereditarios a los esposos unidos por matrimonio válido y no divorciados, se verificó en Roma por la "Bonorum possessio unde vir et uxor", por la que llamó Ulpiano a falta de los unde liberi, unde legitimi y unde cognati. En razón del edicto, entonces, el marido sucedía a su esposa fallecida intestada y la mujer al marido, si no había sucesible de grados anteriores, llamado a la posesión de los bienes. Esta disposición, quedó contenida en el Digesto romano, que concedía derecho hereditario al cónyuge, en último término, a falta de otros parientes sucesibles.

Justiniano, por la novela 117 capítulo 5, reconoció a la viuda pobre e indotada, el derecho a recibir, aún en concurrencia con los parientes de su marido, una cuarta parte de la herencia llamada porción viril, cuando concurrían más de tres hijos. De este derecho, la viuda no podía ser privada, ni aún por testamento.

El emperador León extendió este beneficio al esposo y de allí pasó a las comarcas francesas de derecho escrito. En cambio en las comarcas del derecho consuetudinario, se estableció el principio de la conservación de los bienes en la propia familia, negando así, al cónyuge supérstite todo derecho hereditario cuando concurría con parientes legítimos de su consorte. Las costumbres de Normandía llegaron a preferir al Fisco como sucesor anterior al cónyuge. Las costumbres de París, Orléans, Bretagne, Anjou, Artois, confirieron a la esposa supérstite, un usufructo legal sobre los inmuebles propios del marido.

(*) El autor es asimismo profesor adjunto, por concurso, de Derecho Civil V y Consejero Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata.

En una etapa más próxima, hasta bastante adelantado el siglo XIX, la mujer guardaba su patrimonio íntegro, mediante el régimen dotal, y el marido debía entregarlo por sí o por sus herederos a la época de la disolución de la comunidad.

En el derecho español, se adoptó el sistema de la dote inalienable y de la porción conyugal limitada, quedando ésta convertida así en un exiguo derecho alimentario. Fuera de este supuesto, el cónyuge sólo heredaba por colocación en el décimo lugar de los sucesibles, es decir, era el penúltimo de la escala, sólo le seguía el Fisco.

La ley española de 1835, fue la primera que modificó fundamentalmente ese criterio: primero, invadían el derecho sucesorio los descendientes; luego los ascendientes; después los colaterales, hasta el cuarto grado; luego los hijos naturales; inmediatamente después el cónyuge; y, finalmente los colaterales de quinto grado, hasta llegar al décimo grado.

En el derecho francés, se revivieron las reglas del Digesto por el Código Napoleón de 1804, en sus artículos 767 y siguientes; el que dificultosamente y con lentitud fue objeto de variantes por leyes especiales, como la de 9 de marzo de 1891, 29 de abril de 1925 y 3 de diciembre de 1930, quedando la norma de la siguiente forma: "Si el difunto no ha dejado parientes de grado sucesible en una de las dos líneas, paterna o materna, la parte de la sucesión que debía ser atribuida a los parientes de la otra línea es devuelta al cónyuge contra el cual no exista juicio de separación de cuerpos pasado en autoridad de cosa juzgada". En realidad, se hace concurrir al cónyuge conjuntamente con los parientes más próximos, en el usufructo sobre una parte del acervo, ya sea la mitad o ya sea un cuarto, según los casos, y en este aspecto, no hay variante con respecto a la norma original del artículo 767; y se mantiene el derecho de propiedad del total, en el caso de inexistencia de parientes.

En el derecho italiano, el Código Civil de 1942 declara legítimarios a los cónyuges; pero, por el artículo 540 la cuota parte hereditaria no consiste en este derecho de propiedad, sino en una reserva, a favor del cónyuge de los dos tercios del usufructo del patrimonio del otro cónyuge, cuya cuota de usufructo varía, según sea cada uno de los casos de concurrencia.

Claro que, en general, donde el derecho hereditario del cónyuge, se limita a un derecho usufructuario, y no existe entonces una vocación sucesoria plena, dominante y sucesoria, es porque nos encontramos con el funcionamiento de otra institución que, entre nosotros, sólo tiene un funcionamiento y desarrollo limitado: el régimen dotal. Efectivamente, en aquellas legislaciones, el régimen dotal es un privilegio y un sistema de protección a favor

de la mujer, de tal manera, que el marido está obligado a restituir esos bienes dotales, y encontrándose así protegida la mujer, se sostiene que, entonces, al no ligarle vínculo de sangre con su esposo, al no ser parientes con el mismo, y al funcionar el régimen dotal, se respetan dos principios: la protección a la mujer y la línea sucesoria por derecho de sangre.

En el derecho comparado el cónyuge tiene derecho hereditario propio: en el Código alemán (artículo 1931) en el Código Civil del Perú (artículo 760), pero, preterido por padres, ascendientes y hermanos; en el de Venezuela (arts. 824 y 826) y en el Código Civil de la Argentina (artículos 3570 y siguientes).

El sistema francés ya referido, del artículo 767 del Código Napoleón, rige en los Códigos de Bélgica, Holanda y Brasil.

En cuanto al Código de Chile, se excluye al cónyuge de la vocación hereditaria, si éste deja descendientes legítimos, pero admite la concurrencia del consorte en los casos de ascendientes legítimos, hijos naturales y hermanos.

Hay un error de Lafaille, en cuanto al Código del Uruguay. Aclaramos entonces de que, en el Código Civil Uruguayo, el cónyuge no es legitimario, lo verdadero es que al igual que en el derecho español tiene una "porción conyugal", equivalente a un cuarto de los bienes del difunto, sino hay descendientes legítimos, pero si los hubiera, la "porción conyugal" es igual a la legítima de un hijo legítimo.

Derecho argentino

En el derecho argentino, la formación histórica del derecho hereditario del cónyuge, obedece a distintos factores: la concepción rioplatense de la vocación hereditaria entre esposos nació al impulso de una fundamentación ética y económica, emanada de la necesidad de contemplar la situación creada, por el hecho, de que la mayor parte de las fortunas se formaban por la obra y el esfuerzo común de los esposos, y los bienes gananciales tenían y tienen en las sucesiones una importancia muchísimo mayor que la de los bienes propios.

De esa situación, nació la ley uruguaya del 16 de junio de 1837, por la cual se confería al cónyuge superviviente no divorciado, la totalidad de la herencia de su esposo/a premoriente, si no existían descendientes ni ascendientes legítimos o naturales. Igual temperamento adoptaron nuestras provincias de La Rioja en 1855 y Jujuy en 1856. El Estado independiente de Buenos Aires, a inspiración probable de Vélez Sarfield, que en ese momento era Ministro del Interior, dictó la ley de 27 de mayo de 1857, por la cual los cónyuges se heredaban recíprocamente en las sucesiones

intestadas, a falta de herederos forzosos y con exclusión de todo colateral, excepto el caso de separación judicial, en que el cónyuge culpable perdía el derecho hereditario.

Vélez Sarsfield al redactar el Código Civil Argentino, se anticipó a su tiempo, formulando un derecho hereditario propio del cónyuge, que importa un justo adelanto a las legislaciones de su época, y aún a algunas modernas y tomó una solución más favorable que la contenida en la ley de Buenos Aires de 1857, y así reconoció al cónyuge un rango sucesorio que corresponde al vínculo del afecto, a la posición social y a la realidad interlaboral y económica de los esposos.

En realidad, Vélez construyó todo un sistema representado en la siguiente forma: matrimonio y divorcio; sociedad conyugal y disolución de la misma; vocación hereditaria y exclusión de la misma.

La vocación sucesoria, no es nada más que una consecuencia de las ideas de Vélez, desarrolladas en la nota al título "Del matrimonio", cuando dice: "Un hecho de la importancia y resultados del matrimonio no podría descender a las condiciones de una estipulación cualquiera". "Había otra manera de considerar el acto que dejaba completamente libre al legislador para formular las condiciones todas del matrimonio, y era reputarlo como una institución social fundada en el consentimiento de las partes; y entonces las peculiaridades de su naturaleza, su carácter y la extensión de las obligaciones tan diferentes de las de los contratos, podían corresponder al fin de su institución. Como bajo este punto de vista consideraremos al matrimonio...". Las mismas ideas campean en la nota al título "De la sociedad conyugal", cuando dice: "La sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitimos sólo aquellas convenciones matrimoniales que jugamos enteramente necesarias para los esposos, y para el derecho de terceros". Todo ello, sigue concordando con las notas a los artículos 3572, 3573 y 3574.

