



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrchd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Chile

VILCHES FUENTES, HUGO H.

NOTAS PARA UNA HISTORIA DE LA PORCIÓN CONYUGAL: EN EL DERECHO JUSTINIANEO,  
ESPAÑOL Y EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

Revista Chilena de Derecho, vol. 32, núm. 3, septiembre-diciembre, 2005, pp. 439-462  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177021328004>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

## NOTAS PARA UNA HISTORIA DE LA PORCIÓN CONYUGAL: EN EL DERECHO JUSTINIANEO, ESPAÑOL Y EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO\*

HUGO H. VILCHES FUENTES\*\*

**RESUMEN:** El trabajo nos presenta un estudio histórico-jurídico de la porción conyugal, a través de su evolución desde sus orígenes en el derecho romano justinianeo, pasando por el derecho español y su recepción en nuestro original Código Civil. El autor expone los elementos fundamentales que configuraron esta institución como precursora de los derechos sucesorios entre los cónyuges.

**Palabras clave:** Derecho sucesorio, derechos hereditarios, historia del Derecho.

**ABSTRACT:** This is a study of *la porción conyugal* (the part of the deceased property which goes to the surviving spouse) under an historical perspective, from its remote origins back in Roman Law, to Spanish law and its reception within the Chilean Civil Code. The author describes the basic elements which established this institution as a pioneer of rights between spouses after death has occurred.

**Key words:** Wills, hereditary rights, Law History.

**SUMARIO:** Proemio; I. Notas para una idea de los orígenes históricos más remotos de la porción conyugal; II. Tratamiento de la porción conyugal en el derecho español: ¿existía como tal? Problemas; III. La recepción de la porción conyugal en el Código de Bello y su evolución; Conclusiones; Anexo de Documentos.

### PROEMIO

Probablemente alguien puede sostener que no resulta de mucho interés práctico para el tiempo presente un estudio de la porción conyugal, ya que no tendría utilidad práctica alguna. La Ley N° 19.585 de 1998 que eliminó la distinción entre hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos, que modificó las normas de la patria potestad y los derechos hereditarios en favor del cónyuge sobreviviente y de los hijos, sin importar el origen filiativo de estos, ha transformado drásticamente, por vía legislativa, las reglas de la sucesión por causa de muerte y en especial en torno a la señalada porción conyugal.

Sin duda que esta vieja institución, que se entronca con el derecho romano clásico y justinianeo, conforme dan cuenta las fuentes primarias, tiene hoy un interés exclusiva-

\* Este estudio, en su versión preliminar, fue el trabajo final del curso “Las asignaciones forzadas en el derecho romano y su evolución hasta el Código Civil”, impartido por el profesor Dr. Francisco Samper Polo, en el marco del Programa de Doctorado en Derecho que el autor cursa en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

\*\* Abogado, profesor de Historia del Derecho, Universidad Arturo Prat, Iquique, Chile. hvilches@unap.cl.

mente histórico-jurídico y ha dejado atrás las discusiones dogmáticas generadas en torno a ella, particularmente a la determinación de su naturaleza y al cálculo aritmético de su monto.

A la fecha de derogación de todos los artículos del Párrafo 2º del Título V del Libro III del Código Civil chileno, su artículo 1172 disponía que: La *porción conyugal* es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente en conformidad a las disposiciones de este párrafo. La redacción de esta disposición viene de la modificación operada en virtud de la Ley N° 10.271 de 1952, con la que se pretendió zanjar discusiones doctrinales en torno a la verdadera naturaleza de esta institución, esto es, si era o no una asignación que tenía una finalidad alimenticia, a partir de su establecimiento, conforme con la original intención del Código de Bello.

Este trabajo tiene un modesto objetivo: hacer una indagación somera acerca de los elementos fundamentales que configuran, con proximidad, en una mirada panorámica, la porción conyugal desde sus orígenes remotos en el derecho romano y su recepción en nuestro original Código Civil. En todo caso, la mirada de más interés, en su tratamiento, lo será para el derecho castellano (español) a través de una revisión de las fuentes legislativas en que lo encontramos.

## I. NOTAS PARA UNA IDEA DE LOS ORÍGENES HISTÓRICOS MÁS REMOTOS DE LA PORCIÓN CONYUGAL

Los autores nacionales, que han estudiado esta institución, que hemos podido revisar, no están contestes acerca del origen de la porción conyugal. Incluso se duda que ella provenga de las fuentes justinianaeas, hasta se habla de cierta originalidad en esta parte de Bello. Señala Valdivieso que “Una institución exacta a la existente hoy en día en nuestro país, que haya servido como modelo importante y a la cual se haya imitado, no se encuentra en los antecedentes históricos de nuestra legislación”<sup>1</sup>. Agrega que es posible encontrar en algunas instituciones de antiguos pueblos como los romanos, germanos, indios, españoles, ciertas semejanzas que le habrían servido de inspiración aunque en forma muy básica.

Rodríguez es más drástico a la hora de establecer los orígenes de la institución en estudio. Señala que “La porción conyugal como institución del derecho sucesorio es esencialmente nacional. No existe en otro código indicio alguno para atribuirle la paternidad que otras normas ostentan. Hasta cierto punto, ello se ha prestado para grandes inconvenientes ya que el método o procedimiento interpretativo que consiste en señalar, la historia fidedigna de su establecimiento de la ley, se encuentra en gran medida amagado, solo las notas del Código pueden escasamente, auxiliar en algunos puntos en controversia”<sup>2</sup>. Agrega que en su estructura, concepto y funcionamiento, etc., no arranca ni obedece a una inspiración foránea y, en lo substancial, es obra exclusiva de don Andrés Bello.

<sup>1</sup> VALDIVIESO LACASSIE, Paula, *La renuncia o el abandono de la porción conyugal*, Tesis de Licenciatura, Pontifical Catholic University of Chile (Santiago, 1994) p. 4.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estudio crítico de la Porción Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada en la Legislación Chilena*, Tesis de Licenciatura, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1961) p. 16.

Aguirre Vargas expresa una idea similar quien cita a su turno a Fabres en apoyo de este punto. Cree que “para comprender, pues, semejante institución, que no ofrece un orden paralelo al de otros códigos, nos vemos obligados a recoger en el nuestro cuántas disposiciones conciernan a ellas más o menos estrechamente, sin otra ayuda extraña que la de los principios generales de Jurisprudencia, que tanta luz suelen proyectar a las veces sobre puntos oscuros del Derecho positivo, y llevando por guía al armonizar los diferentes preceptos de la ley de la manera más conforme al espíritu de la legislación patria y a la equidad natural. Tanto más necesario es este procedimiento, ha dicho uno de nuestros más insignes profesores de Derecho, autor de un opúsculo muy estimado sobre la porción conyugal, cuanto que no solo la ley que nos sirve de tema en la discusión, sino casi todo el sistema sobre la porción conyugal, son exclusivamente chilenos, como lo indicamos al principio, sin que pueda por tanto, venir en nuestro auxilio, la enseñanza de Legislaciones y Jurisprudencias extranjeras, y sin que se pueda echar mano a otro criterio, para formarse un conocimiento cabal, que el de las reglas comunes y ordinarias de la hermenéutica legal, entre las que figuran el espíritu de la legislación y la equidad natural”<sup>3</sup>.

Pinochet Contreras, autor muy citado en los estudios que hemos tenido a la vista, también tiene una opinión que coincide con las de los citados previamente. Este señala que “Nuestro Código Civil, que tiene apenas cien años de existencia, no pudo desentenderse del inmenso aporte jurídico del pasado y acomodó sus disposiciones a aquellas eruditas fuentes de derecho, con las cuales se han familiarizado todos los jurisconsultos, porque son de proyecciones universales. Pero la dependencia de nuestro derecho civil respecto de legislaciones extranjeras no es absoluta, porque el Código de Bello tiene en su Libro III instituciones que no reconocen paternidad, ni siquiera influencia, en ninguna recopilación de leyes del mundo. Entre las novedades concebidas por el autor del Código Civil están la porción conyugal y la formación de los acervos imaginarios, creaciones no superadas en toda la historia del derecho, ni antes ni después de la era cristiana”<sup>4</sup>.

Estas apreciaciones, con las cuales coinciden muchos autores nacionales, no nos parecen tan equivocadas como a primera vista pueden parecer. Pero ellas revelan una injustificada falta de perspectiva histórica para el análisis más en detalle de esta asignación forzosa, desde el momento que específicamente ella tiene una larga tradición histórico-jurídica y muy particularmente de los demás elementos sucesorios que la acompañan, especialmente cuando el cónyuge concurre a la herencia del difunto en el orden de los descendientes legítimos. Distinto será sostener que la sistemática que Bello le impri-mió a su Código, al tratar ciertas instituciones, es de naturaleza *sui generis*, lo cual pensamos que así fue, pero todo ello sin apartarse del conjunto o mundo jurídico de la tradición emanada de los viejos textos de derecho romano y español.

Es más acertado Claro Solar cuando intenta buscar una base histórico-jurídica a la porción conyugal cuando señala que es una institución original del Código Civil que

<sup>3</sup> AGUIRRE VARGAS, Carlos, *Obras jurídicas*, Imprenta Gutemberg (Santiago, 1891) p. 103 ss.

<sup>4</sup> PINOCHET CONTRERAS, Oscar, *La porción conyugal y los acervos imaginarios* (Santiago, 1955) p. 5

“... no tiene exactos precedentes en las legislaciones anteriores”<sup>5</sup>. En la expresión “exactos precedentes” va implícita la idea que esta institución está construida sobre la base de elementos del “derecho chileno viejo” mixturados con otros novedosos y originales.

Ahora, los problemas de determinación de la naturaleza de la porción conyugal, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos, no presenta mayores dificultades ya que ella es considerada una acreencia de la masa hereditaria y por lo tanto su tratamiento era la de una baja general de la herencia que establece el antiguo artículo 959 del Código Civil. Las dificultades aparecen cuando el cónyuge supérstite concurre con los descendientes legítimos del causante.

