

quieran exceptuar lo recibido por el solo beneficio de la ley, y en ello dan una insigne prueba de inconsecuencia, pues luego limitan la reserva de lo habido del hijo precisamente al caso de sucesion intestada, que es un favor ó beneficio de la ley.

Convendrá mucho mas esta especificacion, si en el nuevo Código se da al viudo ó viuda alguna parte en la sucesion del cónyuge difunto.

5º *Lo que recibió la muger de los parientes del marido por contemplacion de este, ó al contrario, ¿está comprendido en la reserva?*

Algunos opinan que no; porque los tales bienes nunca fueron del marido, y porque, siendo la reserva una disposicion penal y odiosa, debe restringirse.

Antonio Gomez opina que sí; y yo encuentro esto muy conforme á los motivos y objeto de la reserva.

6º Respecto de los bienes procedentes de uno de los hijos del primer matrimonio, solo quedaban por Derecho Romano sujetos á reserva los que el padre ó madre binubos hubieron por sucesion intestada; y no todos los bienes, sino los que el mismo hijo habia habido de su difunto padre ó madre: Antonio Gomez quiere que haya de ser lo mismo entre nosotros, y ninguno le contradice.

La ley 15 de Toro, de paso, y dando por supuesta esta reserva, usa de la palabra "heredaron" que así puede cuadrar á la sucesion testamentaria como á la intestada; yo creo, sin embargo, que quiso significar la segunda, porque se referia á la práctica introducida por los comentaristas del Derecho Romano.

Pero hoy no se trata del derecho constituido, sino del cual deba constituirse.

En este supuesto, digo que la razon de diferencia entre uno y otro caso no satisface enteramente.

Dícese que el padre ó madre instituidos herederos en el testamento del hijo perciben, no como tales, sino como otro cualquier extraño.

Mas el hijo testador no podia privarles de

su legítima, y de esta son deudores al beneficio ó disposicion de la ley, como lo son de todos los bienes en el caso de sucesion intestada.

Cualquier partido que se adopte, siguiendo el espíritu del Derecho Romano, ha de ser embarazoso: yo tengo por mas sencilla la ley 48 de las Cortes de Navarra de 1766, en cuyo artículo 3 se sujetan á reserva todos los bienes adquiridos de uno de los hijos del primer matrimonio por donacion, testamento, legado ó de otra cualquiera forma: de esta regla general solo exceptuaria lo donado ó dejado sin condicion por el hijo al padre ó madre, ya binubos al hacerse la donacion ó testamento; y aun en este caso la excepcion no alcanzaria á la rigurosa legítima.

7º Por el último Derecho Romano el padre ó madre binubos no podian disponer de los bienes sujetos á reserva, aun en favor de los hijos de primer matrimonio, sino que estos sucedian por partes iguales en ellos.

Yo tengo por mas moral que puedan disponer; y no se falta por esto á los casos y fines de la reserva, que han sido favorecer á los hijos del primero y á sus descendientes.

8º La necesidad de la reserva obrará á favor de los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio, pero no á favor de los herederos extraños de los mismos: (la razon es igual á favor de los descendientes, y en su línea tiene siempre lugar el derecho de representacion).

9º La reserva debe cesar siempre que falten ó mueran los hijos de primer matrimonio y sus descendientes legítimos, pues en favor de ellos ha sido únicamente introducida: (así era en Derecho Romano).

10. Pero no cesará aunque el binubo haya vuelto á enviudar y no le queden hijos de su segundo matrimonio.

(Este caso no se halla decidido en el Derecho Romano; pero los autores que así opinan, despues de otras razones, alegan el ejemplo de que por las circunstancias esprezadas no recobra la madre la tutela legítima

que perdió contrayendo segundo matrimonio).

11. La enagenacion que de los bienes sujetos á reserva hayan hecho el padre ó madre binubos, subsistirá si al fallecer aquellos no quedan hijos ni descendientes legítimos del primer matrimonio. (La razon es la misma que se ha dado anteriormente).

