

bleció en el caso del art. 953—y, por lo visto, no quiso imponerlo más que en él, y no en otros; 8.º, que confirma este criterio la diferente conducta del Código respecto á los hijos naturales, comparada con la que observó relativamente al cónyuge viudo, pues á aquéllos les asigna el art. 942 una porción hereditaria en concurrencia con descendientes y ascendientes legítimos, y lo propio pudo hacer con el cónyuge viudo, si ese hubiera sido también su pensamiento, sin que pueda reconocérsele, como á los naturales, por falta de ese precepto especial que aquéllos tienen y de que éste carece, puesto que donde la ley no distingue no debe distinguirse, aunque la *diferencia de criterio constituya una monstruosidad legal*.

Como se observa, prestando un atento examen á los fundamentos aducidos por los partidarios de la interpretación negativa, esencialmente contradichos por el extracto que dejamos antes anotado de los alegados por los defensores de la afirmativa, los de los primeros se reducen á declarar imperante un sentido estricto y literal para interpretar el Código, no sin reconocer con toda probidad alguno de ellos, como el Sr. Morell, que el Código mismo ha declarado en algunos de sus preceptos, como el art. 814, que el cónyuge sobreviviente, aun preterido, *conserva todos sus derechos*, sin anular la institución.

En cuanto al *resumen* formulado por el otro distinguido escritor, que acabamos de extractar, á quien es aplicable cuanto se deja antes indicado en contradicción, bueno será notar, además, que:

La razón del núm. 1.º (1), de indudable evidencia, es contraproducente al fin con que se aduce, en cuanto se limita á reconocer la calidad de *legítima* al usufructo viudal reservado por la ley á *todo superstite no divorciado por su culpa*, puesto que no hace ninguna otra distinción ni salvedad, lo cual tampoco podía hacerse, si la interpretación ha de cumplir su capital deber de fidelidad y respeto á la integridad de los textos legales, dado que ni el epígrafe de la sección 7.ª, cap. 2.º, tít. 2.º, lib. III, «Derechos del cónyuge viudo», ni siquiera el de dicho capítulo, que es «De la herencia» (2), seguido, por cierto, del epígrafe de la sección 1.ª, que fija más su sentido general al decir «De la capacidad para suceder por testamento y sin él», ni menos el tenor del art. 834, autoriza para restringir, limitar ni excluir en la aplicación de los *derechos del cónyuge*

(1) Ob. y t. cit., pág. 628.

(2) Sin distinguir la *testada* de la *intestada*, tanto más, cuanto que en dicho capítulo y sus diferentes secciones se contienen unas prescripciones, que sólo pueden aplicarse á la sucesión testada, y otras de carácter común y general, que pueden serlo lo mismo á la intestada, ó sea á cualquier especie de sucesión *mortis causa*. Sirvan de ejemplo, que lo demuestran así, los arts. 744, 745, 756, 757, 758, 761, 762, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 816, 820, y evidentemente, también, los 834 á 839, relativos á los derechos del cónyuge viudo, á cuya aplicación se refiere el problema planteado y discutido.

*viudo* ninguna especie de sucesión testada ó intestada, y aun podríamos añadir *contractual* y *por prescripción*, dados los términos indistintos y de generalidad en que se halla concebido el supuesto de su otorgamiento, que son los de «El viudo ó viuda que al morir su consorte no esté divorciado ó lo esté por culpa del cónyuge difunto, *tendrá derecho*, etc.»—es decir, todo viudo ó viuda en tal situación—, que generalmente también debe ser entendido y aplicado, sin que baste á sustraerse de los términos explícitos de su dicción ninguna consideración, por fundada que ella sea, de metodología ó sistematización imperfectas en la distribución de materias dentro del Código.

La del núm. 2.º, en la que expresa que *legítima* y *heredero forzoso* son conceptos *correlativos*, es más bien una cuestión técnica y de nomenclatura académica y forense, que de esencia ni de verdad legal y comprobada, y en lo que hace referencia *exclusiva* á la sucesión testamentaria, no se acompaña el por qué de este aserto absoluto, cuya demostración, sobre todo dentro del terreno positivo del Código, no se aduce ni puede aducirse, por el imperfecto sentido orgánico que ha presidido á su formación, y que, aun en la esfera de los principios, una y otra de ambas afirmaciones pudieran quedar reducidas á la categoría de una opinión doctrinal más ó menos discutible ó tal vez á una mera preocupación ó rutina de los técnicos.

La del núm. 3.º, consistente en ser la legítima una excepción al principio de libertad, y más la del viudo, limitada por lo de la *forma* y *medida*, y que por tal naturaleza restrictiva debe aplicarse sólo á lo taxativamente dispuesto por la ley, eso es una repetición de argumento, de un orden vago y generalísimo, que ninguna fuerza añade, después de lo ya dicho, á la opinión en que se funda, y, en cambio, la frase que se adiciona, «sin poderlo ampliar á casos no mencionados en la ley», tiene enfrente la natural contradicción de que, por igual criterio de hermenéutica, tampoco es lícito *excluir* casos que la ley, en su sentido literal y sintáxico, tampoco excluye.