Por ello es que se ha llegado a postular la existencia de dos porciones conyugales<sup>6</sup>, esto es, en los dos casos en que por razones de hecho y no de derecho se aplican unas u otras disposiciones, como se ha señalado, configurándose a su respecto dos naturalezas diversas de este instituto.

Pero dejemos esto aquí, por ahora, y veamos su evolución histórica. La porción conyugal tendría “su más remoto antecedente específico”<sup>7</sup> normativo en una Constitución promulgada bajo la potestad del Emperador Justiniano, en 533. En C, 5, 17, 11 hallamos que se dispone que el marido cuando ha repudiado a la mujer sin culpa de esta, y no ha habido dote<sup>8</sup>, habrá de pagarle la cuarta parte de sus propios bienes<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> CLARO SOLAR, Luis, en *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, 1942) t. 15, p. 282.

<sup>6</sup> SAMPER POLO, Francisco, *De la quarta uxoria a la porción conyugal*, trabajo mecanografiado (inédito) p. 19 ss.

<sup>7</sup> SAMPER (n. 6) p. 1

<sup>8</sup> La dote tiene el carácter de una liberalidad desde el punto de vista del dotante: no está obligado a constituirla. La dote tiene siempre un típico beneficiario formal: el marido o su pater cuando es *alieni iuris*. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano* (Santiago 1996) t. II, p. 625, señala que la dote es “... un atribución patrimonial no debida, gratuita y lucrativa, o sea, una liberalidad, que se diferencia de la donación en que siempre lleva ínsito un tipificado motivo determinante: la consideración exclusiva del matrimonio; sin su celebración, pues, la dote no puede preexistir, existir ni subsistir”.

<sup>9</sup> C, 5, 17, 11: “Mandamos que si cualquiera hubiere recibido con marital afecto en matrimonio una mujer con la voluntad de sus padres, o, si no tuviere padres, con su propia voluntad, se considere firme el matrimonio de los mismos, aunque no hubiere mediado instrumentos dotales, ni se hubiere dado dote, como si tal matrimonio su hubiese verificado con instrumentos dotales; porque no con la dote, sino por el afecto se contraen el matrimonio./ 1.- Mas si alguno hubiere querido repeler de su matrimonio a la que sin dote había tomado por mujer, no le será lícito hacer esto de otro modo, como si hubiere mediado culpa, que se condena en nuestras leyes. Pero si la hubiere repudiado sin culpa, o él mismo hubiere cometido tal culpa contra una mujer inocente, sea compelido a pagarle a prorrata la cuarta parte de sus propios bienes, de modo que, si el marido tuviera verdaderamente bienes por cuatrocientas libras de oro, o más, le pagará a su mujer cien libras de oro, y nada más aunque posea otros tantos bienes. Mas si sus bienes importaren, por ejemplo, menos de cuatrocientas libras de oro, en este caso désele a la mujer hasta en la más mínima cantidad la cuarta parte, hecho el cómputo de los bienes líquidos de ella. Debiéndose observar la misma norma también respecto a las mujeres, que hallándose indotadas, hubieren repudiado a sus maridos sin culpa de ellos reconocida en las constituciones, o que hubieren suministrado culpa a su marido inocente, a fin de que por ambas partes se observe la equidad y la pena con igual medida. Competiéndole al mismo marido y a la mujer este lucro de la cuarta parte, no existiendo ciertamente hijos, y habiéndose de disponer de aquel por ellos en el modo que hubieren querido, pero debiéndose observar en un todo habiendo hijos y otros descendientes del mismo matrimonio, a semejanza que respecto de la dote y de la donación por causa de las nupcias, lo que sobre estas cosas se ha establecido. 2.- Mas entre las culpas de la mujer enumeradas en las constituciones añadimos también estas, si acaso la mujer hubiere abortado por su

Esta constitución establece que la cuarta parte de los bienes corresponde al cónyuge repudiado en el caso de que no haya hijos comunes y en el caso que los haya debe observarse lo mismo que se ordena en otras constituciones respecto de la dote y de las donaciones *propter nupcias*, por causa de las nupcias.

Aquí podemos observar el doble tratamiento de la *quarta* en la medida que hayan hijos comunes. Observamos la inmensa brecha que separa el derecho civil, contenido en las XII Tablas y del derecho legal del Imperio Bizantino. En el primero hay una amplia facultad de testar consagrada al *pater* romano, propio de los primeros tiempos y de una sociedad, en lo privado y familiar fuertemente patriarcal y de absolutos poderes del jefe. En la época de Justiniano, luego de transcurrir mil años de historia romana, las transformaciones sociales, culturales y económicas que se han operado son evidentes.

Ya el derecho pretorio había comenzado a corregir el derecho civil, actualizando el derecho a las nuevas necesidades y llenado el vacío existente. En el caso que nos ocupa, estableciendo que en la sucesión intestada el cónyuge sobreviviente heredaba a falta de colaterales y con preferencia sobre eventuales derechos del fisco<sup>10</sup>, modificando en parte y gradualmente la sucesión testamentaria regulada por el derecho tabulario.

Ya es un tópico indiscutido que desde la entrada del período que comúnmente denominados de “derecho posclásico” se va produciendo lentamente un agotamiento del derecho jurisprudencial y civil. Para lo que nos importa aquí, se debilitan las antiguas ideas en que se basa la libertad de testar y las razones de ello son variadas<sup>11</sup>.

---

esfuerzo o por su industria, o es lujuriosa de tal suerte que se atreva por causa de liviandad a bañarse junta con hombres, o mientras vive en matrimonio hubiere intentado procurarse otro marido. Porque también en estos casos mandamos que tengan lugar las constituciones que hablan de la culpa tanto del marido como de la mujer, de suerte que así como se pierden la dote y la donación por causa de las nupcias, así también las mujeres indotadas sufren el quebranto de la pérdida de la cuarta parte que a las mujeres y a los maridos les hemos atribuido por esta ley. Quedando enteramente abolido el juicio de costumbres que ciertamente se hallaba establecido antes en las antiguas leyes, pero que no era frecuente. Porque rebuscadas y examinadas todas las causas que la antigüedad establecía, no hemos hallado nada que sea válido fuera de las que han establecido las anteriores constituciones y la presente disposición”.

<sup>10</sup> Siempre me ha parecido de mucho interés hacer la historia (relación) del Derecho acerca de los motivos de los cambios y transformaciones del Derecho, sobre determinadas instituciones, sin perjuicio del estudio de su relación íntima con las soluciones internas (o de lógica jurídico-formal) de cada figura e institución jurídica. Ello obliga a historiar los cambios (drásticos, a veces, o graduales y evolutivos, en otros) que se operan en el mundo de la vida social y cultural, los valores y los intereses económicos y políticos en juego, en un momento dado, que traen como consecuencia reformas en el sistema jurídico, legal y jurisprudencial, y ello no significa que el sistema jurídico anterior era más o menos perfecto que el siguiente, sino solo adaptado a las necesidades de la comunidad o sociedad de su tiempo que le corresponde regir.

<sup>11</sup> SAMPER, Francisco, *Pars debita en el derecho romano vulgar*, SDHI, XXXVII (Roma 1971) pp. 74-118. En torno a las transformaciones del derecho del Bajo Imperio, en p. 75 señala que “En el derecho tardío, el panorama de la libertad testamentaria ha cambiado radicalmente: de una parte, muchas de las instituciones que de una manera u otra establecían ciertos límites a la forma de las liberalidades, o que representaban un reflejo de las diferencias entre el derecho civil y el derecho honorario, tienden a perder su nitidez característica; de otra parte, las sanciones a la *praeteritio* de los *sui*, de los *liberis*, del *patronus*, y sobre todo, el desarrollo de la ya mencionada *querela inofficiosi testamenti*, han hecho asentarse firmemente la idea de que el causante, con relación a ciertas personas, tiene el deber no solo de nombrarlas en su testamento, sino además de designarles una porción patrimonial o, al menos, justificar su desheredación. La institución básica que configura en el derecho tardío una *portio debita* es, pues, la

Nosotros anotamos tres: una intervención creciente del papel del pretor en la modificación del derecho civil otorgando recursos a las partes; la desaparición gradual y constante del jurisprudente privado y su absorción por el aparato administrativo del Emperador, y la atracción hacia el aparato del poder los procedimientos judiciales y la consagración, también paulatina, pero definitiva e irreversible, del Emperador como supremo legislador y juez. Esta tradición político-institucional y jurídica hubo de pasar a las nuevas nacionalidades germano-bárbaras que se instalaban en el solar imperial de occidente.

De ello, hipotéticamente deducimos que la época posclásica no se caracteriza por el surgimiento de un denominado, inapropiadamente a mi juicio, "derecho romano vulgar", debido solo por la provincialización del mismo, a la pérdida de su pureza conceptual y rigor técnico y lógico, lo que efectivamente ocurrió, sino específica y esencialmente por su íntima relación con las necesidades sociales, políticas y demás que enfrentaba el Bajo Imperio<sup>12</sup> que lo llevó a modificar muy fuertemente su derecho.

Más aún, los cambios operados en el derecho en esta época se deben a las nuevas ideas, principios y valores que comenzaron a informar a las soluciones que resolvían conflictos jurídicos y a la nueva la filosofía que irrigaba a toda la sociedad romana de la época<sup>13</sup>. Dudo que la "vulgarización del derecho" también provenga de la sola ignorancia o imperfecto conocimiento del viejo y "auténtico derecho" clásico, de naturaleza jurisprudencial, sino de que a partir de su conocimiento se usaron (plena o parcialmente) dichas antiguas soluciones para nuevos problemas y sobre la base de los nuevos valores, ideas y problemas sociales a ellos asociados que se encuentran en la sociedad de este nuevo tiempo.

