

tituir cuando las partes interesadas no han tenido conocimiento de la substracción. (1)

II. Consecuencia de la substracción.

27. Según el art. 1,477, el esposo que ha substraído algunos efectos de la comunidad queda privado de su parte en dichos efectos. Esto equivale á decir que los efectos substraídos pertenecen por el todo al cónyuge ó á sus herederos; estos efectos no se comprenden en la partición. La disposición es general; se aplica, pues, á todas las substracciones. Esto ha sido contestado para las deudas ficticias que el marido ha creado á cargo de la comunidad. En el caso, el marido había tratado de substeaar por este medio una suma de 160,000 francos de la comunidad; la ley le inflige la pena del talión. Si el marido hubiera logrado su intento habría tenido toda ésta suma y nada la mujer; no lo logró, nada tendrá y la mujer lo tendrá todo. Estas son las palabras del consejero relator; la Corte de Casación ha consagrado esta opinión, que sólo es la aplicación del texto, decidiendo que el esposo detentor debe ser privado de una parte igual á la que quería substraer á su cónyuge en los bienes de la comunidad. (2)

28. Hay otra aplicación de la ley que es igualmente evidente porque resulta del texto. Se supone que la substracción fué cometida por uno de los herederos del marido sucediente por una tercera parte; hubiera tenido una tercera parte de los objetos substraídos: ¿quién aprovechará de esta tercera parte que se le quita por su delito? Si su autor hubiera substraído, la totalidad del objeto se hubiera atribuido á su cónyuge; debe suceder lo mismo con la parte que el heredero tiene en la cosa distraída. Sus coherederos no la

1 Paris, 5 de Agosto de 1839 [Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2223]. La decisión es buena, pero los motivos dejan que desear.

2 Denegada, 13 de Agosto de 1873 [Daloz, 1874, 1, 425].

pueden pretender, pues ellos conservan su parte hereditaria en la cosa; es verdad que hubieran sido privados de ella si la substracción se hubiera logrado, pero sólo hubieran sido privados de su parte; es, pues, sólo esta parte la que puede reclamar; en cuanto á la parte del heredero detentor pasa a cónyuge de su autor. En vano los coherederos invocarían el aumento de parte, se les contestaría que la parte del heredero que renuncia no aumenta su parte sino la del marido (art. 1,475); puede aún menos tratarse de aumento cuando un heredero está privado de su parte en un efecto común á consecuencia de un delito. (1)

29. El esposo ha quien se quita su parte del objeto substraído recibe menos de la mitad del activo; ¿debe no obstante soportar la mitad del pasivo? Nos parece que la afirmativa resulta del texto y del espíritu de la ley. El texto del artículo 1,477 no deroga la partición por mitad sino en lo que se refiere al activo, no la deroga en lo que toca al pasivo luego á pesar del decaimiento del esposo culpable éste queda sometido á la disposición del art. 1,482, según la cual las deudas de la comunidad están por mitad á cargo de cada esposo. Se objeta que el art. 1,482, no puede separarse del art. 1,474; si el pasivo se reparte por mitad es como consecuencia de la partición del activo por mitad; luego desde que la igualdad está rota en cuanto al activo debe también cesar en cuanto al pasivo; y el esposo culpable recibe menos de la mitad del activo, luego debe también soportar menos de la mitad del pasivo. La objeción no tiene en cuenta el principio establecido por el art. 1,477; no es exacto decir que el esposo culpable recibe menos de la mitad; esto es verdad si se consideran los bienes que hacían parte de la comunidad, pero no lo es si se considera á la masa divisible, pues los objetos substraídos quedan fuera de la partición. Los principios que rigen el pago de las deudas vienen en

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 429, pfo. 519 [4.ª edición].