En el Código Civil Argentino, la sucesión de los cónyuges, se halla reglada por los artículos 3570 inclusive a 3576, 3578, 3581 y 3597 inclusive.

El esposo/a, concurre a la sucesión del cónyuge premoriente, con los parientes más cercanos; sólo comparte el acervo hereditario, con los comprendidos en la línea recta, y desaloja a los parientes de la línea transversal, en forma absoluta.

Los cónyuges tienen un doble carácter en la liquidación sucesoria: como heredero de bienes en plena propiedad, y como socio por disolución de la sociedad conyugal, conforme a los artícu-

los 1281 y 1313, sin atender a la cuantía de los aportes a esa sociedad, según el artículo 1315.

Este régimen legal, es derogado en muy excepcional circunstancia, y la constituye la convención prenupcial prevista por el artículo 1217, pero cuya convención es limitadísima, y dentro de nuestra modalidad social y jurídica, prácticamente desconocida en la realidad.

El derecho hereditario del cónyuge de acuerdo a la normatización del Código Civil

Casos de concurrencia:

a) El cónyuge con descendientes legítimos: dispone el artículo 3570 del Código Civil: "Si han quedado viudo o viuda e hijos legítimos, el cónyuge sobreviviente tendrá en la sucesión, la misma parte que cada uno de los hijos". La expresión "sucesión" en esta norma, debemos considerarla con la restricción introducida por el artículo 3576, en su texto modificado por la Ley de Fe de Erratas.

En efecto, sabemos que, "sucesión" es el conjunto de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, de acuerdo al artículo 3279; pero el cónyuge "no tendrá parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto a título de gananciales del matrimonio con el referido viudo o viuda" dice el artículo 3576; de allí debemos concluir que el término sucesión empleado en el artículo 3570 se refiere exclusivamente a los bienes propios, no obstante la disposición del artículo 3547 de que, en las sucesiones no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia, ya que aquella interpretación, importa una excepción a este último principio: pues distingue los bienes, en cuanto a su origen, en propios, y por aplicación de los arts. 1272, 1291, 1313, 1315 del Código Civil, en gananciales.

En ese caso, de los bienes propios, que contempla la norma del artículo 3570, la división de ellos se realiza entre el cónyuge y los hijos legítimos "in capita", o sea por cabeza y por partes iguales. El cónyuge hereda entonces, en esa clase de bienes, una parte igual que un hijo legítimo.

b) El cónyuge con un hijo adoptivo: la solución es la misma anterior, ya que por imperio del artículo 12 de la ley 13.252 el hijo adoptivo será considerado en situación análoga al hijo legítimo.

c) El cónyuge con hijos legítimos y adoptivos. La misma solución de los casos anteriores: el cónyuge hereda por cabeza y

a prorrata con los hijos legítimos y adoptivos: cada uno recibe una parte igual a cualquiera de los demás, ya se trate del cónyuge o de cualquiera de esos hijos.

d) Concurrencia con ascendientes. Dice el artículo 3571: "Si han quedado ascendientes y viudo o viuda, estos últimos concurrirán con los ascendientes a dividir la sucesión por cabeza, salvo los derechos del hijo natural".

Esta disposición es criticada por no concordar, ni con el sistema protector del Código, en cuanto al cónyuge desde el punto de vista de la vocación hereditaria y su porción viril, sino que protege a los ascendientes; adviértase, que la ley dice ascendientes y no padres, de allí que comprenda a las generaciones anteriores a estos, de tal manera que la situación del esposo sobreviviente va haciéndose más desfavorable a medida que concurre con mayor número de ascendientes, violando así la regla de la proximidad en el grado en cuanto al favor legal, y posibilitando que el cónyuge en alguna hipótesis reciba así una porción ínfima.

Bibiloni, en su Anteproyecto, dispuso que en el caso de quedar padres legítimos y cónyuges, se dividirán por cabeza la herencia, si sólo quedasen otros ascendientes legítimos y cónyuges. Éste tomará la mitad de la herencia y los ascendientes la otra mitad, que a su vez dividirán por cabeza.

En el proyecto de Reformas de 1936, la solución que da el artículo 1998, es la misma propugnada por Bibiloni.

e) Concurrencia del cónyuge con los hijos extramatrimoniales. Dispone el artículo 3578: "Si sólo quedase viudo o viuda, los hijos naturales dividirán la herencia por partes iguales, tomando la mitad de ella el viudo o viuda, si los bienes no fuesen gananciales del matrimonio, y la otra mitad el hijo o hijos naturales".

Esta disposición hay que acordarla con la ley 14.367 sobre indiscriminación de hijos, y por lo tanto la norma del Código comprende a los hijos extramatrimoniales, cualquiera que sea la calidad anterior que revistieran: naturales, adulterinos o incestuosos.

En el supuesto de la norma del artículo 3578 los bienes del cónyuge premuerto se dividirán en dos partes, atendiendo al origen de los bienes: una comprenderá los bienes propios del causante y la otra los bienes gananciales; sobre los bienes propios la cónyuge tomará la mitad, y los hijos extramatrimoniales la otra mitad, dividiendo ésta, entre ellos, por cabeza. En los bienes gananciales el cónyuge sobreviviente retirará su mitad como socio y por liquidación de la sociedad conyugal y la otra mitad la heredarán los hijos extramatrimoniales y la dividirán entre ellos "in capita".

f) Concurrencia del cónyuge con hijos legítimos y extramatrimoniales. Por el artículo 3570, el cónyuge y los hijos legítimos heredan al causante en los bienes propios por partes iguales. Por el artículo 8º de la ley 14.387, los hijos extramatrimoniales, tienen en la sucesión del progenitor, un derecho igual a la mitad del que le corresponde al hijo legítimo. En el supuesto, el cónyuge e hijos legítimos heredarán por cabeza y por partes iguales, y los hijos extramatrimoniales heredarán también por cabeza, pero, cada uno de ellos recogerá una cuota parte igual a la mitad de la que corresponda a un hijo legítimo o al cónyuge.

g) Concurrencia del cónyuge con ascendientes e hijos extramatrimoniales. El artículo 3581 establece el régimen que dice: "Si quedasen ascendientes legítimos y viudo o viuda, los ascendientes tomarán la mitad de la herencia, para dividirla entre ellos por personas; y la otra mitad se dividirá entre el viudo o la viuda y los hijos naturales: de modo que el viudo o viuda tendrá la cuarta parte de la sucesión; y la otra cuarta parte el hijo, o hijos naturales". Ya sabemos que hoy debemos entender hijos extramatrimoniales.

"Sostiene también que, en el caso de quedar solamente un ascendiente, la solución del Codificador es injusta, ya que el ascendiente retiraría el 50 % de la sucesión, el cónyuge el 25 % y los hijos extramatrimoniales el 25 %. Sostiene que, en ese caso, la división debería hacerse por tercios o sea un tercio para el ascendiente, otro tercio para el cónyuge y el otro tercio para los hijos extramatrimoniales.

h) Concurrencia del cónyuge y del padre o madre natural. No existe en el Código ninguna norma que resuelva de manera expresa el supuesto de esa concurrencia. Debemos recurrir entonces a la hermenéutica de los artículos 3584, 3571 y 3587. Dice el artículo 3584: "Si el hijo natural muere sin dejar posteridad legítima o natural, le sucederá el padre o la madre que lo reconoció; y si ambos lo reconocieron y vivieren, lo heredarán por partes iguales". De la terminología literal de esta norma, daría la impresión de que, si en dicha sucesión concurre el cónyuge superviviente del hijo muerto, no se le asigna parte en la misma. Sin embargo, no olvidemos que por el artículo 3571, se le confiere vocación hereditaria al cónyuge, en concurrencia con los ascendientes legítimos, y allí dividen la sucesión por cabeza. No respondería a una lógica jurídica, ni al pensamiento del Codificador, ni a la realidad familiar, que el cónyuge que concurre con los ascendientes legítimos, resultara excluido en concurrencia con los padres naturales, dándoles a éstos una situación de privilegio frente a los ascendientes legítimos.