---

querella de inoficiosidad, que necesariamente se ha de extender, en su aplicación, a otras formas de disponer *mortis causa*, propias del derecho romano vulgar, como las donaciones en general y la dote. Por otra parte, en cuanto que es la forma más eficaz de protección para aquellas personas respecto de las cuales existe alguna obligación testamentaria, irá absorbiendo gradualmente todos los demás recursos que se limitaban a asegurar una correcta *exheredatio*: cualquiera haya sido en su origen la relación existente entre la *hereditatis petitio* derivada de la caída total o parcial del testamento por preterición de un *suus*; la *bonorum possesio* contratabulosa por preterición de un *liber* o *exheredatio* insuficiente de un nieto varón, y la *querela inofficiosa testamenti*, lo cierto es que en la época tardía se produce una fusión de todas ellas fundamentalmente sobre el molde de la última. A este proceso coadyuvaron varios factores, entre los que cabe mencionar especialmente la paulatina desaparición de la *patria potestas* en el sentido clásico, con la consiguiente caída de la *agnatio*; la desaparición de las diferencias entre derecho civil y derecho honorario, a partir de la redacción del *Edicto Perpetuo*: la unificación de todos los procedimientos a través de la *cognitio extra ordinem*; el relajamiento paulatino de la exigencia de la *heredis institutio* en el testamento, y de la propia forma testamentaria, hacían imposible mantener, en primer lugar, la distinción entre *praeteritio civil* y *praeteritio pretoria*, y en segundo lugar, la autonomía de la propia preterición frente a la *exheredatio* no justificada".

<sup>12</sup> ÁVILA MARTEL, Alámido de, *Derecho romano. Introducción e historia externa* (Ediciones Tridente, Santiago 1964) p. 122-123 ss.

<sup>13</sup> Para una mirada certera de las transformaciones que la diseminación de la Buena Nueva produjo en la cultura jurídica de la sociedad romana, Vid., TROPLONG, M., *La influencia del cristianismo en el derecho civil romano* (Santiago Cunchillos Manterola trad., Buenos Aires 1947), p. 34 ss.

En la citada Constitución de 553 la *affectio maritalis* romana, fundamento y espíritu de la disposición que comentamos, es distinta del concepto clásico<sup>14</sup>: acá ya se dice en sentido sentimental. En esta “asignación” estaría el primer asomo de lo que después conocemos en el Código de Bello como la porción conyugal.

Luego, no hay que perder de vista que la actitud de los romanos hacia las mujeres, en general, a partir de los emperadores cristianos y particularmente desde la extensión del Cristianismo fue cambiando de modo progresivamente rápido, “... las mujeres tomaron, en la vida activa, una posición que jamás tuvieron bajo el reinado del patriciado romano y de los primeros césares ... el Cristianismo tuvo necesariamente que templar las ideas de exclusión y sacar a las mujeres de la situación inerte a que las condenaban los prejuicios nacionales”<sup>15</sup>. Y ello en “pago” o “compensación” porque la religión cristiana se sirvió de la influencia de las mujeres para penetrar en el mundo pagano y conquistar adeptos. Se destacaba, era conocida y reconocida la labor piadosa, de amor y de fe de las mujeres al interior del Imperio. Tuvieron capital papel en la “revolución moral que agitaba el espíritu” de esta época, sin perjuicio de la intervención de otras “influencias morales” anteriores o posteriores al advenimiento del Cristianismo. Frente a esto, Constantino concedió a las madres el derecho general de tomar parte en las sucesiones de sus hijos.

Es claro que a estas alturas del desarrollo de la civilización romana había desaparecido casi totalmente la idea aristocrática de la familia romana que fue la base de la política interna y de la expansión territorial imperial, lo cual es relevante para comprender el sentido y orientación de las disposiciones contenidas en las leyes y constituciones de sus emperadores, seguida de la caída de la potestad paterna y la agnación. Y la sucesión creada por esta sociedad aristocrática llevó a decir a Troplong que “Si nos colocamos, para juzgar este sistema de sucesión, en el punto de vista político, observaremos un vigor de concepción, una intrepidez de lógica, que no se puede menos de admirar. Pero colocándonos en el punto de vista del derecho natural, ¡cuántas iniquidades aparecen en esa obra maestra de la aristocracia!”<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Esto es, que se consideraran entre sí marido y mujer, correspondientes al matrimonio libre y consensual, in matrimonio *sine manus*. Cf. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Tomo I (Editorial Jurídica de Chile, 1996), p. 351 ss. Cfr., asimismo con el excelente trabajo de GAUDEMEL, Jean, *Le mariage en Occidente*, Les Éditions du Cerf (Paris, 1987). Edición traducida al español, *El matrimonio en Occidente* (María Barberán y Florentino Trapero, Taurus Humanidades, Santillana S.A., Madrid, 1993). Para Gaudemet el matrimonio romano estaba basado en el consentimiento, esto es, “... en la voluntad de concluirlo conforme a las exigencias del derecho, un *iustum matrimonium*, de respetar cada contrayente el “honor del matrimonio”, lo cual implicaba que el hombre había de tratar a su mujer como “esposa legítima” (*uxor*), que le tenía que manifestar afecto y respeto (*affectio maritalis*) y que la mujer poseía el mismo rango que su marido”. La *affectio maritalis*, entonces, era una cuestión meramente formal, que no reflejaba necesariamente lo que íntima y realmente ocurría entre los cónyuges, particularmente en materia de afectos. Esta situación hubo de cambiar en la época posclásica debido, postulamos provisionalmente, al influjo y triunfo de las concepciones cristianas desde mediados del Bajo Imperio, en la sociedad oriental y occidental, y su influencia en los criterios jurídicos de la época.

<sup>15</sup> TROPLONG (n. 13), p. 173.

<sup>16</sup> TROPLONG (n. 13), p. 188.

Es Justiniano quien rompe con el viejo sistema de sucesión y “... echó los fundamentos de un sistema tan notable por su novedad y unidad, como por los resultados humanos que consiguió. Este sistema está fundado en las leyes de la naturaleza; el grado de afecto entre parientes regulará en adelante el orden de sucesión. Ya no es el lazo de potestad el que será tenido en cuenta, sino el lazo de la sangre (el énfasis es nuestro). El principio aristocrático desaparecerá ante la igualdad nacional. En su caída producirá la ruina completa de las preferencias agnaticias. El parentesco uterino será tan sagrado como el parentesco consanguíneo; habrá parientes; no habrá ya agnados. Pero esta fue una creación del Cristianismo materializada a través del genio del Emperador Justiniano y de su jurisconsulto más eminente: Triboniano”<sup>17</sup>.

En agregación a lo que decíamos *ut supra*, la C, 5, 17, 11 también establecía igual cosa para el caso opuesto ya señalado, esto es, que dicha cuarta también le tocaba al marido inocente que haya sido repudiado por la mujer, disposición que refleja nítidamente el nueva relación hombre-mujer defendida y promovida por Justiniano.

Sin embargo y producto de la sustitución del fundamento del sistema sucesorio dicha cuarta parte se extiende también a este ámbito, concediéndola no ya solo al cónyuge repudiado sino al sobreviviente. Para este caso, hay una ampliación de las disposiciones de la cuarta al cónyuge repudiado, en cuanto a si concurría o no concurría con hijos comunes del causante a los bienes dejados por este.

En efecto, en el primer caso, esto es, para la cuarta establecida a favor del cónyuge inocente repudiado, le corresponde en el caso que no haya hijos comunes. Si los hay debe obedecerse lo estatuido para la dote y las donaciones *propter nuptias*. De las constituciones de los años 537<sup>18</sup> y 542<sup>19</sup> la cuarta se configura esencial, aunque no exclusiva-

<sup>17</sup> TROPLONG (n. 13), p. 199 ss. Es tan férrea la defensa del Cristianismo de este autor en orden a señalar que las grandes transformaciones del derecho romano del Bajo Imperio y de su continuación en el Imperio de Oriente y de ahí hacia el futuro se deben a su influencia. Este autor, a este propósito termina su libro con estas palabras “... el Cristianismo ha sido demasiado poco estudiado y demasiado mal comprendido. Pues la filosofía cristiana tan clara, tan sencilla, tan atrayente, ha sido sin embargo, menos conocida de las gentes de leyes y de las gentes mundanas, que la de muchos soñadores de la antigüedad. Esa filosofía cristiana es, sin embargo, la base de nuestra existencia social; alimenta la raíz de nuestro derecho, y vivimos más todavía por ella que por las ideas escapadas de la ruina del mundo griego y del mundo romano. Si esta obra nuestra ha podido hacer entrever de alguna manera cómo el estudio de esta filosofía sublime viene a ligarse con el estudio del derecho antiguo y moderno, y cómo el cristianismo explica la superioridad de nuestras instituciones civiles sobre las creaciones del mismo orden del genio pagano, el autor habrá cumplido una finalidad que cree ser útil. Su trabajo, por débil que sea, tendrá valor para quienes sienten la necesidad de amar la religión, su siglo y las leyes de su país”.