12. No está decidido, ni aun previsto en derecho, si debe cesar la reserva cuando el cónyuge difunto autorizó al sobreviviente para contraer segundo matrimonio, ó se contrajo con aprobacion de los hijos.

Gomez sostiene la afirmativa en ambos casos, porque en el primero no se hace injuria al marido, y en el segundo se entiende que los hijos renuncian á su beneficio.

Otros están por la negativa en el primer caso, porque el principal fin de la reserva fué favorecer á los hijos, no vengar la injuria del padre; y para el segundo requieren renuncia expresa de los hijos á la reserva, pues que pueden aprobar el segundo matrimonio por simples consideraciones de respeto. Yo tengo por mas razonable esta opinion. (El primer caso se halla sancionado en la ley Navarra).

13. Es también muy cuestionable, si ha lugar la reserva, cuando la viuda, sin casarse, vive lujuriosamente.

Gomez, número 16, á la ley 15 de Toro, limitando la cuestion á los bienes que aquella hubo de uno de los hijos de primer matrimonio, sostiene que no, aunque admite la pérdida absoluta de lo percibido del marido, apoyándose en leyes Romanas y en las Patrias; última, título 4, libro 4 del Ordenamiento; 9, título 12, libro 3 del Fuero Real, y 3, título 12, Partida 4: la 5 Recopilada, título 4, libro 10, declara también la pérdida de su mitad de gananciales contra la viuda lujuriosa.

Otros, como el Voet, Antonio Matheus, y Acebedo, están por la reserva, suponiendo que la viuda haya tenido prole: me parece mejor la opinion de Gomez: si no hubo prole, cesa el temor de sugestiones, violencias y predilecciones; si hubo, nunca podrá de-

jarle mas del quinto, como á cualquier extraño.

14. Ultimamente, convendrá proveer á la seguridad de los bienes-sujetos á reserva, al menos de los muebles, por inventario, justiprecio y fianza, como lo ordenaba la ley 6, título 9, libro 5 del Código Romano.

La Comision general en su sesion del 15 de Diciembre de 1843 aprobó la base de la Seccion, sujetando á reserva todo lo que el cónyuge binubo hubiese recibido del cónyuge premuerto: la Seccion, conforme con mi dictámen, proponia lo mismo respecto de los bienes habidos de uno de los hijos de primer matrimonio; pero retiró esta parte á propuesta del señor Seijas, hasta ver si se adoptaba mi medida sobre la sucesion de los hermanos germanos y medios al hermano germano.

NUMERO 11 (1).

VIUDO Y VIUDA.

NOTA: "Cuando presenté las observaciones de este apéndice, se hallaba adoptada por la Comision general, como base, la legítima ó concepto de herederos forzosos del viudo ó viuda, aun en concurso de hijos y descendientes del consorte difunto."

Antes de articular esta seccion (la IV, capítulo 11, título 1, libro 3), conviene recapitular la legislacion nacional y extranjera sobre este punto, y los antecedentes que han mediado en la Seccion y Comision.

En mi Memoria separada sobre sucesiones intestadas (apéndice número 10), traté este punto bajo todos sus aspectos, legal, moral y filosófico. Propuse á la Seccion varios medios para mejorar la suerte del viudo ó viuda en capitulaciones matrimoniales, de autorizarlos para que, aun teniendo herederos forzosos, pudieran dejarse mayor parte de la disponible á favor de extraños; y últimamente, que en la sucesion intestada tuvieran alguna parte en usufructo, si quedaban descendientes; en propiedad, cuando no los hubiera.

La Seccion acogió todas mis indicaciones; pero la Comision general las echó por tierra.

1. Al artículo 773.

y llenó de embarazos y confusion el nuevo Código, acordando en su sesion de 17 de Diciembre de 1843 que los cónyuges fueran entre sí, y en todo caso, herederos forzosos (sin fijar la cuota ó cantidad); pero que no escluyeran á los hermanos del difunto: atrevida y aventurada innovacion sobre todos los Códigos conocidos, menos el Fuero del Baylio, mandado observar por la ley 12, título 4, libro 10 de la Novísima Recopilacion.