La argumentación del núm. 4.º de que la sucesión intestada es *supletoria* de la testada en Derecho español, como una mera reiteración en lo de atenerse estrictamente á lo dispuesto en la ley, es baldía para el fin con que se invoca, por ser una repetición de este criterio tan explotado de la interpretación literal estricta—que más bien resulta extensiva y amplia—, derivada de un *prejuicio doctrinal*, bajo cuyo influjo se olvida que lo de criterio estricto interpretativo no ha de entenderse nunca con sacrificio y postergación del que en primer término exige el texto literal de un artículo, como el 834, y esa calidad de *supletoria* de la sucesión intestada no es igual á lo de *contradictoria* de la testada, ni menos sinónima aquélla de *principal* y ésta de *accesoria*, sino todo lo contrario, es decir: que se aplicarán estrictamente las reglas de la primera respecto

de los llamamientos, pero con *subordinación* á cualquiera disposición del testador, más ó menos incompleta, para regular toda su sucesión hereditaria y á los derechos que la ley tenga declarados de un modo indudable por otros conceptos y en otros pasajes ó lugares, aunque no sean muy apropiados á una buena *sistematización* de doctrinas, como lo son los que reconocen al cónyuge viudo la Base decimoséptima, y el art. 834 y sus concordantes.

La cita que se hace en el núm. 5.º de esa argumentación que combatimos, del art. 913, comprendido en las disposiciones generales de la sucesión intestada, pretendiendo que «no es lícito salirse del cuadro de derechos por ella establecidos», vuelve á ser una reiteración del explotado argumento de lo *estricto*, pero con la obsesión constante de querer *sobreponer* los artículos que tratan de la sucesión intestada á los demás del Código, como si todos no formaran parte del mismo cuerpo legal, ó fuere lícito reputar á aquellos como *derogatorios* de éstos, en lugar de entenderse, como es debido, aplicables los primeros, *sin perjuicio ni sacrificio de los segundos*, en lo que toca á su generalidad ó especialidad respectivas.

Tampoco vale mucho el raciocinio del núm. 6.º, de que en los preceptos de la sucesión intestada no haya ningún artículo que hable de usufructo del viudo en concurrencia con descendientes ó ascendientes legítimos ó naturales, y si sólo con hermanos ó sobrinos carnales, como el 953, pues además de lo antes expuesto en contradicción de este fundamento, y deba ó no considerarse aquel silencio como una *omisión* por olvido, ó este artículo como una *redundancia* innecesaria y sólo útil para prestarse á este *equivoco*, aplicando aquel *criterio estricto* que tanto se exalta, no se puede llegar á la poco demostrada conclusión de que haya que concretar la existencia de los derechos del cónyuge viudo al *único* caso del referido art. 953, porque quedan en pie todos los demás argumentos que lo estorban; y es muy violento, como proceso racional y jurídico interpretativo, atribuir al mismo una fuerza virtual derogatoria de todos los demás del Código en que se proclaman y reconocen, *general é indistintamente*, los derechos del cónyuge viudo en la sucesión de su consorte, cualquiera que sea su especie, puesto que no resulta diferenciada por aquellos preceptos que los establecen, en modo alguno la testada de la intestada.

En la del núm. 7.º, es de doble fase la argumentación y contradictoria en sus términos, pues si se confiesa que en el orden que se califica de *extralegal* —se quiere decir sólo racional ó fuera de los términos expresos de la ley, se añade:—hay que reconocer «que la inexistencia del usufructo del viudo en todos esos casos de la sucesión intestada es debido á omisión ó descuido», mal puede expresarse después «que no debe entenderse así en el orden legal, puesto que se escribió el art. 953».

Como se alega en el núm. 8.º, se considera *confirmado* este criterio por la diferente conducta del Código respecto á los hijos naturales, para los cuales reconoció, en el art. 942, una porción hereditaria en concurrencia con descendientes y ascendientes legítimos, «y lo propio pudo hacer, se añade, con el cónyuge viudo, si ese hubiera sido también su pensamiento». Reconocemos que es ingenioso el raciocinio, pero no se nos negará que peca de algo sutil y alambicado, y desde luego que es evidente su remotísima influencia, para deducir sólo de él la justificación de la tesis, á cuyo servicio se invoca, porque el ser más ó menos completo ó previsor un cuerpo legal en proveer de regla un desarrollo ó hipótesis paralela, pero no idéntica, de otro supuesto que olvida en la construcción legislativa, es muy débil argumento para reputar demostrado que no quiso establecer análoga regla ú otra cualquiera en los casos que omitió, y menos con el alcance de contradecir y derogar otros preceptos de la misma ley, que declaran *explícitamente y de modo general* los derechos, cuya subsistencia se desconoce por aquella sola razón *negativa* y de mero silencio en la aplicación de que se trata.

Finalmente, no nos parece ocioso, en favor de la opinión afirmativa, el razonamiento de algún otro distinguido escritor (1), que dice: «Admitir que el cónyuge viudo es sólo heredero forzoso del premuerto en la sucesión testamentaria, equivaldría á reconocer que el legislador había dejado á medias la obra, que con plausible criterio se mandó levantar por la Base *decimoséptima* de la ley citada, y tendríamos que explicarnos que con deliberado propósito se había faltado á lo ordenado por ésta, cuando en realidad lo único que ha sucedido es, que los autores del Código no han sabido desarrollar con acierto lo que con elevado criterio preceptuó el legislador de 1888.