<sup>18</sup> En Nov. 53, 6 se establece que “Mas como toda ley ha sido acomodada por nosotros a la clemencia, y vemos que algunos se unen a mujeres indotadas, y que después mueren, y que los hijos son llamados ciertamente por la ley a la herencia paterna, pero que las mujeres, aunque diez mil veces hayan permanecido en estado de cónyuge legítima, no pueden, sin embargo, no tener nada, porque no se hizo ni dote, ni donación antenupcial, sino que viven en extrema pobreza, mandamos por esto que se tenga cuidado también de ellas, y que tal mujer sea llamada con sus hijos a la sucesión del difunto, y así como escribimos una ley que quiere que si el marido hubiere repudiado a la mujer, que no tenía dote, reciba ella la cuarta parte de los bienes de aquél, así también en este caso, puesto que quizás acontece que hay pocos o muchos hijos, tenga la mujer la cuarta parte de los bienes de aquél, ya si fueren muchos o pocos los hijos. Mas si el marido le hubiere dejado algún legado, pero menor que la cuarta parte, complétesele, a fin de que, así

mente, como una asignación sucesoria. Sin embargo, hay una constante en las instituciones nuevas conformadas por estos textos. “Puedese observar, ante todo, la fundamental distinción según si los cónyuges tenían o no hijos comunes, por cuanto ello afecta a la naturaleza de la asignación, que en unos casos será de usufructo y en otros de pleno dominio”<sup>20</sup>. Y nosotros agregamos a esto, además, que el monto de la asignación dependería del número de hijos con los cuales concurría a los bienes del causante.

## II. TRATAMIENTO DE LA PORCIÓN CONYUGAL EN EL DERECHO ESPAÑOL: ¿EXISTÍA COMO TAL? PROBLEMAS

Si nos concentramos ahora en la Hispania posimperial debemos considerar que el derecho visigodo, si bien se inspira y tiene sus fundamentos en el derecho posclásico, no rigió en esta época, en el suelo español, el derecho justiniano. Salvo un intento de

---

como las auxiliamos habiendo sido perjudicadas, si siendo indotadas hubieren sido acaso repudiadas por sus maridos, así también disfruten de esta misma providencia, si siempre hubieren permanecido con ellos; debiéndose observar, por supuesto, también en este caso todo según el tenor de aquella constitución nuestra, que les señala la cuarta parte, del mismo modo ciertamente tratándose de los varones, que de las mujeres; porque también establecemos a ellos común esta ley, así como la anterior. 1.- Pero si la mujer tuvo algunas cosas propias sitas en la casa de su marido o en otra parte, tenga de todos modos sin menoscabo la acción y la retención de las mismas, no pudiendo de ningún modo tales bienes estar obligados a los acreedores del marido, sino acaso en cuanto virtud de esta ley ella fuere heredera en derechos de aquel.

2.- Así, pues, decimos esto, si no constituyendo uno de los cónyuges dote o donación antenupcial se hallara que es pobre el marido o la mujer, y que ciertamente el marido o la mujer que fallece es rico, y que es pobre el o la que sobrevive. Porque si acaso tuviera otros bienes, no será justo que la que no ofrece dote o el que no da donación por causa de las nupcias grave a los hijos en la sucesión, porque hay otra ley nuestra que dice que la que no ofrece dote no puede admitir bienes del marido por donación antenupcial. Lo que queremos que también en este caso esté en vigor, a no ser, sin embargo, que el mismo marido le hubiere dejado un legado o una parte de la institución; porque de ningún modo nos oponemos a que se haga esto, a fin de que de todas maneras se conserve la concordancia de las leyes, y la pobreza de un cónyuge se remedie con las riquezas del otro.

<sup>19</sup> En Nov. 117, 5 se establece que: “Pero como establecimos hace poco una ley que dispone que si alguien hubiere tomado alguna vez mujer sin instrumentos dotales, con afecto nupcial, y la hubiere repudiado sin causa reconocida por las leyes, reciba ella la cuarta parte de los bienes de él, y después de esta hicimos otra ley, que ordena que si alguno hubiere tomado, indotada, mujer por el solo afecto, y premuriere habiendo vivido con ella hasta la muerte, recibiera igualmente también ella la cuarta parte de los bienes de él, pero de suerte que esta no exceda de la cantidad de cien libras de oro, mandamos al presente, disponiendo mejor una y otra ley, que en ambos casos sean legítimos los hijos nacidos de tales matrimonios y sean llamados a la herencia paterna, pero que en uno y otro caso la mujer, si verdaderamente su marido tuviere hasta tres hijos o de ella, o de otro matrimonio, recibiera la cuarta parte de los bienes del marido. Pero si fueren más los hijos, mandamos que en ambos casos reciba igualmente la mujer tanto cuanto le compete a uno solo de los hijos, de suerte ciertamente que en tales bienes tenga la mujer solo el usufructo, pero el dominio se les reserve a los hijos, que hubiere tenido de las mismas nupcias. Pero si tal mujer no hubiere tenido hijos de él, mandamos que ella tenga también con derecho de dominio las cosas, que de los bienes del marido hemos dispuesto por medio de la presente ley que vayan a poder de ella. Pero la que sin razón fue repudiada, mandamos que reciba al mismo tiempo del repudio la parte que se contiene en esta ley. Porque de todos modos prohibimos que en tales casos reciba el marido la cuarta parte de los bienes de la mujer con arreglo a nuestra ley anterior”.

<sup>20</sup> SAMPER, (n. 6) p. 2.

Justiniano de reconquistar la parte occidental del Imperio, particularmente en el sur de Italia, donde se habría conocido la compilación justiniana, esa influencia o vigencia territorial no llegó a España. De modo que el derecho que se conoció y aplicó por la monarquía visigoda, por lo demás muy parcialmente y en una mayoritaria población muy romanizada, fueron los textos legales mandados confeccionar por sus reyes, en que se contenía una mezcla de derecho germánico con derecho romano posclásico.

Respecto a la Alta Edad Media española hay casi total dispersión normativa, hay casi nula aplicación del *Liber Iudiciorum* salvo muy parcialmente en el naciente reino de León y una amplia vigencia y aplicación de la costumbre local ante la ausencia de un derecho unificado y proveniente de poderes públicos centrales.

Se ha sostenido<sup>21</sup> que los visigodos aplicaron el edicto pretorio *unde vir et uxor*<sup>22</sup>, haciendo participar al marido en la herencia de la mujer y a la mujer en la herencia del marido, pero solo cuando no había otros parientes con derechos preferentes y con exclusión del fisco. Cuando había descendientes el *Fuero Juzgo*<sup>23</sup> disponía que “la madre que permanecía viuda tenía derecho a una porción de la herencia del marido igual a la que correspondiera a sus hijos, en usufructo, mientras no pasara a otras nupcias”, derecho que perdía si volvía a casarse. “Le otorgaba así, dice Claro Solar, a la madre viuda, en realidad, una asignación alimenticia de una cuota de frutos igual a la que debía corresponder a cada uno de ellos en la herencia del padre”<sup>24</sup>.

Según Rodríguez estas normas del *Fuero Juzgo* no resolvían el problema para el caso de que concurriera la mujer con otros parientes y en un orden distinto al de los descendientes. Parece que en este caso la viuda tenía iguales derechos que cuando concurrecía con descendientes, conforme con la idea de García Goyena a quien cita en apoyo de lo dicho<sup>25</sup>. Sin embargo, Claro Solar es más acertado al señalar que este *Fuero* se hacía cargo de la mujer (colocándola en la situación de ser titular de una “cuota de frutos” que era una verdadera asignación alimenticia, sin decirlo expresamente) para el caso de no haber descendientes. Ella es llamada a la herencia del marido, correspondiéndole una

<sup>21</sup> Lo sostiene García Goyena, sobre el artículo 773 del Proyecto de Código Civil español de 1851, para quien los visigodos eran “más parcios y circunspectos que los romanos en la materia de sucesiones, o por lo menos no tan explícitos”, según lo cita CLARO SOLAR, Luis, ob. cit. t. 15, p. 283 y luego lo repite RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, en ob. cit., p. 32.

<sup>22</sup> Hallamos del edicto *unde vir et uxor* en C, 6, 18, 1. DE LA POSESIÓN DE LOS BIENES “UNDE VIR ET UXOR” 1.- Los Emperadores TEODOSIO y VALENTINIANO, Augustus, a HIERIO, Prefecto del Pretorio.- Sucédanse abintestato el marido y la mujer recíprocamente en la totalidad con arreglo al antiguo derecho, siempre que falte, excluido el fisco, toda sucesión, legítima o natural, de los ascendientes, o de los descendientes, o de los parientes. (428) AUTÉNTICA de *exhibendis et introducendis reis*. *Quoniam vero* (Nov. 53 c, 6) y AUTÉNTICA *ut liceat matri et avioae*. *Quia vero* (Nov. 117, c, 5). Además de esto, si el matrimonio se hubiera celebrado sin dote, pero fuera rico el cónyuge premuerto, y el sobreviviente se hallase en la pobreza, sucederá este en la cuarta parte juntamente con los hijos comunes o de otro matrimonio, si fueran tres o menos, y si fuesen más, en una porción viril, pero que conserve la propiedad para los hijos del mismo matrimonio, si existieren; y no existiendo estos, o si no hubiere tenido ningunos, disfrutará también el dominio, y se le computará para tal porción lo legado.

<sup>23</sup> El *Fuero Juzgo* es la traducción a lengua romance del *Liber Iudiciorum* visigodo, por el rey castellano Fernando III El Santo.

<sup>24</sup> CLARO SOLAR (n.5), p. 283.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ GREZ (n. 2), p. 32.

porción igual que la que le correspondía a los hijos, “... en usufructo, mientras no pasara a otras nupcias”, caso en el cual perdía su derecho.

Pensamos que aquí podría estar la base conceptual y textual que sirvió a Bello para el tratamiento de lo que correspondía al cónyuge sobreviviente en el Código Civil, originalmente aprobado, desde que el término *partitionem*, derivado de *pars* ha pasado a entenderse por el de “porción”<sup>26</sup>, el que tenía a su vez una larga tradición en los textos latinos que le sirvieron de fuentes.