apoyo de esta decisión. En efecto, las deudas son un cargo de la universalidad de los bienes, no gravan bienes particulares diseminados. Y los bienes substraídos son quitados á uno de los esposos y dados al otro á título particular; luego estos bienes no soportan ninguna parte de las deudas, es la masa divisible la que está gravada con ellas, y esta masa se divide por mitad. Troplong se equivoca, pues, cuando dice que la parte de un objeto de comunidad es inseparable de una parte de las deudas; las deudas sólo están soportadas por aquél que toma una universalidad de bienes, los sucesores á título particular no están nunca obligados á ellas. (1)

Lo opinión que enseñamos ha sido consagrada por la jurisprudencia; la Corte de Casación lo sentenció así bajo la presidencia de Troplong: dice muy bien que las deudas están á cargo, no de tal ó cual efecto sino de la universalidad de los bienes.

La Corte contesta también á ciertas objeciones sacadas de la equidad más bien que del derecho. Esto es aumentar la pena del artículo 1,477, se dice; el agregarla el cargo de soportar las deudas por la mitad. Nó, dice la Corte, pues el esposo está sometido á este cargo en virtud de su aceptación si es la mujer, ó en virtud de la ley si es el marido (art. 1,482); no puede substraerse de este cargo robando á la comunidad. Resulta de esto, se dice; que si nada queda en el activo el esposo culpable deberá soportar las deudas sin tener parte en los bienes. Esto es verdad, pero esto supone que el esposo se ha apropiado ilícitamente una gran parte del activo; se le castiga por esto mismo que fué su pecado: mientras más sea lo que quiso substraer más será lo que tenga que pagar. La Corte de Casación agrega que el sistema de indulgencia conduciría á una consecuencia aun más inaplicable: es que al esposo culpable se le trataría con

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 442, nota 31, pfo. 520. En sentido contrario, Odier, Rodière y Pont y Troplong.

las mismas consideraciones que á su conyuge en el caso en que el activo no presentase ningún emolumento. (1)

30. ¿Deben comprenderse las devoluciones entre las deudas de la comunidad en lo que se refiere á la aplicación del art. 1,477? Se supone que el esposo culpable tiene derecho á una devolución de 10,000 francos por el precio de uno de sus propios enajenados durante la comunidad; sucede que los valores de la comunidad no bastan para satisfacerle esta suma: ¿puede tomarla de los bienes que ha substraído, ó se debe considerar la devolución como una deuda á la que está obligado, lo que conduce á hacerle perder su derecho? La doctrina se ha pronunciado en favor del esposo acreedor á la devolución. A primera vista, la opinión que atribuye al detentor un derecho cualquiera en los objetos substraídos, parece estar en oposición con el objeto moral que tuvo en vista el legislador al formular una pena contra el esposo culpable de substracción; hay cortes que se han pronunciado en contra del detentor. (2) La decisión de la Corte de París fué casada; y nos adherimos sin titubear á la opinión de la Corte de Casación.

El texto no deja mucha duda. La Corte dice que se debe interpretarlo por la tradición, y ésta, en este punto, es segura. Bajo la jurisprudencia antigua, el esposo culpable de substracción perdía su mitad en los efectos de la comunidad que había substraído, y no obstante podía, en caso de insuficiencia del activo, ejercer sus devoluciones en dichos efectos. (3) Los autores del Código han tomado la pena del art. 1,477 en el derecho antiguo; se le debe, pues, interpretar

1 Casación, 10 de Enero de 1865 [Dalloz, 1865, 1, 5, y la nota del sentencista, pág. 6]. Compárese Burdeos, 20 de Febrero de 1841 [Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2,437] y París, 26 de Marzo de 1862 [Dalloz, 1862, 2, 148]. Hay una sentencia en sentido contrario de Burdeos, 16 de Febrero de 1864 [Dalloz, 1864, 5, 60], sin autoridad por no estar motivada.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 430, nota 31 y las autoridades que citan.