»Además, que sería el mayor de los contrasentidos admitir que en un caso impone la ley positiva, por modo expreso, la obligación de respetar ciertos derechos al viudo y en otros se los niega esa misma ley. Llamando, como terminantemente llama, *heredero forzoso al viudo*, de admitir la teoría que impugnamos, habría que presumir que la ley había querido decir á cada cónyuge: «Si disponiendo de tus bienes por testamento »no respetas ciertos derechos para tu consorte, yo te haré respetarlos; »pero si mueres intestado, yo, espontáneamente y por mi propio ministerio, todo se lo niego.» La magnitud del absurdo á que se llega discutiendo de este modo nos releva de más consideraciones.»

Suscribimos, por consiguiente, la opinión *afirmativa*, en cuanto á considerar compatibles la legítima usufructuaria viudal, *lo mismo con la sucesión testada que con la intestada del cónyuge difunto*, y aplicables los artículos que declaran los *derechos del cónyuge viudo*, de igual modo

(1) Galindo, ob. cit., pág. 497 y 498.

que á la *primera*—con institución por parte del testador que la reconozca ó con preterición ó desheredación injusta del sobreviviente—á todos los llamamientos de la *segunda*, para el efecto de la concurrencia con ellos, por dicha cuota usufructuaria, aunque no estén mencionados expresamente en el Código todos los casos de dicha concurrencia, y por supuesto, sin perjuicio de suceder el cónyuge superviviente en pleno dominio en el orden y lugar que al efecto se señalan algunos de ellos, como los arts. 946 y 952; debiendo cargarse á los defectos de construcción sistemática y de dicción legal, ó sea de la evidente falta de plan é imperfecciones de redacción en el Código, la responsabilidad del problema que ha dado lugar á semejante discrepancia de opiniones en materia tan fundamental, siendo tan inverosímil como lamentable que así haya sucedido (1).

50. Reconocido que el cónyuge viudo acredita su legítima lo mismo en la sucesión testada que en la intestada, como quiera que en ésta falta la institución de heredero que hay en la primera y ha de suplirse en la segunda por la *declaración judicial* de dicha cualidad de *heredero*, bueno es recordar que cuando el cónyuge venga á la sucesión en unión de descendientes ó ascendientes legítimos, hermanos y sobrinos, hijos de éstos ó hijos naturales del difunto, habrá de ajustarse, para obtener aquélla, á los arts. 978 á 980, ambos inclusive, de la ley de Enjuiciamiento civil, en concordancia con el 953 del Código civil, que conserva al cónyuge la parte de herencia en usufructo que le está señalada en el art. 837; mientras que no habiendo ninguna clase de parientes de los anteriormente expresados, opinan los escritores (2) que estando llamado ya en estos casos el cónyuge viudo á toda la herencia en pleno dominio, con preferencia á los colaterales posteriores á los hermanos y sobrinos hijos de éstos, por el art. 952, deberá observarse el procedimiento establecido en la ley de Enjuiciamiento civil para los parientes colaterales dentro del

(1) Lo que es de todo punto *inadmisible*, es el extraño é ilógico criterio en que la Dirección general de los Registros inspiró su Resolución de 14 de Junio de 1897, incurriendo en la contradicción que se deduce de opinar que el cónyuge viudo no *está llamado* por su cuota en usufructo, concurriendo con descendientes y ascendientes ó naturales en la *sucesión intestada*; es decir, sentar esta doctrina en sentido *negativo* para, después, estimar que por una práctica jurídica, *contraria á la ley*, se le viene reconociendo en la realidad, y no aplicando á dicha práctica, *contraria á la ley*, la debida sanción de nulidad del art. 4.º; así como el fundamento pseudo doctrinal de considerar que la aprobación judicial de las liquidaciones y particiones de herencia tiene un carácter meramente *formulario*, desconociendo el sustantivo ó de fondo que puede tener cuando no juzga sólo de motivos procesales, á cuyos dos fines obedece la intervención judicial, prestando ó no su aprobación; y concluir por declarar *inscribible* la partición en que se había adjudicado cuota de usufructo al viudo en concurrencia con hijos, en una sucesión intestada.

(2) Manresa, comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil reformada, t. IV, pág. 327; Valverde y Maruri, ob. cit., pág. 42.

cuarto grado, ya que á tales parientes equipara dicha ley, en el art. 959, al cónyuge para los efectos de la prevención del juicio. Por lo mismo, y por estar llamado en el orden de sucesión antes de los colaterales posteriores, no parece acertado aplicarle el procedimiento señalado para los colaterales posteriores á su llamamiento, sino el establecido para los llamamientos anteriores, á los cuales inmediatamente va incorporado después y antes de la masa general de los colaterales ulteriores.

51. Á los *elementos personales* de esta institución de la *legítima vidual*, corresponde, también, en la doctrina jurídica y en el Código, la explicación de todas aquellas reglas que expresa ó virtualmente, por precepto directo del texto legal *especial* ó por necesaria concordancia con otros, sirven á determinar las condiciones, por decirlo así, *subjetivas* y *circunstanciales*, que han de concurrir en los herederos forzosos de esta clase, por la llamada *cuota vidual*.