Sin embargo, si bien los autores han intentado fundamentar el paso de la porción conyugal desde las fuentes romanas a través del *Fuero Juzgo*, traducción a la lengua romance del viejo *Liber Iudiciorum*, hasta los textos legales de la Baja Edad Media española, lo cierto es que resulta dudoso establecerlo, puesto que se carece de una base histórica sólida para sostenerlo. Y si así fuere, en todo caso, en Chile no hubo una gran aplicación de este texto, como lo ha sostenido Guzmán Brito. Según este autor “... en lo referente al *Fuero Juzgo*, no está claro que se lo hubiera usado en el país”<sup>27</sup>. Resultaría interesante, a propósito de lo afirmado, un estudio en los expedientes judiciales del Chile hispánico en torno a la aplicación concreta que tuvo estas normas en nuestro país.

Ni las Leyes de Estilo ni el Fuero Real establecían asignación alguna a favor de la mujer en la sucesión de su cónyuge, aunque no tuviera medios de subsistencia. Se limitaba este último a aceptar la dote que el marido daba a la mujer y reconocer una comunidad de bienes o hermandad entre los cónyuges<sup>28</sup>, y que las leyes y recopilaciones castellanas posteriores recogieron y ampliaron fuertemente, como lo hemos podido comprobar en una revisión somera de las leyes castellanas aplicables en América y Chile, en el período<sup>29</sup>.

Las Partidas, por su lado, recogieron parcialmente lo dispuesto por la Novela 117 de Justiniano, al disponer que *Páganse los omes a las vegadas de algunas mujeres de manera que casan con ellas sin dote, magüer sean pobres; por ende, quisada cosa e derecha es, pues que las aman e los honran en su vida decía la ley que non finquen desamparadas a su muerte. E por esta razón tuieron por bien los sabios antiguos que si el marido non dexasse en que pudiesse bien e honestamente e beuir, nin ella lo ouiesse de lo suyo, que pueda heredar hasta la quarta parte de los bienes del Moguer aya fijos; pero esta quarta parte non deue montar mas de cient libras de oro quanta quier que sea grande la herencia del finado: Mas si tal mujer como esta ouiesse de lo suyo con que pudiesse veuir honestamente non ha demanda ninguna en los bienes del finado en razón esta quarta parte*<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> *Fuero Juzgo* L. 14, t. 2, tit. 4.

<sup>27</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello Codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1981, Tomo I) p. 49. Cita en apoyo de lo dicho a ÁVILA, Alamillo, *Esquema de derecho penal indiano* (Santiago, 1941) p. 29. Cfr. GARCÍA GALLO, Alfonso, *Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano* (Madrid, 1972), p. 80, en general. Esto tiene importancia para este trabajo en cuanto a si las normas referentes a la porción conyugal contenidas en el *Fuero Juzgo* rigieron en Chile, lo cual al decir de Guzmán no fue así.

<sup>28</sup> L. 9, A. 6, Art 3

<sup>29</sup> Cfr. Nov. Rec. 10, 4, 1 (2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11)

<sup>30</sup> P. 6, 13, 7.

Esta cuarta parte de los bienes del difunto era asignada por la ley, como se ve, a la mujer sobreviviente, en la herencia del marido y por eso se le designaba cuarta marital, tal como la *quarta uxoria* del derecho romano. La ley no se refería al marido, guardando a su respecto absoluto silencio. En vistas de este silencio y por reciprocidad pensaban algunos comentaristas de las leyes españolas que el marido pobre tenía el mismo derecho en la herencia de la mujer rica: Claro Solar expresa que de esta idea era Gregorio López y Antonio López. Este último era “... quien expresaba que si el matrimonio había sido contraído sin dote y la mujer premuerta era rica y el marido, sobreviviente indigente, *impos sit*, entonces el marido le sucedía en la cuarta parte de los bienes dejados por ella, en comunidad con sus hijos. Pero no era esta una opinión dominante ni guardaba relación con la Novela 117 en que Justinianus expresamente había excluido del beneficio de la cuarta marital al marido”<sup>31</sup>.

La vigencia de la Siete Partidas comienza en Castilla y León desde que el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, dictado bajo el reinado de Alfonso XI, lo incluyó en su orden de prelación y lo hizo aplicable supletoriamente. En los hechos Las Partidas constituyó el conjunto casi exclusivo de normas de derecho civil por excelencia y de amplia aplicación. Luego del descubrimiento y conquista del Nuevo Mundo, las Leyes de Toro, promulgadas, en las Cortes de dicho nombre, con ocasión de la jura de la Reina Doña Juana, en el año de 1505 también confirma la aplicación de Las Partidas en su propio orden de prelación. Luego, este derecho castellano iba a ser aplicado en América, también supletoriamente del especial que se dictaba para Indias, que conocemos impropiamente con el nombre de “Derecho Indiano” y que tenía, este último, un contenido eminentemente publicístico. Es decir, el derecho privado aplicable en América estaba contenido muy fundamentalmente por el derecho castellano a que hemos aludido, salvo en cuanto apareciere modificado por el derecho especialmente dictado para América. En esta virtud, aquel derecho tuvo vigencia y extendida aplicación en los dominios castellanos ultramarinos<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> CLARO SOLAR (n.5) p. 284.

<sup>32</sup> Cfr. ÁVILA MARTEL (n. 12), p. 24-30. Este autor señala a propósito de la vigencia en América de las leyes castellanas, que La 1.2, t. 1, L. 2 Rec. Ind. ordena la vigencia en América, con el carácter de subsidiario del derecho castellano según la primera Ley de Toro, según un riguroso orden de prelación (cuya regla fundamental es la preferencia de la nueva legislación sobre la antigua) que es el siguiente: 1.- Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla, 2.- Leyes de Toro (todas fueron incluidas en la Recopilación), 3.- Prágmáticas, 4.- Ordenamiento de Montalvo (de discutida vigencia y valor legal), 5.- El Ordenamiento de Alcalá, 6.- Fueros Municipales y Personales (entre los cuales los autores consideran al *Fuero Juzgo* ya que no ocupaba un lugar determinado en este Orden), 7.- Leyes de Estilo (colección de decisiones del tribunal de la Corte que formaron jurisprudencia en la aplicación del Fuero real), 8.- El Fuero Real, 9.- Las Siete Partidas. Con Las Partidas termina la prelación y se prohibió se guardaran, fuera de las ordenadas, toda otra ley y opinión de los tratadistas. Almíro de Ávila dice que de todo el derecho castellano cree que fueron muy pocos los que tuvieron aplicación en la realidad. Solo se habría aplicado la Recopilación de Castilla con su agregado de Autos y Las Partidas. Fundamenta su aseveración en que en los expedientes judiciales coloniales solo se citan disposiciones de Las Partidas, de la Recopilación y Autos, aun sin guardar u observar la prelación legal de estos cuerpos. Cree, finalmente, que fuera de Las Partidas y la Recopilación se observó las Leyes de Estilo y el Fuero Real. A nosotros nos parece de la más alta relevancia esta opinión, puesto que en el período indiano una cosa era la legislación (abundante, desordenada, de difícil manejo, desconocida en gran parte, etc.) y otra cosa era la realidad de la aplicación del Derecho en la América colonial.

Es en la Sexta Partida donde se encuentra tratado todo lo concerniente a las sucesiones, entre otras materias. El profesor Bravo Lira señala que “Toda esta materia fue considerablemente modificada en 1505 por las Leyes de Toro. Bajo esta forma se aplicó en América española hasta la codificación y pasó en el siglo XIX a los nuevos códigos como sucedió con el civil de Chile”<sup>33</sup>.

Sin embargo, cabe precisar que en lo que nos ocupa, las Leyes de Toro no tuvieron la virtud de modificar sustancialmente lo dispuesto en Las Partidas. Si bien en la Ley XVI de Toro se dispone que *Si el marido mandare alguna cosa á su muger al tiempo de su muerte ó de su testamento, no se le cuente en la parte que la muger ha de haber en los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas haya la dicha mitad de bienes, e la tal manda en lo que de derecho debiere valer*, viene a ser la norma más cercana que regula lo que le corresponde a la mujer en una vez muerto el marido, pero no hace un pronunciamiento respecto a una asignación, parte o cuota en la herencia del marido premuerto.

La norma confirma lo aseverado más arriba en cuanto a que la legislación castellana reconoce y ampara los bienes habidos durante el matrimonio o “bienes multiplicados durante el matrimonio”, según la expresión de la Ley citada. Se produce, como señala un comentador de las Leyes de Toro, un “contrato voluntario de sociedad tácita en virtud del matrimonio”<sup>34</sup>. Si el marido dispusiere antes de morir le fuese dada alguna cosa a su mujer, dicha cosa no debe contarse en la parte que le corresponde a esta por la partición de la *hermandad de bienes*.

La nota de Bello al artículo 31, parágrafo 2, del título 8 de Las Asignaciones Forzosas del Proyecto de Código Civil de 1841, citada más adelante, confirma la fuente que tuvo a la vista él y la Comisión para la construcción de la porción conyugal en Chile. Ella muestra que Bello y dicha Comisión, tomando como base lo dispuesto por Las Partidas, vigente durante la confección del Código Civil, se remontó al derecho romano y señaló que la cuarta parte de los bienes del difunto deben ser para el cónyuge supérstite, sin distinción alguna.

Por otro lado y esto es de gran importancia, no es aventurado pensar que en torno a quienes serían los beneficiados con la porción conyugal, en esta parte, pudo ser considerada, al momento de discutir la orientación de ella, la postura minoritaria de los tratadistas y comentaristas de las leyes españolas, quienes sostenían que la cuarta marital, no obstante lo literal del texto de las Siete Partidas de conceder este derecho solo a la viuda, lo era también para el marido sobreviviente. La nota aclaratoria de Bello en torno al nombre de la porción conyugal en vez de cuarta marital, no llega al punto de establecer con claridad las razones y fuentes que tuvo la Comisión a la vista para hacer recíprocos los derechos de la porción conyugal entre los cónyuges, pero considerando lo discutido del punto por la doctrina de los autores, con evidentes influencias del *ius commune* europeo medieval, nos deja insinuado que bien pudo estar en las opiniones de estos

<sup>33</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, “Vigencia de las Partidas en Chile”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (REHJ), Valparaíso, X (1985) p. 94

<sup>34</sup> LLAMAS Y MOLINA, Don Sancho de, *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, (Imprenta de Ripollés, Madrid, 1827) p. 179.

autores la fuente doctrinal complementaria a la legal (romana y española) de la porción conyugal del Código Civil de Chile.