3 Véanse las fuentes en Rodière y Pont, t. II, pág. 487, nota 2.

en el mismo sentido. Esto resulta, por otra parte, del conjunto de las disposiciones del párrafo titulado: *De la partición del activo de comunidad*. En efecto, el art. 1,468 obliga á los esposos á devolver á la masa de los bienes existentes todo lo que deben á la comunidad; es decir, las recompensas pasivas; luego vienen los arts. 1,470 y 1,471 que les permiten ejercer sus recompensas activas ó devoluciones en la masa por vía de prelaciones. Es sólo después de que las recompensas recíprocas de la comunidad y de los esposos están ejercidas, cuando el art. 1,474 dispone que el excedente se reparta por mitad entre los esposos. Así las prelaciones de las devoluciones se hacen antes que se proceda á la partición; son, pues, extrañas á la parte que los esposos tienen en la comunidad; poco importa que esta parte sea una mitad, según el derecho común (art. 1,474), ó de menos de la mitad en el caso de los arts. 1,475 y 1,477. La consecuencia lógica de estas disposiciones es que la substracción y la pena que la castiga no tienen nada de común con las prelaciones, que sólo versan con la partición que se hace después de tomadas las devoluciones.

El espíritu de la ley responde al reproche de inmoralidad que se pudiera hacer á esta doctrina. Hay que recordar lo que son las devoluciones; cuando el esposo reclama una recompensa de 10,000 francos por el precio de un propio, no pide el pago de una deuda ordinaria, pide la restitución de un valor que no debía entrar en el activo de la comunidad, puesto que le era propio; por esto es que la prelación se hace en los bienes de la comunidad antes de la partición. Es, pues, justo que el esposo tome sus devoluciones, en caso de devoluciones de la comunidad, en los bienes substraídos; vuelve á tomar lo que había querido substraer, vuelve á tomar su bien personal que había entregado en la comunidad. La opinión contraria que había admitido la Corte de París sobrepasa el rigor de la ley castigando al esposo culpa-

ble, no sólo en sus derechos de esposo común en bienes sino también en sus derechos de propietario. Esto ya no es el talión, esto es agravar la pena extendiéndola. El esposo detentor quiso despojar á la comunidad; que se le castigue como esposo común en bienes. Esto es el talión. Castigarlo más como propietario, es agregar una pena á la que el legislador estableció. Puede que, bajo el punto de vista moral, merezca esta pena, pero no pertenece al intérprete aplicarla. (1)

31. El art. 1,477 dice que el esposo pierde *su parte* en los efectos que ha substraído. Esta parte es la que hubiera tenido como esposo común en bienes; es decir, la mitad según el art. 1,474. Sucede con bastante frecuencia que el esposo es donatario ó legatario de su cónyuge; se pregunta si podrá reclamar con este título los objetos substraídos. La negativa está universalmente admitida por la doctrina, (2) y la jurisprudencia está en el mismo sentido, menos una sentencia de la Corte de Colmar. La cuestión nos parece muy dudosa. Según el texto de la ley, la pérdida sólo castiga al esposo común en bienes y no al legatario ni al donatario; esto es decisivo en nuestro concepto, pues no pertenece al intérprete crear penas ni extender las que estableció el legislador.

Los motivos que se dan en apoyo de la opinión general nada tienen de convincentes. Aubry y Rau reconocen que los términos del art. 1,477 no parecen referirse sino á la parte del esposo detentor, en calidad de común en bienes; debe decirse más: sólo se refiere al esposo común en bienes. Esto basta para decidir la cuestión si se atiende uno al artículo 1,477. Los editores de Zachariæ invocan, como argumento de analogía, los términos absolutos del art. 792,

1 Denegada, 11 de Agosto de 1864 (Daloz, 1865, 1, 5). La Corte de París ha cambiado su jurisprudencia (19 de Julio de 1872, Daloz, 1872, 2, 220). Compárese Amiens, 2 de Junio de 1879, 2, 181).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 428, nota 18, pfo. 519 y los autores que citan.