Paso á recorrerlos. Entré los Romanos, á falta de colaterales (y no se pierda de vista que, segun la opinion mas fundada, el derecho de heredar no estaba limitado al décimo grado) el cónyuge vivo heredaba al premuerto con preferencia al Fisco por el edicto Pretorio *unde vir et uxor*; título 11, libro 38 del Digesto.

Justiniano (aunque esclavo coronado de su muger Eudoxia) limitó su complacencia y galantería para con el bello sexo á los términos de la Novela 117: la viuda pobre é indotada, cuando la quedaban tres ó menos hijos, tenia el usufructo en la cuarta parte de los bienes del marido; si los hijos eran cuatro ó mas, el usufructo se reducía á la parte viril ó igual á la de cada uno de ellos; faltando hijos y descendientes, la viuda sucedia en la propiedad de la cuarta parte, aunque quedasen ascendientes y hermanos: el viudo pobre no gozaba de este beneficio, pues en la citada Novela se derogó la 53 que se lo concedia.

Por la Constitucion 22 del Emperador Leon el viudo ó viuda con hijos, que no repite matrimonio, hereda con ellos al cónyuge difunto en una parte viril y en propiedad.

La ley 7, título 13, Partida 6, copió la Novela 117, pero no tan literal ó servilmente como de costumbre: "la viuda pobre é indotada sucede al marido, (magüer haya hijos) en la plena propiedad de la cuarta parte de los bienes, sin que esta pueda esceder del valor de cien libras de oro:" omito las mil y mil cuestiones suscitadas en esta materia por los intérpretes, las dudas de los jurisconsultos, la variedad y contradicciones

de los tribunales sobre la observancia de la ley.

Los Godos, como todos los pueblos de origen Germánico, se mostraron mas galantes y obsequiosos: prueba de ello son la ley 6, título 1, libro 4 del Fuero Juzgo, en que encontramos el primer bosquejo de la sociedad conyugal de gananciales.

Sin embargo, en la materia de sucesiones fueron mas parcos y circunspectos que los Romanos, ó por lo menos no tan explícitos: en la ley 11, del mencionado título 2, libro 4, adoptaron el edicto Pretorio *unde vir et uxor*: en la 14, segun el original latino, y 15 en la version castellana, se dispuso que la madre viuda percibiera solamente en usufructo una parte igual á la de cada uno de los hijos, y lo perdiese pasando á segundo matrimonio.

Yo infero que la viuda tendria por lo menos igual parte de usufructo, faltando hijos, que, segun la ley 20 del mismo título 2, eran los únicos herederos forzosos, pues los padres no lo eran.

El no favorecer mas á la viuda en la sucesion ó bienes del marido tal vez provenia de que no podia haber matrimonio sin dote, que esta habia de ser constituida por el novio ó padre de este, y que se hacia á la desposada, leyes 1, 4, 6 y 10, del título 1, libro 3.

El Fuero Real en su libro 3, título 6, ley 6, dispone que los cónyuges hereden entre sí el lecho cotidiano; y en la 9 que valga la *hermandad* que hicieren, si no quedan hijos: en el título 2, libro 3, se lee, acerca de las arras ó dotes, lo mismo que en el Fuero Juzgo, pero se entreeve que el darlas procedia ya entonces mas de costumbre que del rigor legal establecido en dicho Fuero Juzgo.

Resulta, pues, que el Fuero Juzgo habia adoptado el edicto Romano *unde vir et uxor*, á falta de parientes sucesibles dentro del séptimo grado civil, y que tambien lo adoptó la ley de Partida á falta de parientes dentro del décimo; pero la ley de las Cortes de 16 de Mayo de 1835 fué mas favorable á los

cónyuges, ordenando que estos se sucedan en falta de parientes de cuarto grado y de hijos naturales del difunto: pequeño beneficio por cierto, pues que este caso debe ser rarísimo.