Por último, cabe indicar que en la Novísima Recopilación de 1805, cuerpo recopilatorio de normas dictadas con posterioridad a la Nueva Recopilación de Felipe II de 1567, que por demás, incluye y reitera parte significativa de sus leyes y pragmáticas, así como de disposiciones de las recopilaciones anteriores y posteriores a este, nada agrega en torno a la cuarta marital de las Siete Partidas, de tal manera que las fuentes tenidas a la vista para la construcción sistemática de la porción conyugal por Bello son, casi con entera seguridad, las que se han indicado.

### III. LA RECEPCIÓN DE LA PORCIÓN CONYUGAL EN EL CÓDIGO DE BELLO Y SU EVOLUCIÓN

Una revisión de la doctrina nacional sobre este tópico nos instala en un campo de ideas crítico frente a la construcción axiomática del Código Civil, en torno a esta asignación forzosa. No queremos pensar que la actitud de los autores del siglo XIX ha sido de una muy marcada adhesión a Bello, su maestro más inmediato del Código Civil, o que estos hayan desconocido las normas del derecho romano y del español recientemente derogado con la vigencia de Código, sino debido a una imperfecta compostura en algunos puntos, en especial en esta materia, que generó dudas y discusiones entre los autores dedicados a la disciplina respectiva.

A nuestro parecer, ha contribuido a una confusión, doctrinaria y práctica, desde el primer momento, la circunstancia que la porción conyugal tuvo un expreso carácter alimenticio. Prueba de esto es la orientación que le daba el original artículo 1172 del Código belliano que definía la porción conyugal<sup>35</sup> como aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asignaba al cónyuge sobreviviente, que carecía de lo necesario para su congrua sustentación, sin establecer con la debida precisión su cuantía o al menos la forma de su determinación.

Sobre esta cuestión disputaban autores de la estatura de Claro Solar, quien negaba tal carácter a la porción conyugal, mientras que Fabres lo aprobaba, al opinar que “La porción conyugal es, por su naturaleza, una asignación alimenticia; porque la ley la destina precisamente a procurar al cónyuge asignatario los recursos necesarios para su congrua sustentación; y como este mismo es el objeto que la ley asigna a los alimentos congruos, es forzoso concluir que la porción conyugal es por su naturaleza alimenticia”<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Dice Bello en Nota al artículo 31, parágrafo 2, del título 8 de Las Asignaciones Forzosas del Proyecto de 1841: “Se ha preferido esta denominación a la de *cuarta marital*, porque parece indicar la cuarta parte de los bienes del marido, para la viuda, no la cuarta parte de los bienes de la mujer, para el viudo. La ley de Partidas, si hemos de atenernos a su sentido literal, solo concede esta asignación a la mujer. La Comisión ha seguido la opinión de los que creen que deben ser recíprocos los derechos de los dos consortes.”

<sup>36</sup> FABRES, José Clemente, *La porción conyugal según el Código Civil chileno*, Tomo II, Obra completa recopilada y publicada por la Universidad Católica de Chile (Santiago, 1908) p. 10.

Rodríguez señala que la evolución que ha experimentado esta institución ha tenido por objeto quitarle el carácter alimenticio que le dio el autor del Código, dejándola transformada en una asignación sujeta a ciertas condiciones especiales<sup>37</sup>, lo cual no deja de ser atinado pensarla, considerando el diverso tratamiento de esa “parte de los bienes” del difunto. Sin embargo, también puede pensarse que al ser esa parte que la ley asigna al cónyuge sobreviviente lo necesario para su congrua sustentación, no se estaba sino con ella amparando al cónyuge sobreviviente pobre. Esta idea es consistente, además, con la tradición permanente del derecho castellano en materia de bienes comunes en el matrimonio. Este suponía que no hubiere ganancias durante la vigencia de aquel y solo uno de los cónyuges tuviera bienes propios, de modo tal que al fallecimiento del otro tuviera derecho a esa porción conyugal a título de alimentos. La reciprocidad del derecho respecto del otro daba por sentada la posibilidad que el marido sea el pobre a la inversa de su consorte, situación no frecuente dada la estructura económica de la sociedad.

Por su parte, en torno a la calidad de heredero que tendría el cónyuge sobreviviente, también ha sido una cuestión de debate. Claro Solar señala que “... el cónyuge sobreviviente como asignatario de porción conyugal íntegra, a que le da derecho el abandono de los gananciales y de sus bienes propios, no es heredero ni comunero con los demás herederos del cónyuge en el dominio pro indiviso de los bienes que constituyen la herencia. La porción conyugal no es nunca una asignación de cuota, es decir, de herencia: en todos los órdenes de sucesión, que no sea el de los descendientes legítimos, la porción conyugal es una deducción previa que es necesario efectuar para formar el acervo líquido; y aunque la ley diga que la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes no lo dice porque sea una herencia, sino para fijar su monto o cuantía en dinero, la suma que deba rebajarse de la masa para pagarla al cónyuge con derecho a porción conyugal, en todo o en parte o complemento; y en el orden de los descendientes legítimos es una verdadera deducción de la mitad legitimaria, un gravamen de esa mitad, una deuda y el cónyuge no es heredero; los hijos del cónyuge premuerto tienen que rebajar de la mitad legitimaria, una vez determinada, y de sus respectivas legítimas, una cantidad equivalente a la legítima que resulta dividiendo dicha mitad legitimaria por el número de hijos más uno, sin que ello importe dar al cónyuge sobreviviente el carácter de heredero, de sucesor del difunto en sus bienes, derechos y obligaciones, ni el carácter de comunero con los hijos del cónyuge difunto, padre o madre de estos. La ley, al hablar de la responsabilidad del cónyuge que tiene derecho a porción conyugal, decide precisamente la cuestión, porque la responsabilidad en la herencia es correlativa del derecho a ella, es decir, de la representación de la persona del difunto que los herederos asumen: estos responden de las obligaciones del difunto, porque, como sus herederos lo representan; el cónyuge no responde de estas obligaciones, porque no representa al difunto, se halla colocado por la ley en la situación del legatario, a quien no puede perseguirse sino después de haber perseguido a los herederos”<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ GREZ (n. 2), p. 22

<sup>38</sup> CLARO SOLAR, Luis, “La porción conyugal, la comunidad de bienes y un fallo de casación”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XXVII (1930) p. 10 ss.

Hay otros que sostienen, como Castro Osorio, la tesis que se trataría de una asignación a título universal basándose principalmente en el artículo 951 del Código Civil que luego de señalar las formas de suceder a una persona difunta, aclara que se sucede a título universal cuando se reciben todos los bienes del difunto o una cuota de ellos, y que es a título singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos o en una o más especies indeterminadas de cierto género; de este modo, la porción conyugal como equivale a la cuarta parte de los bienes de todos los órdenes de sucesión menos en el de los descendientes legítimos correspondería a una herencia.

Otros piensan que es un legado. De la Barra considera, en apoyo de su posición, el espíritu del legislador al momento de consagrar esta institución. Se funda en las propias palabras de Bello, dichas en los proyectos de Código Civil a quien cita, "... no se consideraría a la porción conyugal como una asignación a título universal, ni al cónyuge que la recibiese como heredero"<sup>39</sup>.

Conforme a este concepto Bello fue explícito en negarle un carácter hereditario a la asignación de porción conyugal y que más bien el cónyuge sobreviviente sería un legatario. Luego de la reforma introducida por la Ley N° 10.271 el artículo 1180 del Código Civil alcanzó una redacción que puede ser considerada no aclaratoria de la discusión doctrinal, al disponer que en cuanto asignatario de porción conyugal el cónyuge sobreviviente será considerado como heredero, pero solo tendrá la responsabilidad de los legatarios, es decir, responder subsidiariamente de los herederos, lo cual hace recordar el vivo precedente de la *lex Falcidia* en el punto. Pero esta responsabilidad lo es solo respecto de lo que le cupiere por la porción conyugal, y en cuanto se imputare a dicha porción la mitad de gananciales subsistirá en esta la responsabilidad prevenida en el título De la sociedad conyugal.

En síntesis, en lo que nos hemos ocupado, no hubo consenso entre los tratadistas nacionales acerca del origen de la porción conyugal, como tampoco de su naturaleza, su carácter de asignación hereditaria o legataria, a pesar de la gran atención que se le prodigó en los textos de los profesores más destacados y de una serie de monografías y de Tesis de Licenciatura de alumnos de Derecho. La citada Ley N° 19.585 de 1998 ha zanjado, según mi parecer, estas cuestiones. Ha derogado todo el párrafo 2 del Título V del Libro II del Código Civil despejando las dudas y simplificando las cosas.

Esta situación actual se debe al tratamiento indiferenciado de los hijos y otorgándosele a todos iguales derechos sucesorios. Esto supuso modificar el régimen sucesorio respecto del cónyuge sobreviviente, quien hoy es un legitimario, esto es, es un heredero forzoso. Tiene participación en la herencia en esta calidad y también como asignatario de la cuarta de mejoras y desaparece su calidad de acreedor de la masa hereditaria cuando no había descendientes legítimos conforme al antiguo artículo 959 del Código, esto es, ya no es una baja general de la herencia para el caso de esa hipótesis de hecho.

<sup>39</sup> DE LA BARRA RENARD, Miguel, *La porción conyugal*, Memoria de Grado, Universidad de Chile (Santiago, 1918) p. 5.