siendo los principios de la comunidad y de las sucesiones idénticos en esta materia. A decir verdad, el art. 792 no es más absoluto que el art. 1,477; dice que los herederos no pueden pretender *parte alguna* en los objetos distraídos; se trata siempre de la *parte* que pertenece á los herederos, de su *parte hereditaria*; no se trata del derecho que puedan tener en virtud de una donación ó de un legado. Se dice (1) que si el esposo común en bienes está declarado decaído por razón de su delito, debe con más razón estarlo á título de donatario ó legatario, puesto que grava su falta con la de ingratitud. Admitiríamos con mucha voluntad este motivo si se tratara de hacer la ley; el legislador hubiera debido quitar al esposo culpable todo el derecho en la cosa con cualquier título que fuera. Pero ¿lo hizo así? Tal es la dificultad. No es seguramente contestarla el decir, como lo hace Troplong, que el decreto del Parlamento de 15 de Mayo de 1656 lo sentenció así y que esta sentencia es mucho mejor que la de la Corte de Colmar; (2) los parlamentos gozaban de un poder que nuestros tribunales no tienen ya; aquellos hacían la ley; en nuestros días, visto el silencio del Código, ¿podría el juez pronunciar una pena? Esto es, sin embargo, lo que ha hecho la jurisprudencia antigua.

La Corte de Colmar da motivos á los cuales la jurisprudencia contraria no contesta y que son difíciles de contestar. Se trata de una disposición penal; la ley sólo quita al esposo *la parte* que le pertenece con este título; por esto mismo no se puede extenderla al derecho de usufructo que el primer difunto le legó en su parte de los objetos substraídos; este derecho de usufructo no está seguramente comprendido en los términos de la ley, y no está permitido extenderlo. (3) ¿Qué es lo que contesta la Corte de Casación? Dice y repi-

1 Marcadé, t. V, pág. 630, núm. I del art. 1,477.

2 Troplong, t. II, pág. 60, núm. 1692.

3 Colmar, 29 de Mayo de 1823 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2435).

te que la disposición del art. 1,477 es general y absoluta; basta leer la ley para convencerse de que la afirmación de la Corte está en oposición con el texto. La Corte concluye de esto, que el castigo impuesto al esposo expoliador se aplica á todos los derechos que puede tener en los objetos substraídos con cualquier título que tengan estos derechos, ya sea por el deseo de la ley, ya sea en virtud de una disposición entre vivos ó testamentaria. (1) Que se comparen estos términos de la sentencia con los de la ley, y habrá que confesar que la Corte hizo decir á la ley lo que no dice.

La Corte de Apelación invoca la jurisprudencia antigua, que no ha cambiado. (2) ¡Singular autoridad la que procede de las mismas cortes! La Corte de París dice que pugna con el espíritu de la ley el que el esposo expoliador pudiera obtener una parte cualquiera de lo que se apropió indebidamente. Preguntaremos si el espíritu de la ley basta para establecer ó extender una pena. (3) En una sentencia posterior, la Corte de París intenta fundar su decisión en un motivo jurídico. Resulta, dice, de los arts. 792 y 1,477, que en caso de substracción los valores substraídos deben ser considerados para con los autores de la retención como no haciendo parte de la sucesión. Sí, este es el efecto de la pena, suponiendo que la pena esté incurrida; y sólo la incurre el esposo común en bienes y no el legatario ó el donatario. (4)

Sólo hay una consideración que nos haga titubear, es la autoridad de la tradición en una materia tradicional. (5) Si no se tratara de una pena habría seguramente que interpretar el art. 1,477 por el derecho antiguo, al que sólo repro-

1 Denegada, 4 de Diciembre de 1844 (Dalloz, 1845, 1, 44) y 13 de Mayo de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 332).