Es indudable, como criterio racional derivado de los buenos principios del Derecho, y prescindiendo por el pronto de la reglamentación positiva, según se deja dicho (1), que la calidad de legítimario por cuota vidual, atribuída al cónyuge viudo en la sucesión del premuerto, es un derecho de naturaleza hereditaria y una derivación inmediata de la subsistencia de la integridad matrimonial al tiempo del fallecimiento de aquél.

Por lo uno y por lo otro, no puede nacer, como todos los de su clase, antes de la muerte del causante, según los arts. 657 y 661 (2), ni tampoco, entonces, sin que se cumplan, no sólo la condición expresada de *premorienza* de uno de los cónyuges y de *supervivencia* del otro, sino las que, al tiempo de realizarse ambos hechos, se refieren á tales calidades de *cónyuges*, en la expresada integridad matrimonial, *según la ley civil*. Ni el matrimonio declarado *nulo* con anterioridad, ó sobre cuya nulidad haya pleito pendiente, si después se declara por sentencia firme, ni el matrimonio *no inscrito en el Registro civil*, mientras este defecto no se subsane, ó bien por falta de asistencia del juez municipal, por culpa de los contrayentes, bien por ser secreto ó de conciencia, *in articulo mortis* ó peligro inminente de muerte, celebrado en campaña, ó á bordo (3), ni aquel que ha sido objeto de sentencia firme de divorcio sin que sobrevenga reconciliación ó se halle pendiente de demanda de este género (4), representan situaciones que permitan asegurar la existencia de aquella integridad matrimonial, al fallecer uno de los cónyuges,

(1) Núm. 48 de este capítulo.

(2) Explicados en el núm. 31, cap. 1.º de este tomo.

(3) Arts. 72, 77, 78, 79, 93, 94 y 95, explicados en los núms. 24, cap. 23; 39 y 42, capítulo 14, y 9, cap. 15, todos del t. V, 2.ª edic.

(4) Arts. 73 y 74, explicados en los núms. 25 á 28, cap. 23, t. V, 2.ª edic., y 834, que ahora se explica.

de los cuales puedan derivarse los derechos á la legítima viudal del otro que le sobreviva; si bien es verdad que todos los que dejan de producir efectos civiles, uno de los cuales es este de que se trata, por falta de inscripción en el Registro civil, recobrarán la plenitud de su eficacia desde el momento en que ese defecto se subsane y la inscripción se verifique, aunque esto tuviera lugar después de disuelto el matrimonio, no inscrito por muerte de uno de los cónyuges, en cuyo caso parecería lo *justo* que tratándose de la falta subsanada de un elemento más *formal* que *esencial* al matrimonio, se retrotrajeran los efectos de la inscripción á la *fecha de su celebración*; pero atendidos los textos del Código, sería una ligereza afirmar que eso era siempre lo *legal*, dada la censurable variedad de criterio con que aquél resuelve este importante extremo en los diferentes supuestos de los arts. 77, 78 y 79, principalmente, á cuya explicación, hecha en otro lugar, nos remitimos (1), aunque inclinando nuestro juicio á afirmar la existencia de la cuota viudal en todo caso y á toda hora en que resulte subsanado el defecto de inscripción del matrimonio en el Registro civil.

52. Es preciso para la existencia de la cuota viudal, bajo este respecto, en la doctrina y en la ley, que al tiempo en que la sucesión deba causarse, por la muerte de uno de los cónyuges, *subsistiera* el matrimonio, entendiéndose que *subsiste*:

a. Cuando *no es nulo*, ó sea cuando no ha sido objeto de sentencia anterior *firme* que declare la nulidad ó ésta sobrevenga después, según las reglas (2) que á la misma se refieren en las dos formas matrimoniales, canónica y civil (3).

b. Cuando se haya inscrito en el Registro civil, ó no habiéndolo sido oportunamente, se subsane después la falta de inscripción.

c. Cuando la sociedad conyugal de que se trate, esté sometida al régimen legal común ó de Castilla; lo cual quiere decir que no habrá lugar á la cuota viudal en el caso de matrimonio disuelto por muerte de

(1) Núms. 42 y 43, cap. 14.º, t. V, 2.ª edic.

(2) Explicadas en los núms. 21 á 24, cap. 23.º, y núm. 6, cap. 24.º, t. V, 2.ª edic.

(3) Cuando siendo el matrimonio *válido*, no sea tampoco de la clase de los *ilegales*, á que se contraen los arts. 45 y 50 del Código, pues aunque resulta algo extraña esta aplicación, es innegable que, dada la letra de la regla segunda del art. 50, establecida como sanción que ha de imponerse á las personas comprendidas en el art. 45 que se casaren á pesar de la prohibición del mismo, al decir: «ninguno de los cónyuges podrá recibir del otro cosa alguna por donación ó testamento», no puede decirse que sea violenta, sino tal vez muy respetuosa con la letra la interpretación que así lo entendería, sin que la prive de fuerza la ingeniosa razón de decir que esa regla rige para *después* de disuelto el matrimonio, porque en lo de recibir por testamento, lo propio sucedería por el concepto de cuota viudal; pero bien penetrado el espíritu de aquel precepto, no parece dudoso que se refiere á liberalidades emanadas de la *voluntad* del cónyuge premuerto, donante ó testador, y no de *derechos* del superstite declarados por la ley, como lo es la cuota viudal.