La solución, según Lafaille, se logra por la norma del artículo 3587 que dice: "La legítima de los padres naturales que hubieren reconocido al hijo natural, cuando éste no dejare descendientes legítimos ni cónyuge sobreviviente ni hijos naturales, será la mitad de los bienes dejados por el hijo natural. Si quedasen hijos legítimos o hijos naturales, legalmente reconocidos, el padre natural no tiene legítima alguna. Si sólo quedase viudo o viuda, la legítima del padre natural será un cuarto de la sucesión". El derecho hereditario del cónyuge, en concurrencia con el padre natural, será entonces, determinado por aplicación de esta última norma, el cónyuge tomará tres cuartas partes de la sucesión y el padre natural una cuarta parte.

Martínez Paz no acepta esta interpretación, pues dice que el artículo 3587 se refiere a la porción legítima de los herederos forzosos, pero no contiene una vocación sucesoria ab intestato, que pueda crear un derecho susceptible de hacerse valer en los estrados judiciales. Esta teoría es errónea, ya que aquél, a quien, el Codificador le reconoce una porción legítima, le confiere vocación hereditaria por esa porción, y de la norma del artículo 3587, resulta expresa la legítima del padre natural, e implícita la parte del cónyuge, al admitir expresamente la concurrencia de éste con aquél.

Bibiloni en su Anteproyecto admite sin hesitación que el artículo 3587 determina la concurrencia hereditaria del cónyuge con el padre natural. La norma del artículo 3587 que se refiere al padre natural, debemos entender que, también se refiere a la madre natural, en las mismas y exactas condiciones y además por el artículo 3584; en esa forma se plantean dos casos de concurrencia:

1º) El cónyuge con el padre natural o madre natural. El esposo sobreviviente retira las tres cuartas partes y el padre o madre natural una cuarta parte. Esto corresponde a las sucesiones intestadas, por cuanto en las testamentarias como la legítima del cónyuge es la mitad, a ésta le correspondería el 50 % y al padre o madre natural el 25 %, siendo la porción disponible el otro 25 %.

2º) El cónyuge con el padre y madre naturales. El esposo superviviente, retira la mitad, y el padre y madre naturales la otra mitad, en conjunto, que dividen entre sí por cabeza. Y, si por el artículo 3585, la legítima del cónyuge es la mitad de los bienes del difunto, y por el artículo 3587 la legítima de los padres naturales, en conjunto, es la mitad de los bienes del causante, resulta que la porción disponible en este caso no existe. La solución se resuelve de la misma manera que el caso de concurrencia de hijos extramatrimoniales y cónyuge con respecto a sus legítimas y a la porción disponible, es decir de manera práctica: se super-

ponen las dos legítimas y luego se dividen, de tal manera que el cónyuge tendrá un cuarto de los bienes y los padres el otro cuarto, siendo la porción disponible de la mitad.

En mi entender, esta norma del artículo 3597, y por consecuencia la del artículo 3584, al referirse a los padres naturales no han sido modificadas por la ley 14.367, y las disposiciones indicadas del Código no se refieren a los padres extramatrimoniales, sino expresamente a los padres naturales que han reconocido a su hijo.

La ley 14.367 ha guardado silencio sobre el derecho hereditario de los padres extramatrimoniales y además por su artículo 11 ha dicho: "En cuanto a los derechos de los padres dentro del supuesto del artículo precedente, quedan circunscriptos a la prestación alimentaria y al usufructo si mediare reconocimiento espontáneo".

Adviértase que ese derecho no lo tienen los padres en el caso de reconocimiento forzoso, y que todos los derechos de los padres extramatrimoniales se reducen a la prestación alimentaria y al usufructo de los bienes.

La ley ha entendido imponer una sanción a los padres extramatrimoniales por su conducta, y sólo hace las excepciones que acabamos de ver.

Cónyuges solamente por inexistencia de descendientes y ascendientes

Dispone el artículo 3572: "Si no han quedado descendientes ni ascendientes los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los parientes colaterales, salvo los derechos de los hijos naturales".

Con esta norma, Vélez Sarsfield ha dado cuerpo a su pensamiento del especial rango que tiene el cónyuge en la vocación hereditaria legítima: concurre con descendientes y ascendientes y excluye totalmente a los colaterales. En la respectiva nota al citado artículo, acentúa Vélez, aún más, el sentido de la innovación que introduce, y que importa un progreso en la juridicidad moderna, aún la de nuestros días, y un reconocimiento a la jerarquía que, en la familia importa el cónyuge y su relevancia biológica, afectiva, moral, social y económica, y así dice: "Por los códigos modernos, no habiendo parientes sucesibles, los cónyuges heredan recíprocamente. Pero cuando hay parientes, los códigos de Francia y de Holanda no les declaran ningún derecho".

El artículo 3576

Sabemos que la sociedad conyugal se disuelve por: la separación judicial de bienes; por declararse nulo el matrimonio y por la muerte física de alguno de los cónyuges (artículo 1291 Código Civil). A su vez, la separación judicial de bienes procede: durante la existencia del matrimonio, a petición únicamente de la mujer, artículo 1292; en el caso de mala administración del marido de los bienes propios de la mujer (artículo 1294); en el supuesto de concurso de acreedores del marido (artículo 1294); cuando al marido se le nombre un curador distinto a su mujer; en la ausencia con presunción de fallecimiento, a petición de la esposa (artículos 1307 a 1310), o transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento u ochenta años de edad para el ausente, se concluye y liquida la sociedad conyugal (artículo 30, ley 14.394); en el caso de divorcio, a petición del cónyuge inocente (artículo 1306) o de cualquiera o de ambos cónyuges, en el caso de decretarse el divorcio por culpa de ambos, de acuerdo a lo resuelto por la jurisprudencia.

A estos casos, debemos sumar el del matrimonio nulo, previsto por los artículos 1291 y 1312 del Código Civil y 87 inc. 2º, 88 y 89 de la Ley de Matrimonio Civil. Vemos así que, la sociedad conyugal puede quedar disuelta en vida de los cónyuges, y que en ese caso, cada esposo recibe su parte de gananciales en esa liquidación, que por imperio del artículo 1315 es la mitad, o sean iguales partes entre ellos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bien alguno.

Concordante con esa posición, Vélez redactó el artículo 3576 que decía: "En todos los casos en que el viudo o la viuda son llamados a la sucesión, no tendrán parte alguna en la división de los bienes que le corresponden al muerto por gananciales del matrimonio que se hubiesen dividido con el cónyuge sobreviviente". Quedaba así, heredando solamente sobre los bienes propios del difunto, en el caso de que se hubiera producido la separación de bienes, y liquidación de la sociedad conyugal en vida de los esposos, y nada heredaba sobre los gananciales que había recibido el cónyuge premuerto. Este fué, sin duda, el pensamiento del Codificador, y ello guardaba armonía con la sistemática del Código y con la lógica jurídica dentro de ese sistema, pues que el cónyuge ya había cobrado su cuota de bienes de la sociedad conyugal, y convertirlo en heredero en los gananciales del premuerto, importaba adjudicarle una porción exagerada, comparativamente con los otros sucesibles, en especial con los hijos legítimos, que así resultaban menoscabados en su cuota viril.

Este sistema guardaba vinculación y armonía con la disposición del artículo 1301: "Después de la separación de bienes, la mujer no tendrá parte alguna en lo que en adelante ganare el marido; ni éste en lo que ella ganare".

La jurisprudencia no compartió esta tesis, y siguió a Segovia (nota 19 al artículo 3578 que corresponde al artículo 3576) que enseñó: "La porción legítima del cónyuge no se computa sobre la mitad de gananciales correspondiente al difunto, o a sus herederos, y si únicamente sobre el capital propio de éste, salvo el caso de no haber descendientes ni ascendientes" —en cuyo caso hereda en el todo—. De allí, la Suprema Corte de Buenos Aires y demás tribunales anteriores a 1882, en que se creó la justicia ordinaria para la Capital Federal, decidieron que el cónyuge nunca hereda sobre los bienes adquiridos por el matrimonio o gananciales, y existentes a la época del deceso del causante, hubiesen o no recibido los esposos su porción de gananciales, en vida.