2 Véanse las sentencias relatadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 2434 y 2436.

3 París, 7 de Agosto de 1858 (Dalloz, 1858, 2, 188).

4 París, 26 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 198).

5 Pothier, *De la comunidad*, núm. 690. Compárese denegada, 28 de Noviembre de 1848 (Dalloz, 1848, 5, 313).

duce; pero no lo reprodujo en términos bastante generales para que se pueda aplicar la pena al donatario y al legatario. Concebimos que el juez se deje arrastrar por el grito de la conciencia, pero es también deber del intérprete oír la voz de la ley.

III. De la acción que nace de la substracción.

32. ¿Quién puede promover? La parte perjudicada; es decir, el cónyuge del heredero culpable ó sus herederos. Cuando la acción pertenece á los herederos se presentan algunas dificultades. La acción es divisible, puesto que consiste en reclamar un derecho en objetos divisibles. Si, pues, está formada por uno ó por varios herederos, sólo pueden pedir su parte hereditaria en la parte que el esposo culpable perdió á título de pena. A primera vista esto parece ser extraño. ¿Se aplica una pena por fracción? Se contesta que se trata de una pena civil; es decir, de daños y perjuicios pronunciados á título de pena. El esposo culpable está privado de su parte en los efectos substraídos; esta porción se atribuye en el caso á los herederos del cónyuge difunto, sólo les pertenece á cada uno en proporción á su derecho hereditario. Aquel que es heredero por tercera parte sólo puede reclamar la tercera parte de lo que hubiese recogido el esposo culpable. El tribunal no puede pronunciar la pena en términos absolutos; sólo puede adjudicar lo que se le pide y cada heredero sólo puede pedir su parte. La sentencia que intervendrá no aprovechará á los demás herederos así como no les perjudicará. Si no promueven resultará que el heredero culpable y reconocido como tal por sentencia conservará una parte de los objetos substraídos. Esto parece absurdo, pero esto es una consecuencia de los principios que rigen la cosa juzgada. Aun podrá ser decidido para con uno de los herederos que hay substracción, y para con otro que no la hubo. Esto es aún más absurdo; bajo el pun-

to de vista jurídico no hay ningún absurdo; esta es la consecuencia lógica del efecto ligado á las sentencias.

33. Los legatarios pueden renunciar á la acción que les pertenece; esto es de derecho común. Poco importa que se trate de un delito; la pena establecida por el art. 1,477 sólo es una reparación civil, suponiendo que la substracción constituya un delito criminal. Y ningún principio se opone á que la parte perjudicada renuncie los daños y perjuicios que se le deben por razón de un delito; el interés público está fuera de causa, puesto que la renuncia de la parte perjudicada no impide el ejercicio de la acción pública, si hay lugar. La renuncia puede hasta ser tácita; esto es también de derecho común, puesto que renunciar un derecho es manifestar la voluntad de no ejercerlo, y toda voluntad puede ser tácita ó expresa. Ha sido sentenciado que no había renuncia en el hecho del esposo perjudicado ó de sus herederos, en consentir una partición sin reclamar la aplicación de la pena. (1) La renuncia tácita se admite difícilmente; es necesario que la parte interesada sienta un hecho que implique necesariamente la voluntad de renunciar; y el esposo que divide cuando hay substracción, tiene dos derechos: puede reclamar la pena y pedir la partición; ejercer uno de estos derechos no es renunciar al otro. La decisión nos deja alguna duda. Si ambos derechos fuesen independientes, sería verdad que el esposo no renuncia á la pena al pedir su parte. Pero la parte del esposo varía precisamente según reclama ó no la pena, y es en el momento de la partición cuando se debe saber lo que constituye la parte de los coparticipes. Si el esposo guarda silencio consiente en que la parte de aquel que ha substraído sea igual á la suya: ¿no es esto renunciar tácitamente á la pena?

34. ¿Contra quién puede formarse la acción? Debe ser formada contra el autor de la substracción, esto no es claro.

1 Denegada, Sala Civil, 17 de Abril de 1867 (Daloz, 1867, 1, 267).