uno de los cónyuges, regido por ley extranjera ó española de cualquiera de los territorios forales, siendo la mujer la superstite, de naturaleza de origen española, porque la perdió al casarse, siguiendo la condición y nacionalidad del marido, según el art. 22, párrafo primero, y aunque la recobraré, conforme al segundo del mismo y art. 21 (1), ya sería *después* de disuelto el matrimonio, y no «al morir su consorte», que reza el art. 834, y, de todas suertes, la legítima viudal es de carácter *recíproco* entre los cónyuges y mal podría reconocerse á la mujer española que casó con extranjero ó con hombre sujeto á cualquiera legislación foral, cuando el marido, en la hipótesis contraria de premoriencia de la mujer, no acreditaba derecho á la legítima viudal (2).

d. Cuando el viudo ó viuda, al morir su consorte, no se halle divorciado ó lo estuviere por culpa del cónyuge difunto, si antes de disolverse el matrimonio por la muerte de uno de ellos no hubiere sobrevenido reconciliación; debiendo esperarse al resultado del pleito si en dicho tiempo hubiere pendiente demanda de divorcio.

53. Ni la Base *décimoséptima*, ni el núm. 3.º del art. 807, dijeron más que señalar al viudo ó viuda como heredero forzoso, añadiendo el segundo: «en la *forma y medida* que determinan los arts. 834 y siguientes», y aquella concluyendo con las palabras: «y determinando los casos en que ha de cesar el usufructo». Pero dicho art. 834, desarrollando aquellos preceptos, concretó ya, como condición esencial, la *negativa* que se deduce de las siguientes circunstancias:

1.º Que el viudo ó viuda, al morir su consorte, *no se hallare divorciado ó lo estuviere por culpa del cónyuge difunto*.

La exigencia legal es perfectamente lógica desde el punto de vista de la falta de la integridad matrimonial que el divorcio produce, aun no afectando al vínculo, sino sólo al tálamo y á la mutua habitación, como únicamente le admiten nuestras leyes en las dos formas canónica y civil

(1) Explicados en el núm. 39, cap. 13.º, t. II, 2.ª edic.

(2) Ninguna otra de las causas que, con dición impropia, en otro lugar criticada—núm. 14, cap. 5.º, t. II, 2.ª edic.—, se califican de *restricciones de la personalidad jurídica*, por el segundo párrafo del art. 32 del Código, como la menor edad, la demencia ó imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil, pueden afectar en nada á la plenitud del derecho del cónyuge viudo, respecto de la legítima viudal, porque aquél nace exclusivamente de la condición civil de viudez, con las circunstancias del art. 834, según se explican en el texto, bajo las letras *a, b, c y d*, y dichas causas influyen en la *capacidad de obrar*, ó sea en la de poder realizar actos civilmente eficaces, pero no en la *capacidad jurídica*, que significa la aptitud para *tener y deber* derechos personales y patrimoniales, ó para ser sujeto de una relación jurídica, siendo como es el usufructo un derecho *patrimonial*, aunque por el título personalísimo de cónyuge viudo en este caso atribuido por el ministerio de la ley y sin necesidad de acto propio que ejecutar para su adquisición, aparte de que nunca más justificado, por lo necesario, el auxilio al cónyuge sobreviviente de su cuota usufructuaria que en esos estados de infortunio que aquellas causas representan.

del matrimonio, cuando aquélla no subsiste al disolverse por la muerte de uno de los cónyuges, en relación con este fundamento del carácter de heredero legitimario que se atribuye al superstite y que nace al tiempo del fallecimiento previo de aquél, en cuanto se considere tal condición exclusivamente derivada de la *normalidad* de la relación conyugal; pero no cuando la cuota viudal se estima como un modo de subvenir á las necesidades de la vida del viudo ó viuda, para el sostenimiento decoroso de su viudez sin menoscabo visible, tenida en cuenta su posición anterior, constante matrimonio, que fué, sin embargo, uno de los motivos más invocados para su introducción en el Código.

Tampoco puede decirse que concuerda exactamente con el núm. 3.º del art. 73, que fija como uno de los efectos de la sentencia de divorcio, *perder* el cónyuge culpable todo lo que le hubiere sido dado ó prometido por el inocente, ó por otra persona en consideración á éste, y *conservar* el inocente todo cuanto hubiere recibido del culpable; pudiendo, además, reclamar desde luego lo que éste le hubiera prometido: toda vez que la legítima viudal no es producto de actos voluntarios de donación ó promesa de un cónyuge en favor del otro, sino del ministerio de la ley; notándose, por tanto, una verdadera é importante *omisión* en los efectos que dicho art. 73 atribuye á la sentencia de divorcio, por no incluir entre ellos el de la pérdida de la cuota viudal para el cónyuge culpable de aquél, según el art. 834; omisión por nosotros subsanada en otro lugar de esta obra, al cual nos remitimos (1).

El divorcio, produce la pérdida de la legítima viudal cuando está declarado por sentencia firme, la cual deberá inscribirse en el Registro civil para el cónyuge culpable, pero no para el inocente, aunque aquél resulte decretado, cualidades ambas que no se presumen, sino que sólo se acreditan por las declaraciones de inocencia ó de culpabilidad que para uno de los cónyuges ó para ambos haga la sentencia en que el divorcio se decreta, y en esta última hipótesis de ser culpables los dos, claro es que uno y otro dejarán de tener el derecho que reconoce el art. 834 al sobreviviente á una cuota en usufructo por su legítima viudal, porque en esto no cabe la compensación admitida, por ejemplo, en la *mora* mutua de acreedor y deudor (2).