Este artículo 3576 fue modificado por la Ley de Fe de Erratas, siendo su texto actual el siguiente: "En todos los casos en que el viudo o la viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes o ascendientes, no tendrá parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto a título de gananciales del matrimonio con el referido viudo o viuda". Como vemos se le agregó "en concurrencia con descendientes o ascendientes" que no figuraba en el texto original y se le suprimió "que se hubiesen dividido con el cónyuge sobreviviente" que figuraba en la norma de Vélez Sarafield.

La disposición actual guarda concordancia con la jurisprudencia que seguía la posición de Segovia, y que acabamos de ver. Por aplicación de la norma actual del artículo 3576 concurriendo el superviviente con ascendientes o descendientes, sólo hereda al premuerto en sus bienes propios, y retira su mitad de gananciales a título de socio. Si no existen bienes propios, el sobreviviente sólo recibe su porción de socio. Es decir que no recibe absolutamente nada en la parte de gananciales que correspondían al causante. Se da así el caso de que, un heredero legítimo, pues que tiene legítima por imperio del artículo 3595, consistente en la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge premuerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales, carece de hijuela o porción hereditaria en el acervo sucesorio, es decir un heredero sin herencia, teoría ésta del "heres sine re" sustentada por A. Chanteton en J.A. 13-33 Secc. Doctrinaria, y cuya situación ha merecido que Rébora la denomine "paradoja sucesoria".

La jurisprudencia, se ha pronunciado decididamente, en el sentido, de que la legítima de la esposa consiste en su mitad de

gananciales, y que no tiene parte alguna en la otra mitad de gananciales correspondiente al cónyuge premuerto; y ha ido más allá aún, ha dicho que hasta en el supuesto de haber sido instituido heredero por testamento, el viudo o viuda, sólo tendría derecho a la mitad de los bienes, cuando todos ellos fueren gananciales; esto es, sólo puede retirar su cuota como socio y nada como heredero y que la legítima del cónyuge consiste en esa mitad societaria. Así se determinó en el "leading-case", que lo es la sucesión de Antonio Nony, por la Cámara Civil (Fallo Registrado en Colección Cámara Civil 7 - 582) y que respondió al voto del doctor Damianovich; seguido por la sucesión de Julio Sierra donde la Cámara Civil 1ª decidió la exclusión del cónyuge supérstite por el hijo natural en la sucesión de los gananciales que correspondían al difunto (oct. 28 de 1915; G. del Poro 68-305); Sucesión Galván por la Cámara Civil 1ª (J.A. 10-540); Plater de Falcon v. Ibarra de Oliver por la Cámara Civil 2ª (G. del P. 50-146). En el mismo sentido, los fallos registrados en J.A. 14-46; 25-90; 27-322 Sucesión Pedro Elizalde por la Cámara Civil 1ª en marzo 11 de 1942.

Otra cuestión ardua, introdujo la reforma al artículo 3576, al decir: "En concurrencia con descendientes y ascendientes" sin aclaración expresa si comprende sólo a los descendientes y ascendientes legítimos, o a todos: legítimos y/o extramatrimoniales.

La mayoría de la doctrina representada por Segovia, Machado, Labiella, Erenales, De Casagari, Rabiloni, su Anteproyecto, el Proyecto de Reformas de 1936, se deciden por que se trata de descendientes y ascendientes legítimos. En cambio, Prayones y Rébora y la jurisprudencia, sobre todo en el caso Julio Sierra, que ya hemos visto, se deciden porque, al no distinguir la ley, comprende a todos legítimos y extramatrimoniales.

Sin embargo, entendemos que se trata de los descendientes y ascendientes legítimos, y ello por cuanto en el Código los parientes ilegítimos forman capítulo aparte de la familia regular, y no reconoce vínculo alguno entre la familia normal y los parientes ilegítimos; en la línea ascendente natural, sólo hereda el padre o la madre que lo reconoció, y en la línea descendente natural, sólo hereda el hijo extramatrimonial, es decir que el Codificador da la impresión de haber entendido referirse siempre a los descendientes y ascendientes legítimos.

Sin embargo, hay dos disposiciones, las de los artículos 3578 y 3586, que parecerían dar razón a la exclusión del cónyuge, por la concurrencia de ascendientes y descendientes naturales.

El artículo 3578 dice: "Si sólo quedase viudo o viuda, los hijos naturales dividirán la herencia por partes iguales, tomando la mitad de ella el viudo o viuda, si los bienes no fuesen ga-

nanciales del matrimonio, y la otra mitad el hijo o hijos naturales". Se pretende vincular el artículo 3578 con el 3576, por cuanto al decir aquél "si los bienes no fuesen gananciales del matrimonio" se aplicaría el artículo 3576 cuando los bienes fuesen gananciales; pero es de advertir que el artículo 3578 se refiere a hijos naturales y bienes, cuando no son gananciales; y el artículo 3576 cuando son gananciales y a descendientes. En consecuencia, los supuestos son distintos.

El artículo 3595 establece: "La legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales". Esta disposición establece y acuerda legítima al cónyuge superviviente, pero hemos visto que esta legítima se compone exclusivamente de su mitad de gananciales. La jurisprudencia se ha decidido por entender que la norma comprende a los descendientes y ascendientes naturales y legítimos, y así lo decidió en el caso sucesión Julio Sierra. Esto tiende a mejorar la situación de los hijos ilegítimos, de acuerdo a la corriente expresada en nuestra ley 14.367.

Bibiloni en su Anteproyecto y el Proyecto de Reformas de 1936 han declarado que se trata de los descendientes y ascendientes legítimos. Y Bibiloni formula la aclaración: "Los ascendientes en general sólo heredan cuando son legítimos. Y hasta en el artículo 3572 las palabras descendientes o ascendientes no incluyen al hijo natural, puesto que el mismo artículo salva los derechos de los hijos naturales porque no los considera comprendidos entre los descendientes. Guarda así uniformidad con lo declarado en los artículos 3565, 3567, 3570, etc., los hijos y padres naturales están siempre en una categoría especial y su sucesión es reglada en los capítulos IV y V de este título por el Código vigente. En virtud de ello, el artículo 3578 regla la sucesión en concurrencia de cónyuge e hijo natural, no de descendientes naturales que no heredan (artículo 3582)".

El eminente Bibiloni, en esta materia de la concurrencia prevista por el artículo 3578, nos enseña: "Hemos dejado sin convicción alguna, pero considerándola equivocada, la regla de que el esposo en concurrencia con descendientes o ascendientes legítimos no tiene parte en la herencia de los gananciales correspondiente al causante. Para decir lo menos, no es evidente la exactitud del concepto. La muerte de un cónyuge es un desastre para el sobreviviente. Ha creado el marido por su persistente trabajo de una vida entera, una empresa, una manufactura, un establecimiento rural o comercial, es su creación. La fortuna es hija de sus obras. Poco ha contribuido en ella la esposa. Tal vez lo ayudó: es la excepción. Mas probablemente no posea los cono-