El segundo beneficio del Derecho Romano y de la ley de Partida nunca alcanzó al viudo, ni aun á la viuda, sino en el caso de ser pobre é indotada; y aunque generalmente la condicion de esta en igualdad de circunstancias sea mas miserable que la del viudo, hay poca elevacion de miras en ambas legislaciones, pues que únicamente prestan su atencion á la necesidad material y en un sólo caso, cuando debian regirse por consideraciones de un orden superior y de mayor nobleza, tales como la dignidad é indisolubilidad del matrimonio, y el grande interés social en promoverlo y recompensarlo.

Como quiera, el Derecho Romano limitando la cuarta al usufructo en el caso de quedar hijos, y disminuyéndola cuando eran mas de tres, estaba mejor combinado que la ley de Partida concediendo indistintamente la propiedad de la cuarta en todos los casos.

Esta propiedad era una verdadera y rigurosa legitima de la viuda pobre é indotada, pues le competia aun contra el testamento del marido; pero he indicado ya que este beneficio ha llegado á ser poco menos que ilusorio en la práctica.

La ley 12, título 4, libro 10, Novísima Recopilacion, manda observar el fuero denominado del Baylio en la comarca que espresa, y para la que fué dado señaladamente. Segun él, todos los bienes que los casados llevan al matrimonio ó adquieren por cualquiera razon, se comunican y sujetan á particion como gananciales.

Este fuero, que parecerá á muchos exorbitante, es á mis ojos mas justo que la sociedad actual de gananciales, pues generalmente se hacen estos con la industria y trabajo del marido: en lo que viene por herencia, donacion, etc., no hay industria, ni trabajo; la suerte puede favorecer á la muger tanto como al marido.

El fuero es mas conforme á la idea y na-

turalidad del matrimonio: *divini et humani juris communicatio*: donde todo es comun, ¿por qué no lo han de ser los bienes?

Ademas, serian mas sencillas las particiones, y no se veria precisado el legislador á ocuparse en la suerte ulterior del viudo ó viuda, pobre ó rico.

Resultado, que en Castilla (fuera del Baylio) era miserabilísima la condicion de la viudez.

En Cataluña, por uno de sus *usages*, la viuda que vivia honesta y castamente, hacia suyos los frutos de los bienes del marido con la obligacion de alimentar á los hijos; pero en 1351 se estableció que la viuda, muerto el marido, se entienda poseer los bienes de este, y en todo el año del luto se le provea de ellos con todas las cosas necesarias á su vida: pasado el año, haga suyos los frutos hasta que sea enteramente satisfecha de su dote y esponsalicio:: Sin embargo, la viuda pobre gozaria del beneficio del Derecho Romano que se ha reputado, bien ó mal, como supletorio del municipal. La sociedad legal de ganancias entre marido y muger no regia en parte alguna del Principado, y solo por costumbre solia pactarse en el campo de Tarragona, que comprendia el distrito de su antiguo corregimiento; pero con alguna variacion de la sociedad legal de Castilla.

En Vizcaya, segun la ley 1, título 20 de su Fuero, disuelto el matrimonio con hijos ó descendientes legítimos habidos en el mismo, todos los bienes muebles ó raices de ambos cónyuges siguen en comunidad entre el sobreviviente y los hijos. Pero no quedando estos, ni descendientes, el cónyuge que trajo bienes raices, los recobra y vuelven á su tronco; en los muebles ó semovientes lleva cada uno su capital con la mitad de mejoras y ganancias.

Hay ademas la particularidad de que, si el hombre casa para caserio de su muger, ó esta para el de aquel, tienen el viudo ó viuda, segun la ley 2 del mismo título, el derecho de vivir en el caserio por año y dia, usando hábito viudal y de disfrutar de la mitad de los productos, limitándose en cuan-