No importa cuál sea la causa que produce el divorcio, aunque parezca ajena á los afectos y armonía entre los cónyuges y sí más bien motivo de desgracia y de conmiseración del uno para el otro, originada por obra de la ley, como sucede con la 6.ª del art. 105 para el divorcio en el matrimonio civil, consistente en la condena del cónyuge á cadena ó reclusión perpetua, pues siempre ha de intervenir la voluntad del cónyuge inocente

(1) Séptimo del núm. 27, cap. 23.º, t. V, 2.ª edic., págs. 925 y 926.

(2) Núm. 51, cap. 13.º, t. IV, 2.ª edic.

para utilizarla ó no y promover ó no la demanda de divorcio, fundándose en ella, y, además, el 834 sólo dice: «hallarse divorciado por culpa del cónyuge superstite, pero no si lo estuviere por la del difunto, sin distinguir para nada la causa legítima invocada para el divorcio, ya que sólo puede ser éste pedido por el cónyuge inocente, según el art. 106 del Código, que, á pesar de estar dictado para el del matrimonio civil es aplicable igual principio al canónico, en cuyo procedimiento hay más medios de fijar *provisionalmente* esta condición dentro del antejuicio ó información previa para la admisión de la demanda por los Tribunales eclesiásticos, que precede á su curso.

2.ª Tampoco hay lugar á aplicar la cuota en usufructo al cónyuge superstite por satisfacción de su legítima viudal, si al tiempo de morir su consorte estuvieron los cónyuges separados por *demand*a de divorcio, en cuyo caso «se esperará al resultado del pleito». Sin duda por exagerada concordancia con el núm. 1.º del art. 68, que decreta la separación de los cónyuges, como primer efecto *provisional* de la demanda de divorcio, se ha convertido una lógica medida de simple enjuiciamiento en una regla de Derecho sustantivo, y se han exagerado sus consecuencias hasta el punto de olvidar inconcusos principios y otros preceptos terminantes del Código.

En demostración de ello, se da aquí por reproducido lo expuesto en otro lugar (1); notando, además, respecto de los primeros, lo que á este propósito expone escritor tan autorizado como Laurent (2), en el que se lee: «La acción para pedir el divorcio corresponde á los esposos, quienes únicamente pueden ejercitarlo. Es la más personal de todas las acciones, por fundarse en una injuria que el cónyuge ofendido puede perdonar. La acción se extingue por la muerte. Los herederos no pueden ejercitarla, ni aun *continuar la intentada por el cónyuge muerto*. La muerte desata el matrimonio; la acción de divorcio después de ella no se concibe. Es cierto que lleva consigo penas; pero el esposo pierde todos los beneficios que le otorga el divorcio cuando éste no ha sido declarado. Es *imposible* exista tal declaración después de disuelto el matrimonio por la muerte.»

En cuanto á los textos del Código, la *antinomia* es manifiesta entre el art. 106, al prescribir que el divorcio sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente, y el pár. 3.º del 834 que, para la hipótesis de demanda entablada y no resuelta al tiempo de la muerte de uno de los cónyuges, ordena «se esperará al resultado del pleito», lo cual equivale á proclamar la *posibilidad legal* de su continuación entre los herederos y el superstite, ya que, como en aquel lugar exponemos, «Si el inocente fuera

(1) Núm. 28, cap. 23.º, t. V, 2.ª edic.

(2) *Principes de droit civil*, pág. 34.

el premuerto, se harán imposibles los frecuentes y plausibles recursos del desistimiento y del perdón y de los beneficios ulteriores de la *reconciliación*, etc.

Por cierto que, respecto del *desistimiento*, no suscribimos la opinión de un ilustrado comentarista que acepta sin reparo alguno esa doctrina, calificándolo de *condición suspensiva*, respecto de los derechos del cónyuge viudo, «cuyos efectos dependerán del resultado del pleito y habrán de retrotraerse á la fecha del fallecimiento del causante de la herencia»; y añade: «racionalmente, esta disposición del art. 834 sólo hace relación al caso de sobrevivir el cónyuge presunto culpable, pues sobreviviendo el inocente, tiene desde luego derecho á legítima, sin que haya necesidad de esperar el resultado del pleito» (1). No lo entendemos así, porque para ello basta fijarse en que la calidad de culpable ó inocente no ha de ser presunta ni provisional, sino definitiva y declarada por la sentencia de divorcio, de donde se deduce que, *en todo caso*, para esta hipótesis del pár. 3.º del 834, habrá que esperar á las resultas del pleito, ó sea á que haya sentencia firme.