cimientos necesarios para ello, y su colaboración nada aportó. Ni siquiera con sus bienes; quizás todos son gananciales, o si hubo aporte fueron tardíos, por herencias abiertas cuando el establecimiento estaba creado y en plena prosperidad; entre nosotros no es costumbre generalizada la de la dote. Muere la esposa, es la destrucción de todo lo creado. La manufactura debe suspenderse, por falta de capital circulante o porque hay que dividirla con ascendientes de la esposa, que si contribuyeron en nada a la prosperidad del matrimonio, ni tienen interés en dejar al marido que continúe la explotación. En realidad, los bienes que van a sus herederos, que no lo son del esposo. No se trata solamente de un daño injusto. Se trata, además, de un mal público. Nada se funda que subsista. No hay industria, comercio de exportación, empresa vigorosa, en esas condiciones. El Estado padece con esa destrucción de fuerzas vivas". "Pero si puede aceptarse en ciertos casos, —en materia hereditaria los particulares tienen una gran influencia— lo dispuesto por el artículo 3576, nos parece excesivo extenderlo a los hijos naturales. No forman parte de la familia. No tienen contacto con el cónyuge de su padre o su madre. Lo que se ha creado tal vez por el esfuerzo y el ahorro común, pasa entero a ellos. Porque no es razón bastante para justificarlo decir que el cónyuge ya recibe su parte. Si, lo que es suyo. De la herencia, nada: todavía, si es de gananciales, a los hijos naturales. ¿Y por qué entonces hacer al esposo heredero, si se ha de sustraer todo o parte de la herencia so pretexto de que ya tiene lo que le corresponde por otro título? Tanto valdría decir que existiendo gananciales el esposo no hereda en los bienes propios del causante: ya tiene lo suficiente para vivir. En el fondo es la negación del derecho hereditario entre esposos, especialmente en nuestro país, en que todos son más o menos, autores de la propia fortuna. Ese hijo natural que no hereda parte alguna de los ascendientes, y sólo la cuarta parte de lo que le corresponde a un hijo legítimo y, por consiguiente, de lo que en ese caso, toca al esposo, de repente salta a la mitad de la herencia, cuando sólo concurre con el cónyuge. No parece que su posición lo justifica; de nada, o poco más que nada, llega a la mitad, y si todavía, se excluye a su partícipe de los gananciales, en la mayor cantidad de los casos, se lleva sólo toda la herencia".

Si bien es cierto que, el argumento de Riblioni es de peso de por sí y descansa en una acertada lógica jurídica y también en su autoridad como jurista; existe hoy, por una parte, una atenuación a la situación de división forzosa, por las disposiciones de los artículos 51 y 53 de la ley 14.394. De acuerdo a la primera norma, toda persona podrá imponer a sus herederos aún forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios por un plazo no ma-

por de diez años o hasta que los herederos alcancen la mayoría de edad, si este término excede a dichos diez años, y por la segunda norma se faculta al cónyuge superviviente para oponerse a la división por el término máximo de diez años, cuando en el acervo hereditario, existiese un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole tal, que constituya una unidad económica, siempre que dicho cónyuge lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte, o también, con respecto a la casahabitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal, si fuese la residencia habitual de los esposos. El fundamento de la concurrencia de los hijos naturales, hoy extramatrimoniales, es claro, es el afecto que el causante tiene por ellos, y además la protección familiar que la ley impone, cumpliendo así un elemental deber moral, y evitando que esos hijos queden en el desamparo. De seguir la tesis de Bihlioni, resultaría invertida la situación: el cónyuge sería excesivamente protegido en detrimento de los hijos extramatrimoniales. La solución del Codificador, puede ser exagerada en el supuesto de que la totalidad de los bienes sean gananciales; allí hay razón: el cónyuge no hereda y esa solución no es justa ni responde a la realidad familiar; el cónyuge ha ayudado aun cuando sólo sea afectivamente a realizar los bienes, hay veces que esa ayuda es más importante que el apoyo pecuniario; en ese supuesto el cónyuge debería tener alguna parte en los gananciales del causante y el resto sería de los hijos extramatrimoniales.

División forzosa de la sociedad conyugal por muerte

Dispone el artículo 1291 del Código Civil que la comunidad entre los esposos termina por el fallecimiento de uno de ellos, y ese caso obliga a liquidar y dividir, entrando entonces a regir la aplicación del artículo 3576. Esta doctrina ha merecido serias críticas en la legislación y dogmática extranjera, por cuanto se pronuncian por la indivisión, y así el Código Civil Alemán en su artículo 1483 establece la continuación de la comunidad de bienes cuando al deceso de un cónyuge existen el superviviente y descendientes comunes, y por el artículo 1484 se le confiere al superviviente el derecho a rehusar la continuación de la comunidad de bienes —no es una obligación sino una excepción—. Los argumentos aplicables a este caso serían los mismos expuestos por Bihlioni y que acabamos de ver, y que en parte desarrolla también Lafaille, pero actualmente la situación de división forzosa se encuentra atenuada parcialmente por la disposición del artículo 53 de la ley 14.384 que acabamos de examinar.

Supuesto del matrimonio putativo

El Código nada estableció para esta casuística; la solución resulta en principio de las disposiciones de los artículos 87, 88 y 89 de la Ley de Matrimonio Civil.

Como principio general se establece que el cónyuge de buena fe en el matrimonio putativo, hereda. Y así, en el artículo 87 de la citada ley, se estipula que en el caso de buena fe de ambos cónyuges se producirán todos los efectos del matrimonio válido, con relación a las personas de los cónyuges, hasta el día en que se declare la nulidad de ese matrimonio putativo; y en cuanto a los bienes, los mismos efectos del fallecimiento de uno de los cónyuges; la misma solución adopta el artículo 88 con respecto al caso de buena fe de uno solo de los cónyuges, y sólo acuerda ese derecho al contrayente de buena fe, excluyendo de manera absoluta al de mala fe. En el supuesto contemplado por el artículo 89, de que los dos esposos lo hayan sido de mala fe, la unión será reputada como concubinato y en relación a los bienes se procederá como en el caso de la disolución de una sociedad de hecho.

En los dos primeros casos el cónyuge de buena fe hereda al otro, como si se tratase de un esposo legítimo y coexisten las dos esposas con vocación hereditaria.

En el caso de mala fe de ambos, tenemos un concubinato que se disuelve como sociedad de hecho en cuanto a los bienes, dando así un supuesto contrario a la jurisprudencia, que ha resuelto siempre que el concubinato no da derecho a los concubinos, para que al fallecimiento de uno de ellos reciban bienes en concepto de disolución de sociedad de hecho, salvo el caso de aporte real y efectivo de bienes. Este supuesto del matrimonio putativo, es el caso de bigamia previsto y dilucidado por el artículo 1316 del Código Civil y que hemos visto con anterioridad.

En cuanto a los gananciales no existe problema atento las soluciones de los artículos 1316 y 3576 del Código Civil, pero distinta es la situación en el caso de bienes propios del causante, donde es de aplicación el artículo 3570 del Código Civil; dos serían las interpretaciones al respecto: según una, la parte que le corresponde al cónyuge legítimo debería dividirla por mitades con el cónyuge putativo de buena fe y supérstite; según la otra, cada cónyuge concurriría con porción propia y por partes iguales con todos los demás herederos, es decir que dividirían así: existiendo la esposa y tres hijos legítimos, de acuerdo al artículo 3570 le corresponde una cuarta parte a cada una; al concurrir el cónyuge supérstite putativo la herencia se dividiría en cinco partes iguales. Tal es la teoría de Fornieles a la que adhiero;

la excepción a esta tesis, y que encuadraría en la primera tesis, sería la de los casos de los artículos 3578 (viuda e hijos naturales); y 3581 (ascendientes legítimos, viudo e hijos naturales) en que el cónyuge tiene una cuota fija (la mitad y la cuarta parte respectivamente), en cuyo caso las o los dos cónyuges dividirán entre ellos y por mitades esa cuota fija.

Consejos de exclusión entre esposos

Los cónyuges pierden su vocación hereditaria con respecto al otro en los casos previstos en los artículos 3573, 3574 y 3575 del Código Civil, que comprenden los cuatro supuestos de: matrimonio "in extremis"; culpabilidad en el caso de divorcio; separación de hecho sin voluntad de unirse y separación provisoria de los cónyuges por juez competente.

En mi manera de pensar, el Codificador ha organizado también un sistema general de sanciones dentro del derecho hereditario, en el que cada una de esas sanciones se acomoda a la institución especial que rige, pero conservando una vinculación con todo el régimen, y yendo la graduación de las sanciones de más severa a más leve, según sea el vínculo que une a las personas, como así también la falta cometida en relación a ese vínculo. Y podemos sostener, entonces, que la graduación de las sanciones sería así: indignidad, desheredación, exclusión de la vocación sucesoria de los cónyuges, revocación de los legados por ingratitud del legatario.