## CONCLUSIONES

De esta somera y panorámica revisión de la porción conyugal, a través del tiempo histórico de nuestra tradición jurídica, podemos obtener varias conclusiones. Nos parece que el estudio de la porción conyugal prueba lo complejo que resulta un estudio histórico-jurídico y dogmático de toda institución. La historia del Derecho debe tratar de plantearse, a nuestro juicio, objetivos modestos a la hora de desentrañar la evolución-desarrollo que sufren las instituciones jurídicas en el tiempo, puesto que ella debe responder con precisión si a través del tiempo y el espacio ha logrado mantener las mismas formas originales y si han variado o no, responder las formas y los porqués de las variaciones, si las variaciones han mutado su naturaleza original, etcétera.

La revisión de las opiniones de los autores efectuado en este trabajo sobre los “antecedentes históricos” de la porción conyugal, nos deja en la convicción que estas han pecado de falta de profundidad en su examen y adecuada y certera mirada en torno a la esencia de esta institución. Carecen de perspectiva histórica los estudios que hemos revisado.

En este trabajo hemos constatado la asombrosa variabilidad que ha sufrido el tratamiento que el derecho, en cada etapa del desarrollo revisado, ha hecho en torno a los derechos de la mujer, particularmente del ámbito sucesorio. Primero, en el desenvolvimiento del derecho durante la existencia de la historia de Roma hasta Justiniano. La *quarta uxoria* significa el comienzo de la instauración de una nueva base o fundamento para los derechos sucesorios de la mujer, que se complementa con una posterior reciprocidad de los derechos sucesorios entre los cónyuges. Segundo, Las Partidas, si bien no recogen plenamente el principio de reciprocidad señalado, la doctrina del *ius commune*, de que estaban imbuidos los tratadistas, corrigen el vacío normativo, a pesar que se haya sostenido por los autores que era una postura minoritaria. Cabe constatar, en futuros estudios, si en la realidad concreta se aplicó o no por los tribunales o por voluntad testamentaria esa doctrina.

Bello, finalmente, con la tradición jurídica normativa de todo el derecho previo y coetáneo y el estado de los valores de su tiempo, que tuvo a la vista, logra crear y recrear los derechos sucesorios que se deben entre los cónyuges, basándose precisamente en esa tradición, sin que implicara desconocer los derechos que corresponden a la descendencia legítima que el legislador protegió muy especialmente.

## BIBLIOGRAFÍA

1. AGUIRRE VARGAS, Carlos, *Obras jurídicas*, Imprenta Gutemberg, Santiago, 1891.
2. ARCE T., Diego, *La porción conyugal*, Memoria de Grado, Universidad de Chile, 1898.
3. ÁVILA MARTEL, Alaimiro de, *Derecho romano. Introducción e historia externa*, Ediciones Tridente (Santiago 1964).
4. ÁVILA MARTEL, Alaimiro, *Esquema de derecho penal indiano* (Santiago, 1941).
5. BRAVO LIRA, Bernardino, *Vigencia de las Partidas en Chile*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (REHJ)*, Valparaíso, X, 1985.

6. CASTRO OSORIO, Oscar, *La porción conyugal*, Memoria de Grado, Universidad de Chile, Santiago, 1916.
7. CLARO SOLAR, Luis, en *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. XV (Santiago 1942).
8. CLARO SOLAR, Luis, *La porción conyugal, la comunidad de bienes y un fallo de casación*, RDJ, t. XXVII, 1930.
9. CORNEJO H., Hesíodo, *De la porción conyugal*, Memoria de Grado, Universidad de Chile, Valparaíso, 1913.
10. DE LA BARRA RENARD, Miguel, *La porción conyugal*, Memoria de Grado, Universidad de Chile, Santiago, 1918.
11. DÍAZ BÓRQUEZ, Félix, *La porción conyugal. Jurisprudencia*, Memoria de Grado Universidad de Chile, Santiago, 1922.
12. FABRES, José Clemente, *La porción conyugal según el Código Civil chileno*, Tomo II, Obra completa recopilada y publicada por la Universidad Católica de Chile, Santiago, 1908.
13. FONTICILLA VARAS, Mariano, *La porción conyugal*, Memoria de Grado, Universidad del Estado, 1913.
14. GARCÍA GALLO, Alfonso, *Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano* (Madrid, 1972).
15. GAUDEMEL, Jean, *El matrimonio en Occidente*, Título original: *Le mariage en Occidente*, Les Éditions du Cerf, Paris, 1987, versión castellana de María Barberán y Florentino Trapero, Taurus Humanidades, Santillana S.A., Madrid, 1993.
16. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello Codificador, Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1981
17. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano* (Santiago 1996), t. II.
18. LENNEL, Otto, *Essai de reconstitution de L'Edit Perpetuel*, t. 2, Paris 1903.
19. LLAMAS Y MOLINA, Don Sancho de, *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Imprenta de Ripollés, Madrid, 1827.
20. MORAND VALDIVIESO, Luis, *De los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente en la legislación comparada*, Memoria de Grado, Universidad de Chile, Editorial Universitaria, Santiago, 1955.
21. PINOCHET CONTRERAS, Oscar, *La porción conyugal y los acervos imaginarios* (Santiago 1955).
22. PINOCHET CONTRERAS, Oscar, *La porción conyugal, las legítimas y los acervos imaginarios*, Editorial Universitaria, Santiago, 1965.
23. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estudio crítico de la porción conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada en la legislación chilena*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1961.
24. SAMPER POLO, Francisco, *De la quarta uxoria a la porción conyugal*, trabajo mecanografiado (inédito).
25. SAMPER, Francisco, *Pars debita en el derecho romano vulgar*, SDHI, XXXVII (Roma 1971).

26. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Esquema histórico del derecho sucesorio. Del medievo castellano al siglo XIX* (Buenos Aires 1982).
27. TROPLONG, M., *La influencia del cristianismo en el derecho civil romano* (Santiago Cunchillos Manterola trad.), (Buenos Aires 1947).
28. UPLIANO, *Tituli ex corpore Ulpiani Reglas de Ulpiano* (trad. Hernández Tejero. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1946). También se encuentra en *Fuentes iuris Romani antejustiniani*, vol II, *auctores* (reimp. Forencia, Barbèra, 1968).
29. VALDIVIESO LACASSIE, Paula, *La renuncia o el abandono de la porción conyugal*, Tesis de Licenciatura, Pontificia Universidad Católica de Chile, Prof. Guía Gastón Gallegos Pincheira, Santiago, 1994.

#### ANEXO: DOCUMENTOS

*I. LA PORCIÓN CONYUGAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DEL LIBRO “DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE”, PUBLICADO EN EL ARAUCANO DE 21 DE MAYO DE 1841.*

Título VIII: De las asignaciones forzosas

Art. 1

Asignaciones forzosas son: 1.º las lejítimas; 2.º la porción conyugal; 3.º los legados de alimentos para ciertas personas; 4.º las expensas funerales i las necesarias para la apertura de la sucesión; 5.º los impuestos sobre las herencias i legados a favor de cualquier establecimiento público.

2  
DE LA PORCIÓN CONYUGAL<sup>40</sup>

Art. 31

La porción conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la

lei asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación.

Art. 32

La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, existentes i conocidos al tiempo de su muerte<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> En virtud de este inciso i del artículo que sigue, no se consideraría la porción conyugal como una asignación a título universal, ni el cónyuge que lo recibiese, como heredero. Una cuota de los bienes existentes i conocidos al tiempo de la muerte, no es una cuota de todo el patrimonio. Si acreciesen algunos bienes a la sucesión, el cónyuge sobreviviente no participaría de este lucro a título de porción conyugal. Si por el contrario, apareciesen deudas y recayesen nuevos gravámenes sobre la sucesión, no se debería tocar a la porción conyugal, sino en el caso de ser llamados a contribución los legatarios. I parece natural hacerlo así, porque la congrua sustentación del viudo o viuda debe valuararse por el valor del patrimonio al tiempo de fallecer la persona de cuya sucesión se trata.

La expresión *existentes* manifiesta además que para el cómputo de la porción conyugal no deben tomarse en cuenta las donaciones irrevocables hechas por el difunto. Como las donaciones revocables que se confirman por la muerte se han asimilado en todo a los legados, deben tomarse en cuenta. Las cosas donadas revocablemente, según el tenor del Proyecto, se miran como dadas en usufructo, i tanta más razón hai para que se reputen existentes, que el donante puede hacer cesar este usufructo cuando quiera.

<sup>40</sup> Se ha preferido esta denominación a la de *cuarta marital*, porque parece indicar la cuarta parte de los bienes del marido, para la viuda, no la cuarta parte de los bienes de la mujer, para el viudo. La lei de Partidas, si hemos de atenernos a su sentido literal, solo concede esta asignación a la mujer. La Comisión ha seguido la opinión de los que creen que deben ser recíprocos los derechos de los dos consortes.

Pero si el cónyuge sobreviviente concurre con hijos lejítimos del difunto, vivos o representados, la porción conyugal no podrá exceder al valor de la lejítima de un hijo.

Lo mismo se entenderá si concurre con hijos ilegítimos de la mujer difunta, que tenga derecho a suceder como lejítimos, ya sobrevivan dichos hijos, o sean representados por la posteridad lejítima.

#### Art. 33

El cónyuge sobreviviente será considerado como legatario de las especies que se le adjudiquen por cuenta de la porción conyugal; no será, por tanto, responsable de las deudas de la sucesión, sino de la manera que lo son los legatarios; ni tendrá derecho alguno a las ganancias o lucros eventuales que acrecieron a la sucesión.

#### Art. 34

Tendrá derecho a la porción conyugal aun el cónyuge divorciado, a menos que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio.

#### Art. 35

El derecho se entenderá existir al tiempo de deferirse la sucesión del cónyuge difunto, i no caducará en todo o parte por la adquisición de bienes que posteriormente hiciere el cónyuge sobreviviente.