Muy distinto es admitir que, tal circunstancia suspensiva, en cuanto á si conserva ó no en tal caso el cónyuge superstite la legítima viudal en espera de la sentencia que le declare inocente ó culpable, deba impedir ó no la práctica de la operación particional; respecto de cuyo punto estamos conformes con la opinión más general que se pronuncia en sentido negativo, fundándose en otros artículos aplicables por analogía, como el 1.054, según el cual, concurriendo herederos puros con herederos condicionales, sólo los primeros podrán pedir la partición, *asegurando* el derecho de los segundos, para el caso de cumplirse la condición, y considerándose *provisional* aquélla hasta saberse que la condición falte ó no pueda ya realizarse, debiendo proveerse, mientras tanto esto suceda, á la administración de los bienes cuyo usufructo pueda corresponder al cónyuge superstite, si en la sentencia que se dicte en el pleito pendiente de divorcio, se le declara inocente, conforme á las reglas de los arts. 801 á 804, para los casos de los herederos instituidos bajo condición suspensiva, hasta que ésta se realice ó haya certeza de que no pueda cumplirse; y dictada la sentencia, si se le declara inocente, la partición provisional en que se le reconocía para este caso la legítima viudal se convierte en *definitiva*, procediéndose á la entrega de los bienes de su cuota usufructuaria, ó á la efectividad de las formas subsidiarias de su pago, con arreglo al art. 838, ó se modificará la partición, si fuera declarado culpable ó sin derecho á la cuota viudal.

¿Y el *desistimiento* y la *transacción*, serán medios aplicables al término de este pleito de divorcio, cuyas *resultas* han de esperarse según

(1) Manresa, ob. cit., t. VI, pág. 445.

el art. 834, debiendo comprenderse aquéllas como una de tantas soluciones ó formas de las mismas? Que son soluciones legítimas en cualquier pleito, es indudable; y también lo es que no hay precepto especial en esta parte del Código que las prohíba en el de que se trata. Sin embargo, el desistimiento envuelve la idea en esta materia de una reconciliación, sólo posible entre los cónyuges, según el art. 74, y menos equivalente á la del perdón de los herederos del cónyuge ofendido que entabló la demanda, no resuelta al tiempo de su muerte y á cuyas resultas del pleito manda esperar el pár. 3.º del art. 834; perdón del agravio, que supone la causa del divorcio y que sólo el cónyuge ofendido puede otorgar con eficacia, pero nunca sus herederos, ni expresamente ni bajo la fórmula tácita del desistimiento. Otra cosa sería, si la demanda pendiente la hubiere entablado el cónyuge superstite en el concepto presunto de inocente, pues á que desista de ella no se opone ninguna razón, incluso en el supuesto de no prosperar la acción de divorcio, ya que el otro cónyuge, si hubiera sobrevivido á su consorte, ó sus herederos que continúan el pleito en la calidad de demandados por la premoriencia, habría sido aquél ó serían éstos absueltos de la demanda y se declararía «no haber lugar al divorcio», hasta con el fundamento posible de considerar culpable al autor, y, por consiguiente, no habría divorcio ni sería reputado como cónyuge divorciado ni perdería en aquel caso ni en éste su derecho á la cuota viudal.

Por lo que se refiere á la *transacción*, como medio de terminar el pleito pendiente de divorcio entre los herederos del cónyuge premuerto y el superstite, á cuyas *resultas* manda *esperar* el citado pár. 3.º del art. 834, puede considerarse prohibida por el 1.814 (1), que establece, «no se puede transigir ni sobre las cuestiones matrimoniales ni sobre alimentos futuros», pues la pertinencia del primer motivo es evidente, y aunque dudosa la del segundo, sabido es, como se ha declarado oficiosamente por los que mayor intervención tuvieron en la redacción del Código: «que el derecho de viudedad, tal como se organiza en el Código general, reviste principal, ya que no exclusivamente, el carácter de una pensión alimenticia, y la obligación de los alimentos de los padres es una carga sagrada para los hijos» (2).

Según el último párrafo del art. 834, «si entre los cónyuges divorciados hubiere mediado *perdón* ó *reconciliación*, el sobreviviente *conservará sus derechos*». Esta declaración guarda perfecta concordancia: 1.º, con el art. 106 (3), que sólo permite pedir el divorcio al cónyuge ofendido, y, por consiguiente, sólo á él toca perdonar el agravio al cón-

(1) Explicado en el núm. 34, cap. 35.º, t. IV, 2.ª edic.

(2) Alonso Martínez, ob. cit., t. II, pág. 92.

(3) Explicado en el núm. 6, cap. 24.º, t. V, 2.ª edic.

yuge culpable, en que fundó la demanda; 2.º, con el art. 74 (1), al establecer que «la reconciliación pone término al juicio de divorcio y deja sin efecto ulterior la sentencia dictada en él, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Tribunal que entienda ó haya entendido en el litigio», y aun opinamos que la declaración del Tribunal que recaiga, dándose por enterado de la reconciliación, deberá comunicarse al encargado del Registro civil, para su anotación en el mismo y su conservación en su archivo (2). Si se hubiera omitido la circunstancia de poner la reconciliación de los cónyuges en conocimiento del Tribunal, no podrá subsanarse en esta forma después de disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, puesto que habían de ser ambos los que hicieran aquella manifestación; pero si hacer objeto de prueba en el pleito que se promueva sobre conservación ó no de la cuota viudal entre el superstite y los herederos del premuerto, cuyo resultado quedará sometido á la apreciación de los Tribunales.