Matrimonio "in extremis"

Establece el artículo 3573: "La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriere de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes" y comenta la nota: "No hay razón alguna para dar a los cónyuges derechos sucesorios cuando el matrimonio es "in extremis". En alguna provincia de la República se ha dado derecho sucesorio a los cónyuges sobre los parientes colaterales, y se han visto matrimonios "in extremis" verdaderamente escandalosos con solo el objeto de heredar inmediatamente al enfermo".

Existen en esto dos posiciones: una posición exegética objetiva desarrollada por la norma legal; y una posición exegética subjetiva representada por el movimiento de la jurisprudencia.

Según los términos en que está concebido el precepto, se exigen las siguientes condiciones: 1°) Que al contraer el matri-

menia, uno de los esposos estuviese enfermo; 2º) Que falleciere de la misma enfermedad que lo aquejaba al contraer matrimonio; y 3º) Que la muerte se produjera dentro de los treinta días de contraído el matrimonio. Pero la jurisprudencia ha añadido otros elementos que son de orden intencional. Vemos aquí que la posición exegética de la norma pasa a la subjetividad, posición desarrollada por la jurisprudencia.

La ley no precisa la noción de lo que entiende por matrimonio "in extremis". Fornieles lo define así: "Se llama matrimonio «in extremis», el que se contrae hallándose uno de los celebrantes postrado en cama y en inminente peligro de muerte: aquél en que, como ha dicho un autor, se pretende instalar el lecho nupcial en la cámara mortuoria".

El fin que la ley desea surge de la precopiada nota del Codificador: evitar que la unión legítima, que resulta siempre favorecida y protegida por la ley, se convierta en una inmoralidad como medio de obtener una herencia.

Analizaremos los elementos ya indicados:

1º) Enfermedad de uno de los cónyuges: la enfermedad no debe ser una de las tantas enfermedades comunes, sino que la persona debe hallarse realmente en peligro de muerte.

2º) Que la misma enfermedad haya producido el deceso: la muerte deba ser producida por la misma enfermedad que el causante padecía al momento de contraer matrimonio.

3º) Que el deceso se produzca dentro de los treinta días siguientes al de celebrado el matrimonio. Es éste un episodio simplemente cronológico.

4º) Elementos intencionales: Martínez Paz no acepta que se hable de intenciones en esta materia, y a su vez Fornieles considera inútil y peligrosa la búsqueda de intenciones. Sin embargo, la interpretación de la norma ha de ser restrictiva analizando intenciones, pues que así nos lo deja sentir la nota del Codificador, ya que habría que investigar cuál es el fin de un matrimonio contraído en esas circunstancias, y en esa forma se comportó la jurisprudencia, y además debemos concordarla con la disposición del artículo 46 de la Ley de Matrimonio Civil.

Quando una persona contrae matrimonio con otra que se halla aparentemente sana, el caso del cardíaco, y cuya enfermedad es ignorada por el superstite, o que estando enfermo el contrayente no lo es de una dolencia mortal, o que estando enfermo fallece a consecuencia de complicaciones distintas a la enfermedad o no previsibles; la vocación hereditaria del superstite debe subsistir, ya que en tales circunstancias el sobreviviente ha procedido de buena fe y no existen procedimientos doloosos para ob-

tener los bienes del causante; pero el conocimiento de la enfermedad, su inminente desenlace o su resultado necesariamente fatal, y la concurrencia de las condiciones de la norma, harían presente: el ánimo de suceder como causa dolosa e ilícita, determinante del matrimonio; y la ausencia de la causa lícita; y la inexistencia de vocación sucesoria.

En realidad, la norma ha sido objeto de tres interpretaciones:

1º) Una exegética ajustada a la letra estricta, que prescinde de la nota del Codificador y de los motivos que ella contiene como fundamento del artículo. Esta interpretación sólo toma en cuenta el hecho del fallecimiento dentro de los treinta días, y por la misma enfermedad que tenía al contraer matrimonio; no ha sido seguida por la doctrina ni por la jurisprudencia, salvo alguna excepción, como en el caso resuelto por la Cámara Civil Primera de la Capital, registrado en J. A. 22-261, con el voto en disidencia del jurista Dr. Colmo, y que no hizo lugar al derecho hereditario del cónyuge, de un matrimonio celebrado, haciéndose constar en el acta que el otro contrayente se hallaba enfermo e imposibilitado, y cuyo deceso se produjo al día siguiente, a pesar de existir entre los contrayentes un largo y anterior concubinato.

2º) Otro criterio que aplica el artículo 3573, con el sentido de la definición del matrimonio "in extremis" que ha dado Fornieles y que hemos visto; a esta tesis se ha plegado prácticamente la totalidad de la jurisprudencia.

3º) La tesis que exige que el matrimonio "in extremis" se haya celebrado con propósitos de lucro. Esta doctrina la contienen algunos fallos aislados.

El segundo y tercer supuesto se hallan apuntalados por los fallos de las Cámaras Civil Segunda de La Plata y de la Capital Federal registrados en J. A. 22-1229 y 25-188, que establecieron la necesidad de exigir una prueba terminante, clara e inequívoca acerca de los extremos de la ley; y que el artículo 3573 se refiere a circunstancias de hecho, y que si los antecedentes y modalidades del caso permiten afirmar que no existe interés inoral o ilegítimo para contraer ese matrimonio, no debe aplicarse la sanción de aquella disposición.

En el caso de un largo concubinato, sin existencia de desconfianzas, "er matrimonio concubinal" "in extremis" "er pennis" "u- cidez, a pesar de la enfermedad que causó la muerte, pero que ésta no apareciese inminente, trae aparejada la no aplicación del artículo 3573 como lo han dispuesto las Cámaras Civil Primera

y Segunda de la Capital Federal en G. del F. 94-80 y 99-181. Esta doctrina ha sido acogida por Prayones, Fornieles y Lafaille, y combatida por Martínez Paz.

Sin embargo, el Primer Congreso de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1927, a propuesta del Dr. Lora y por unanimidad, resolvió que el artículo 3573 no debe aplicarse en el caso "de la legitimación de una unión de hecho preexistente".

Decíamos, que se debe coordinar la disposición de los artículos 3573 del Código con la del artículo 46 de la Ley de Matrimonio Civil que dice: "El oficial público procederá a la celebración del matrimonio con prescindencia de todas o algunas de las formalidades que deben precederle, cuando se justificase con el certificado de un médico, y donde éste no existiere con el testimonio de dos vecinos, que alguno de los futuros esposos se encuentra en peligro de muerte, y que manifestasen que quieren reconocer hijos naturales, haciéndolo constar en el acta..."

Entendemos que en el caso previsto por dicho artículo 46 el derecho hereditario es indiscutible; ese matrimonio "in extremis" es válido y no cae dentro de las sanciones del artículo 3573; la previsión de la Ley de Matrimonio es moral y normaliza la familia, y lo que repugna al artículo 3573 es la inmoralidad.

Exclusión hereditaria por divorcio

La segunda causa de exclusión hereditaria del cónyuge aparece contenida en el artículo 3574 del Código Civil, que establece: "Estando divorciados por sentencia de juez competente, el que hubiese dado causa al divorcio no tendrá ninguno de los derechos declarados en los títulos anteriores".

Es ésta otra sabia disposición de Vélez Sarsfield, protegiendo la familia, tratando de mantener la unión matrimonial, sancionando la culpabilidad y decretando la subsistencia de los derechos a favor del cónyuge inocente.

En la nota al artículo 3574 dice el Codificador: "Chabot, sobre el artículo 767 y Duranton, enseñan que existiendo el divorcio, ya no hay sucesión entre los cónyuges, ni por parte del que ha dado causa al divorcio, y toda la razón que dan es que *lex non distinguit*, es decir, la ley francesa, pero sin duda que ella debió distinguir". El artículo 767 del Código Civil Francés citado por la nota dice: "Cuando el difunto no deja parientes en grado sucesible, ni hijos naturales, los bienes de la sucesión pertenecen al cónyuge no divorciado que le sobrevive". Esta disposición no hace distinción entre cónyuge culpable del divorcio y cónyuge inocente. Es de advertir que la legislación francesa ad-

mite el divorcio "ad-vinculum" y en el comentario de Chabot citado, como hemos visto, por Vélez Sarsfield, el tratadista francés enseña: "Habiéndose roto su matrimonio, se han vuelto extraños el uno para el otro, y no se puede presumir que el que ha muerto primero haya conservado, por afección, la voluntad que el otro le sueda".