#### Art. 36

El cónyuge sobreviviente que al tiempo de dererirse la sucesión del difunto no tuvo derecho a porción conyugal, no la adquirirá después por el hecho de caer en pobreza.

#### Art. 37

Si el cónyuge sobreviviente tuviere algunos bienes en propiedad o usufructo vitalicio, pero no de tanto valor como la porción conyugal, solo tendrá derecho al complemento, a título de porción conyugal<sup>42</sup>.

Se imputará a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a título de cuota hereditaria o legado en la sucesión del cónyuge difunto.

<sup>42</sup> Se imputarán, pues, a esta cuarta los ganancias, los parafernales, los dotales, etc.

#### Art. 38

La porción conyugal se deducirá del cuerpo de bienes, de la misma manera que las deudas, antes de proceder a la deducción de las lejítimas<sup>43</sup>.

#### Art. 39

Los artículos relativos a la porción conyugal se extienden a la sucesión intestada.

### *LA PORCIÓN CONYUGAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL, EN "EL LIBRO DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE" PUBLICADO EN NOVIEMBRE DE 1846*

#### Título V: De las asignaciones forzosas

#### Art. 171

*Asignaciones forzosas* son las que el testador es obligado a hacer, i que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son: 1.<sup>o</sup> los legados de alimentos para ciertas personas; 2.<sup>o</sup> la prción conyugal; 3.<sup>o</sup> las lejítimas.

Las reglas relativas a las asignaciones forzosas comprenden la sucesión intestada.

#### 4

#### De la porción conyugal

#### Art. 183

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

#### Art. 184

La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, existentes al tiempo de su muerte.

<sup>43</sup> Supongamos un patrimonio de 10.000 pesos. No dejando lejítimarios el difunto, es indiferente deducir la porción conyugal antes o después de las cuotas hereditarias. Lo mismo sucedería si dejase, por ejemplo, cuatro hijos, herederos universales, porque es evidente que entonces se debería dividir el patrimonio en 5; la porción conyugal sería de 2.000 pesos, i cada una de las lejítimas valdría otro tanto.

Pero si el cónyuge sobreviviente concurre con hijos lejítimos del difunto, vivo o representados, no podrá exceder al valor de la lejítima de un hijo.

Art. 185

El cónyuge sobreviviente será considerado como legatario de las especies que se le adjudiquen por cuenta de la porción conyugal: no será, por tanto, responsable de las deudas de la sucesión, sino de la manera que lo son los legatarios; ni tendrá derecho alguno a las ganancias o lucros eventuales que acrecieren a la sucesión.

Art. 186

Tendrá derecho a la porción conyugal aun el cónyuge divorciado, a menos que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio.

Art. 187

El derecho se entenderá existir al tiempo de deferirse la sucesión del cónyuge difunto, i no caducará en todo o parte por la adquisición de bienes que posteriormente hiciere el cónyuge sobreviviente.

Art. 188

El cónyuge sobreviviente que, al tiempo de deferirse la sucesión del difunto, no tuvo derecho a porción conyugal, no la adquirirá después por el hecho de caer en probreza; no tendrá derecho a alimentos.

Art. 189

Si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, solo tendrá derecho al complemento, a título de porción conyugal.

Art. 190

Se imputará a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquiera otro título en la sucesión del difunto.

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

Art. 191

La porción conyugal se deducirá del cuerpo de bienes, antes de proceder a la deducción de las lejítimas<sup>44</sup>.

*LA PORCIÓN CONYUGAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1853*

Título V: De las asignaciones forzosas

Art. 1324

Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, i que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

Asignaciones forzosas son:

- 1.º Los legados de alimentos para ciertas personas;
- 2.º la porción conyugal;
- 3.º Las lejítimas

2

De la porción conyugal

Art. 1332

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

Art. 1333

Tendrá derecho a la porción conyugal aun el cónyuge divorciado, a menos que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio.

Art. 1334

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

Art. 1335

El cónyuge sobreviviente que al tiempo de fallecer el otro cónyuge no tuvo derecho a

<sup>44</sup> Este Proyecto definía, en su artículo 192, que *lejítima* es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas *lejítimarios*.

porción conyugal, no la adquirirá después por el hecho de caer en pobreza; no tendrá derecho a alimentos.

#### Art. 1336

La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, existentes al tiempo de su muerte.

Pero si el cónyuge sobreviviente concurre con hijos lejítimos del difunto, actuales o representados, la porción conyugal no podrá exceder al valor de la lejítima rigorosa de un hijo.

#### Art. 1337

Si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, solo tendrá derecho al complemento a título de porción conyugal.

#### Art. 1338

Se imputará a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a acualquier otro título en la sucesión del difunto, inclusa su mitad de gananciales, si no la renunciare.

#### Art. 1339

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

#### Art. 1340

La porción conyugal se deducirá del cuerpo de bienes, antes de proceder a la deducción de la lejítimas.

#### Art. 1341

El cónyuge sobreviviente será considerado como legatario de las especies o cantidades que se le adjudiquen por cuenta de la porción conyugal: no será, por tanto, responsable de las deudas de la sucesión, sino de la manera que lo son los legatarios; ni tendrá derecho algunos a las ganancias o lucros eventuales que acrecieren a la sucesión.

## *II. LA PORCIÓN CONYUGAL EN EL DENOMINADO “PROYECTO INÉDITO” DEL CÓDIGO CIVIL*

#### Título V

#### De las asignaciones forzosas

#### Art. 1324

Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, i que se suplen cuando no las ha hecho, con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

Asignaciones forzosas son:

- 1.º Los alimentos que se deben por lei a ciertas personas;
- 2.º La porción conyugal;
- 3.º Las lejítimas;
- 4.º La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes lejítimos.

#### 2

#### De la porción conyugal

#### Art. 1332

La *porción conyugal* es aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la lei asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación.

#### Art. 1333

Tendrá derecho a la porción conyugal aun el cónyuge divorciado, a menos que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio.

#### Art. 1334

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

#### Art. 1335

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

#### Art. 1336

Si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción

conyugal, solo tendrá derecho al complemento, a título de porción conyugal.

Se imputará por tanto a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, inclusa su mitad de gananciales, si no la renunciare.

#### Art. 1337

El cónyuge sobreviviente podrá a su arbitrio retener lo que posea o se le deba, renunciando la porción conyugal, o pedir la porción conyugal abandonando sus otros bienes i derechos.

#### Art. 1338

La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes lejítimos.

Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos, i recibirá como porción conyugal la lejítima rigorosa de un hijo.

#### Art. 1339

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

#### Art. 1341 (sic)

El cónyuge a quien por cuenta de su porción conyugal haya cabido, a título universal, alguna parte en la sucesión del difunto, será responsable a prorrata de esa parte, como los herederos en sus respectivas cuotas.

Si se imputare a dicha porción la mitad de gananciales, subsistirá en esta la responsabilidad especial que le es propia según lo prevenido en el título *De la sociedad conyugal*.

En lo demás que el viudo o viuda perciba a título de porción conyugal, solo tendrá la responsabilidad subsidiaria de los legatarios.

La porción conyugal en el Código Civil luego de la reforma de la Ley 19.335 de 1994.

#### Título V De las asignaciones forzadas

Art. 1167. Asignaciones forzadas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

Asignaciones forzosas son:

1. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas;
2. La porción conyugal;
3. Las legítimas;
4. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos, de los hijos naturales y de los descendientes legítimos de estos últimos.

#### 2. DE LA PORCIÓN CONYUGAL

Art. 1172. La *porción conyugal* es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente en conformidad a las disposiciones de este párrafo.

Art. 1173. Tendrá derecho a la porción conyugal aun el cónyuge divorciado, a menos que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio.

Art. 1174. El derecho se entenderá existir al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge, y no caducará en todo o parte por la adquisición de bienes que posteriormente hiciere el cónyuge sobreviviente.

Art. 1175. El cónyuge sobreviviente que al tiempo de fallecer el otro cónyuge no tuvo derecho a porción conyugal, no la adquirirá después por causa alguna.

Art. 1176. Por regla general, si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes pero no de tanto valor como la porción conyugal, no la adquirirá después por causa alguna.

Se imputarán, por tanto, a la porción conyugal todos los bienes del cónyuge sobreviviente, inclusive su mitad de gananciales, si no la renunciare, o si es el caso, su crédito de

participación en los gananciales, y los que haya de percibir como heredero abintestato en la sucesión del difunto.

No obstante lo dispuesto en el inciso 1º de este artículo, la porción conyugal es compatible con cualquiera donación o asignación testamentaria que el cónyuge sobreviviente haya de percibir en la sucesión del difunto.

Art. 1177. En los casos de los incisos 1º y 2º del artículo anterior, el cónyuge sobreviviente podrá a su arbitrio, retener lo que posea o se le deba, renunciando a la porción conyugal, o pedir la porción conyugal abandonando sus otros bienes o derechos.

Art. 1178. La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos.

Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos y recibirá como porción conyugal el do-

ble de lo que por legítima rígorosa o efectiva corresponda a cada hijo. Con todo, si solo hubiere un hijo legítimo, la porción conyugal será igual a la legítima rigorosa o efectiva de ese hijo.

Art. 1179. Derogado (Art. 1º de Ley 10.271)

Art. 1180. El cónyuge, en cuanto asignatario de porción conyugal, será considerado como heredero. Sin embargo, en lo que percibiere a ese título, solo tendrá responsabilidad subsidiaria de los legatarios.

Si se imputare a dicha porción la mitad de gananciales, subsistirá en esta la responsabilidad que le es propia, según lo prevenido en el título *De la sociedad conyugal*.

Si existiere régimen de participación en los gananciales entre los cónyuges, no se confundirá la calidad de acreedor de gananciales con la de sucesor a título de porción conyugal en el patrimonio del difunto.

---

Fecha de recepción: 13 de junio de 2005  
Fecha de aceptación: 7 de septiembre de 2005