Lo que hay es que por aquella conocida regla de que «á partes conformes no hay juez querrelloso», podría darse el caso de que los mismos herederos estuvieran conformes en reconocer la existencia de la *reconciliación*, no puesta en vida de ambos cónyuges en conocimiento del Tribunal, como podrían allanarse á la demanda que dedujera el cónyuge divorciado por su culpa y reconciliado, pero sin haberse cumplido aquella formalidad en tiempo oportuno, fundándose en dicha reconciliación para reclamar su cuota viudal, ó que éstos se la otorgaran, á pesar de la falta de ese requisito, teniendo aquélla por cierta; soluciones que no pueden rechazarse fundadamente y cuya verosimilitud es de toda evidencia, pero que en el fondo pueden envolver el perdón de los herederos al cónyuge culpable, dando por cierta una reconciliación que no existió: hipótesis muy probable, por razones de piedad y respeto filial cuando son los hijos los herederos, con lo cual quedan burladas todas las doctrinas y prescripciones de la ley, prohibitivas de la eficacia de otro perdón y reconciliación que los personales del cónyuge ofendido.

La *separación amistosa ó convencional* de los cónyuges, no equivale al divorcio, respecto del cónyuge culpable, para la pérdida de la cuota viudal. Podrán las tristes realidades de la vida ofrecer, como es frecuente, casos de efectivo divorcio, que no se han convalidado en forma legal; y resultar violento, y hasta repugnante é inicuo, que el cónyuge infiel, si sobrevive al ofendido, disfrute, sin embargo de su vituperable conducta y deslealtad, de la cuota viudal procedente de la herencia de aquel á quien en vida causó tamaños agravios, y que por altos motivos de delicadeza, respetos sociales ó quizá amor conyugal tan permanente y sin-

(1) Explicado en el núm. 28, cap. 23.º, ídem.

(2) Art. 4.º, Instrucción de 26 de Abril de 1889.

pero por su parte, como innecesario por la otra, no llegaran á tomar estado judicial y se devoraran sus amarguras en el mayor silencio, ocultándolas cuidadosamente al conocimiento y censura públicos; pero con ser esto muy posible, y hasta probable y cierto, la ley no podía tomar en cuenta tales situaciones, no sólo por falta de base auténtica para ello y por los peligros de hacer objeto de ulterior discusión y prueba semejantes estados excepcionales en la vida conyugal, sino por debido respeto á aquellos delicados motivos morales y al estrictamente legal del derecho exclusivo del cónyuge ofendido para entablar ó no, á su única voluntad, la demanda de divorcio (1).

54. Finalmente, en cuanto á este aspecto de la materia de la cuota viudal, no juzgamos admisible la tendencia doctrinal, que sobre todo en los primeros momentos de la publicación del Código, se reveló en

(1) Con este motivo se expone discretamente: «No dejará en la práctica de ser ocasión de sarcasmos terribles esta disposición legal. Uno de tantos dramas como á diario se representan en la vida de los matrimonios, puede ser causa de hacer imposible la existencia común; el cónyuge agraviado, influido por las conveniencias sociales, por circunstancias de posición ó de familia, por consideración á los suyos, y aun en no pocas ocasiones por no encontrar pruebas bastantes en las siempre múltiples y de fuerza que se precisan para obtener una sentencia en materia tan delicada y escabrosa, como es la de divorcio, transige con una separación amistosa. El cónyuge inocente disfruta posición elevada, posee cuantiosos bienes de fortuna; en la antedicha situación ocurre su fallecimiento, y la esposa infiel ó el esposo culpable, preséntase á compartir con sus hijos ó con los herederos del causante aquella posición, aquellos bienes, proporcionándose á costa de quien sólo sufrió sinsabores y disgustos, el lujo, las comodidades y los placeres que con un capital ó una posición pueden obtenerse. No deja lo expuesto de prestarse á consideraciones un tanto pesimistas, pues tales hechos se repetirán con dolorosa frecuencia. El fundamento del legislador parécenos encontrarle en la presunción *iuris et de iure* de que los cónyuges, que no están separados por demanda y sentencia de divorcio, están casados, y, por tanto, con la plenitud de todos los derechos inherentes al estado de matrimonio. Reconocemos que no deja de tener fuerza tal razonamiento; pero parécenos que es una abstracción pura apoyada en criterio algún tanto anticuado, y que, como la mayor parte de las abstracciones, encuéntrase lejos de la realidad. Si es un principio inconcuso que las leyes deben responder á las necesidades de los tiempos, la ley ha debido prever casos como el citado y evitar que sus mismas disposiciones puedan resultar una verdadera enormidad, un ultraje á la memoria del cónyuge difunto y un sarcasmo para aquellos por cuyas venas corre la misma sangre. Es indudable que en España excede el número de matrimonios amistosamente separados al de aquellos que lo están por sentencia firme de divorcio; por ello la ley debió haber previsto tal caso, tan sabiamente como previó el de que el divorciado inocente fuere el superviviente. Á nuestro modesto juicio, el caso debiera quedar al arbitrio judicial, y así, cuando, por la prueba practicada y con todas las solemnidades de un juicio declarativo, se viniera en conocimiento de que no debe disfrutar el cónyuge viudo sus derechos á los bienes del muerto, debe despojarse de ellos. Con esta sencilla declaración, entendemos que templaría la equidad la dureza de la ley, haciéndola más práctica y más aplicable á cada caso en particular.» — Marina y Muñoz, ob. cit., págs. 33 y 34.