En Francia, desde 1816 a 1884, quedó abolido el divorcio vincular, restableciéndose en este último año de 1884. A su vez el artículo 767 del Código Civil Francés se modificó con el agregado de que: "El derecho de suceder se pierde para el supérstite contra quien se ha dictado sentencia de separación de cuerpos pasada en autoridad de cosa juzgada". En Francia existen dos regímenes: uno de divorcio y otro de separación de bienes, este puede ser un paso previo para la obtención del divorcio, primero se dicta sentencia decretando la separación de cuerpos y luego de tres años la sentencia puede convertirse en divorcio.

Esa situación queda contemplada desde el punto de vista del derecho hereditario en el artículo 767, esto es: el cónyuge pierde el derecho hereditario si se halla divorciado, sin consideración a su culpabilidad o inocencia, en razón de lo que enseña Chabot, son dos extraños entre sí; y también pierde el derecho hereditario, pero sólo el cónyuge culpable en el caso de separación de cuerpos con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y sigue siendo valedero el argumento de Chabot, aún se mantiene el vínculo y por lo tanto la condición de esposos. Ya veremos que el argumento de Chabot no es de tanto peso como parece.

Es preciso todo el examen antecedente sobre el derecho francés, a fin de considerar las fuentes, su incidencia y la interpretación y alcances de la norma del artículo 3574. De acuerdo a la letra de éste daría la impresión de que serían necesarios dos requisitos: a) Un fallo definitivo, es decir pasado en autoridad de cosa juzgada, decretando el divorcio de los esposos; y b) Una declaración de culpabilidad dentro del mismo pronunciamiento.

Tres situaciones se plantean con motivo del artículo 3574 y son: a) Si para producirse la exclusión hereditaria es indispensable la existencia de un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada, o si sólo basta la interposición de la demanda; b) Si se produce el fallecimiento de uno de los cónyuges pendiente el juicio de divorcio y antes de pronunciarse la sentencia; c) Si pendiente el juicio de divorcio, los herederos del cónyuge inocente fallecido pueden proseguir el mismo.

En el caso a): creemos con Martínez Paz que el texto legal es claro y terminante, y para que se verifique su hipótesis es indispensable que exista una sentencia de divorcio dictada por

juez competente, pasada en autoridad de cosa juzgada. La sentencia dictada por juez incompetente no surtiría efectos atento el requisito expreso de "juez competente", que exige la norma. Los supuestos de simple interposición de la demanda quedan excluidos del artículo 3574, y serían comprendidos en las dos hipótesis y sus proyecciones, que se prevén en el artículo 3575 de separados de hecho sin voluntad de unirse o de separados provisoriamente por juez competente y que examinaremos más adelante. Ya hemos visto que el mismo requisito de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, lo exige la segunda parte del artículo 767 del Código Civil Francés; y en el Código Civil del Brasil es "necesario el divorcio definitivamente juzgado por la autoridad judicial", enseña el eminente jurista Clóvis Bevilacqua; hay juicio de desquite, pero no existe divorcio vincular.

En el caso b): este caso no aparece contemplado de manera expresa en el Código. Si nos atenemos a la letra estricta de la ley en su artículo 3574, diríamos que el supérstite no puede ser excluido de la herencia, pues faltaría la sentencia de divorcio dictada por juez competente y la declaración e imputación de culpabilidad. Tanto Lafaille como De Gasperi demuestran la injusticia de la posición, remitiéndose al ejemplo de la esposa adúltera, en cuyo caso si ésta, convicta de su adulterio y pendiente el juicio de divorcio, falleciere su consorte, sería inmoral mantenerle el derecho hereditario por inaplicabilidad del artículo 3574. Sin embargo, ambos autores se pronuncian por el mantenimiento liso y llano de la disposición legal, o sea la necesidad de la sentencia (Dr. Lafaille); y de que aquel supuesto quedaría resuelto por la aplicación del artículo 3573, por haber vivido los esposos separados de hecho sin voluntad de unirse, es lo que propugna De Gasperi.

En el caso c): tampoco esta hipótesis aparece concretada en la casuística de nuestro Código. Sostiene Lafaille que no existe ninguna regla legal que se oponga en nuestro derecho para que los herederos del cónyuge fallecido, pendiente la demanda de divorcio, prosigan ésta hasta su terminación y obtengan el fallo definitivo, cuyo resultado sería privar al cónyuge supérstite del derecho hereditario abierto por su consorte; ello siempre que el fallecido fuere quien promovió la demanda de divorcio, pues si éste omitió adoptar la iniciativa, ha concedido un perdón; sus herederos no podrían poner en movimiento la acción. Para ello se basa: 1) en los supuestos del artículo 258, que no permiten contradecir la legitimidad del hijo por los herederos del marido, si éste no hubiese promovido la acción; 2º) en el artículo 1099, que autoriza la acción civil emanada de la comisión de los delitos de injuria y/o difamación a los herederos de la víctima, si éste hubiese ejercitado la acción. Dice que, de acuerdo a lo que

dispone el artículo 193 del Código Civil Alemán, la sentencia en aquel caso no tendría efecto para separar los cuerpos, pero sí para excluir de la herencia. Existe en esta posición algunos errores; en primer lugar la acción de divorcio es una acción de estado personalísima, un derecho inherente a la persona y por lo tanto no transmisible a sus herederos de acuerdo a las normas de los artículos 498 y 3417, sólo el cónyuge y exclusivamente éste, puede deducir la acción de divorcio; tampoco podría ponerse en ejercicio solamente el aspecto patrimonial de la acción de divorcio, como ha sostenido Cicu; la necesaria iniciativa del cónyuge premuerto hace injusta la premisa, pues el cónyuge demandado y luego fallecido que no ha promovido la acción y que puede resultar el inocente, no habría conferido el derecho de prosecución a sus herederos y se produciría la situación de injusticia al quedar el cónyuge supérstite y culpable en plena vocación hereditaria, y por último, el Código Alemán en su artículo 1933 establece: "El derecho hereditario del esposo sobreviviente, así como su derecho a la mejora, son excluidos cuando el difunto al tiempo de su muerte estaba autorizado a demandar el divorcio por la falta de su cónyuge o hubiera promovido la disolución de la sociedad conyugal". Pero, este Código no permite la prosecución por los herederos del cónyuge fallecido, de la acción de divorcio, como erróneamente sostiene Lafaille, ya que los anotadores de la traducción francesa del Código Alemán y componentes del Comité de legislación extranjera que lo fueron Bufnoir, Cazelles, Chaillemet, Drioux, etc., explican el alcance de la citada disposición y dicen: "Su acción no pudiendo ser seguida por su heredero después de su muerte, éste debe intentar una nueva y especial acción de anulación del derecho sucesorio del cónyuge sobreviviente, si su autor muere antes que la instancia introducida, haya concluido". Y las normas invocadas de los artículos 258 y 1099 son de excepción, y por lo tanto de derecho estricto, vale decir de interpretación restrictiva. La doctrina alemana, que admite la exclusión del derecho hereditario por la interposición de la demanda, como surge del recordado artículo 1933 no ha encontrado eco en las legislaciones modernas.

Los efectos del artículo 3574 son: exclusión del cónyuge para suceder ab-intestado a su consorte, tanto en los bienes gananciales como en los propios; revocación de las donaciones entre esposos, prometidas para después del fallecimiento de alguno de ellos, en las convenciones nupciales (artículo 1296). Todo ello queda borrado, como si el divorcio nunca hubiere existido; y por tanto resucitado y en plena vigencia el derecho hereditario entre esposos, si antes o después de la sentencia de divorcio los cónyuges se reconciliaron. Y si bien esta reconciliación de-

vuelve la vigencia del derecho hereditario por el solo hecho de la reconciliación, sin declaración formal alguna, no ocurre lo mismo con la sociedad conyugal, si ésta ha quedado disuelta con la sentencia de divorcio o por cualquier otro medio de los autorizados por la ley; ya que la sociedad conyugal no se reconstituye por la sola reconciliación de los esposos, sino por los actos exclusivos y formales independientes o no del divorcio y de la reconciliación, determinados por el artículo 1304; o sea de conformidad de ambos cónyuges declarada en escritura pública o por resolución judicial a pedimento de ambos esposos; y entonces si que la reconstitución de la sociedad conyugal tiene un punto de contacto con la reconciliación de los cónyuges, y es que ésta borra el divorcio como si nunca hubiera existido, y la reconstitución de la sociedad conyugal restituye la situación al estado anterior a la separación de bienes.

Finalmente si la sentencia de divorcio imputa la culpabilidad a ambos cónyuges, ninguno de ellos heredará al otro; no debemos confundir esta situación con la petición de separación de bienes, ya que en el caso de ambos cónyuges culpables del divorcio, cualesquiera de ellos o ambos pueden pedir y obtener la separación judicial de bienes. El supuesto en el divorcio absoluto del artículo 31 de la ley 14.394: asimilación, en cierto modo, a la ley francesa: 1 año del divorcio "quo ad torum" en lugar de tres años desde la sentencia de separación. Derecho hereditario: Entiendo que el cónyuge inocente hereda. ¿En qué forma? Por aplicación del artículo 3570, ya que los gananciales se han transformado en propios.

Separación de hecho sin voluntad de unirse

La tercera causal de exclusión de la vocación hereditaria entre esposos es la contenida en la primera parte del artículo 3575 que dice: "Cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse...". La ausencia de nota y de fuente a esta norma, ha hecho aparecer diversas interpretaciones en la doctrina y en la jurisprudencia. Según Martínez Paz, la fuente inmediata de la disposición sería la ley uruguaya del 16 de junio de 1837, que confería vocación hereditaria al cónyuge "no estando separado de hecho o de derecho". El caso previsto por la primera parte de la norma que estudiamos es bastante frecuente en la vida real, porque hay muchos matrimonios que, ya sea por razones religiosas o sociales, no llevan su dificultad a los estrados judiciales, sino que resuelven separarse y suprimir la cohabitación. Ello puede ocurrir de común acuerdo o por la simple decisión unilateral de cualquiera de los cónyuges. Esta separación de hecho no pro-

duce los efectos del divorcio, según así lo prescribe el artículo 68 de la Ley de Matrimonio Civil al determinar que no hay divorcio por mutuo consentimiento de los esposos. La ley impone allí una sanción al quebrantamiento de la unidad familiar y a todos o algunos de los deberes conyugales. Dos son las interpretaciones que, en general, ha merecido el texto que estudiamos: a) la de los tratadistas y b) la de la jurisprudencia.

La primera, compartida por Rébora, Lafaille, Fornieles, Prayon y Bibiloni, y reflejada en el Anteproyecto de éste y en el Proyecto de Reformas de 1938, sostiene que debe subordinarse la pérdida del derecho hereditario a la culpabilidad del causante de la separación. Y enseña Bibiloni: "la esposa abandonada que se ha resignado en silencio, por motivos religiosos, en obsequio de sus hijos, o cediendo a influencias de familia, sigue siendo una víctima aunque sus reclamos no hayan llegado hasta un juez. Es indigno de sucederle el esposo que la abandonó. Y en el caso de ser la esposa la que huyó, tampoco es digna de invocar su título de esposa para recoger una herencia".

Sin embargo, Martínez Paz y De Gasperi se pronuncian por la pérdida del derecho hereditario por ambos cónyuges, sin tener en cuenta absolutamente para nada el elemento intencional, ya que ambos esposos han consentido en una vida irregular, y éste es el sentido de la ley, cuya norma, según ellos, es clara, terminante y justa.

La jurisprudencia primitiva se inclinó por la tesis que importa la pérdida del derecho hereditario de ambos cónyuges, desde un ángulo objetivo y con prescindencia de la intención, así parece ajustarse a la letra del articulado. Pero la jurisprudencia ha evolucionado hacia la teoría de la culpabilidad, fundándose en que evidentemente el Codificador ha tenido en cuenta el elemento intencional al decir el artículo "sin voluntad de unirse"; sólo debe sancionarse al cónyuge que no tuvo voluntad de unirse, al culpable de la separación de hecho; y así basta la voluntad de una sola de las partes en el sentido de mantener la voluntad de unirse a su cónyuge para conservar, el inocente la vocación hereditaria, y no es necesario haber hecho gestiones para obtener el reintegro del esposo o esposa al hogar.

Separación provisoria de los esposos

El último supuesto de exclusión hereditaria entre esposos está dado por la parte final del artículo 3575 cuando dice: "...o estando provisoriamente separados por juez competente". Esta disposición coordina con el artículo 68 de la Ley de Matrimonio Civil, que establece: "Puesta la acción de divorcio, o antes de

ella en caso de urgencia, podrá el juez a instancia de parte, decretar la separación personal de los casados y el depósito de la mujer en casa honesta...". En la realidad, la disposición del artículo 3575 "in fine" tenía, hasta hoy, una aplicación práctica muy limitada, ya que la acción de divorcio era iniciada, generalmente, después de separados los esposos. Aquí los esposos son privados de sucederse por el solo hecho de la separación provisoria. Según Lafaille y Prayones, no se puede prescindir del elemento intencional, pero la dificultad estriba en que en la primera parte del artículo, al hablar de los cónyuges separados de hecho, Vélez Sarsfield ha dicho "sin voluntad de unirse", y eso no aparece en el último apartado. La solución de que el solo hecho de la separación provisoria produce la pérdida del derecho hereditario entre cónyuges, tiene una semejanza con el artículo 1933 del Código Civil Alemán, que acabamos de ver. En éste basta la interposición de la demanda y la imputación de falta para producirse la caducidad de la vocación hereditaria: claro que el supuesto no es igual, sino que tiene cierta semejanza, ya que, decretada la separación provisoria de los esposos, lo que ocurre generalmente al comienzo del juicio de divorcio, se produciría la pérdida del derecho hereditario, casi en la misma estación del juicio. Martínez Paz se pronuncia decididamente por la aplicación mecánica de la norma, por cuanto, para hablar de culpabilidad, debe haber sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en el pleito por divorcio. Tanto Biliboni en su Anteproyecto como el Proyecto de Reformas de 1936 incluyen el elemento intencional, al decretar la cesación del derecho hereditario con respecto al cónyuge culpable de la separación provisoria.

La jurisprudencia también se halla dividida.

En el Proyecto de 1936, en el artículo 1999 se determinan cuatro causales de exclusión: 1º) Matrimonio "in extremis", no rige si el matrimonio tuvo por fin regularizar una convivencia anterior; 2º) Separados por sentencia judicial: el que hubiese dado causa para ello, es decir, el culpable; 3º) Separados de hecho sin voluntad de unirse: también el que hubiese dado causa para ello, o sea el culpable; 4º) Separados provisoriamente por mandato judicial: también se determinará, en la oportunidad de la sentencia, quién es el culpable. En esta materia de separación provisoria de los esposos ha aparecido el problema, surgido de las dificultades de obtener locaciones, cuál esposo es el que tiene derecho a permanecer en la vivienda u hogar conyugal. Esto merecerá oportunamente un artículo mío, pues el tema es extenso y con enfoques doctrinarios complejos, y hay que vincularlo completamente al depósito de la mujer en casa honesta, haciéndolo jugar dentro del derecho comparado y dentro del movimiento jurisprudencial argentino.

Sucesión entre afines

No existe en el derecho argentino, pero se creaba esa sucesión en el artículo 2001 del Proyecto de Reformas del año 1938, así: "La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo, no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que hubieren correspondido a su esposo en las dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos del artículo 1999". Y ese artículo 1999 dispone la exclusión hereditaria de los cónyuges en los casos de matrimonio "in extremis", separación por sentencia judicial, separación de hecho sin voluntad de unirse, y separación provisional por mandato del juez.