

na en que pudiesen rescebir engaño. E quando algund ome, ó muger, quisiere entrar á ella, debenla escodriñar, de manera que en su entrada otrosi, non pueda ser fecho engaño. Otrosi decimos, que sintiendo la muger en si misma tales señales, por que entendiese que era cerca el parto, débelo aun fazer saber á los parientes otra vez, que la embien á catar, é guardar, si quisieren. E quando fuere cuitada por razon del parto, non debe estar en aquella casa, do ella está, ome ninguno; mas pueden estar y hasta diez mugeres buenas que sean libres, é fasta seis sirvientas, que non sea ninguna dellas preñada, é dos otras mugeres sabidoras que sean usadas de ayudar á la muger, quando encaesce. E deben arder en aquella casa cada noche tres lumbres, fasta que para, porque non pueda y ser fecho algund engaño ascondidamente. E quando la criatura fuere nascida, débennla mostrar á los parientes del marido, si la quisieren ver. E seyendo guardadas estas cosas en la muger, de que fuere dubda si era preñada, ó non, heredera al hijo que nasciere della, despues de la muerte de su marido, los bienes del. E si esta muger sobredicha, de que fuere dubda, si era preñada, ó non, non se quisiere dejar catar el vientre, ó non quisiere que la guardasen, así como sobredicho es, ó en otra manera que fuesse guisada, é usada en el lugar do vive, maguer pariesse, é viviesse el fijo, no le entregarian de los bienes del muerto; á menos de ser probado, que la criatura nasciera della, en tiempo que pudiera ser fijo, ó fija de su marido».

Como vemos la mayor parte de estas formalidades, son perfectamente inútiles y así viene á reconocerse en las últimas palabras de la ley que sirven de apoyo y confirmacion á lo dispuesto en nuestro artículo.

De ellas se deduce que para evitar la sospecha de supuesto parto, no hace falta observar las muchas precauciones que la ley contiene, sinó las conducentes conforme á las costumbres del país, las que las circunstancias exijan segun los casos, ó las que juzgue el juez más oportunas á peticion de los interesados. Con cualquier clase de precauciones que se tomen siendo observadas, el hijo que nazca será tenido por legítimo y aunque la viuda se negare á ser reconocida y guardada, no por eso perderá el hijo

su derecho á los bienes hereditarios probándose su legitimidad. Hé aquí, pues, cómo concluye la ley por donde nosotros hemos empezado, y seguramente de haberlo hecho así tambien el legislador, se hubiera economizado mucho trabajo dejando aparte todo ese cúmulo de formalidades que en último resultado para nada sirven.

La ley del Fuero Real (3.^a, tit. VI, lib. III), cuya primera parte hemos estudiado en el artículo anterior, establece á continuacion: e por que no se pueda facer engaño en la nascencia del fijo o fija, el alcalde con los parientes sobredichos pongan dos mugeres buenas, al menos que esten delante a la nascencia con lumbré; y no entre otra muger a aquella hora fuera aquella que la hoviere a servir a la paricion: y esta sea bien catada, que non pueda facer engaño: e si la criatura muriere ante que sea baptizada, hereden su buena los parientes mas propinquos del padre, e no de la madre: e despues que fuere baptizada muriere, heredelo la madre».

Se ha creido que esta ley modificó la de Partida, atendiendo á que el Fuero Real debe observarse con preferencia á aquéllas, segun la ley de la Novisima Recopilacion (3.^a, tit. II, libro III), que determina el orden de observancia de las leyes; pero no nos detenemos á estudiar, esta doctrina porque sobre esta ley habriamos de repetir lo anteriormente dicho.

Observa Gregorio Lopez, que no estaba en práctica, á lo ménos en su tiempo, que la muger participase á los parientes más próximos de su difunto marido, que á la muerte de éste habia quedado en cinta, á no ser que los mismos parientes pidiesen que ella así lo declarase, añadiendo el mismo comentador que debía atenderse á las costumbres del país en cuanto á la inspeccion del vientre, del parto y del infante. Nosotros, teniendo en cuenta las anteriores observaciones, repetimos con La Serna que en la práctica actual, más bien que á la letra de la ley de Partida y aun á la citada del Fuero Real, se atiende al espíritu de una y otra, adoptándose, cuando es necesario, las precauciones suficientes que puedan evitar la suposicion del parto y formen prueba completa sin faltar por ningún motivo al decoro que las expresadas leyes exigen.

SECCION PRIMERA

DE LOS BIENES SUJETOS Á RESERVA

Artículo 1117.—El cónyuge viudo que contrae segundas nupcias, está obligado á reservar ciertos bienes para los hijos habidos del matrimonio anterior.

ORIGENES

Ley 26, tit. XIII, Partida 5.^a

Ley 2.^a, tit. V, lib. IV, Fuero Juzgo.

Ley 15, tit. II, lib. IV, Fuero Juzgo.

Ley 1.^a, tit. II, lib. III, Fuero Real.

Ley 7.^a, tit. IV, lib. X, Nov. Rec. (15 de Toro).

CONCORDANCIAS

Admiten las reservas los arts. 146 y 147 Cód. Cerdeña; y en parte los 1235 al 1239 Portugal. Concuerda con el nuestro: Leyes 3.^a y siguientes, tit. IX, lib. V, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Quando se ha conservado viuda la madre de hijos de dos matrimonios, no son reservables sinó partibles entre los de ambos, los bienes que hereda la madre por muerte de los del segundo matrimonio (Sent. 8 Julio 1850).

Los bienes que fueron de mayorazgo, hoy desvinculados, están sujetos á reserva á favor de los hermanos del que los adquirió, como sucesor immediato (Sent. 26 Octubre 1858).

La reserva de la propiedad de los bienes por el cónyuge sobreviviente que pasa á las segundas ó terceras nupcias, sólo debe tener lugar á favor de los hijos suyos habidos en anteriores matrimonios con aquel de que los recibió; pero no á favor de los herederos unilaterales de aquel de quien heredó (Sent. 9 Mayo 1859).

Segun las leyes 26, tit. XIII, Partida 5.^a y 7.^a, tit. IV, lib. X, Nov. Rec., la obligacion impuesta á los viudos que pasasen á segundas nupcias de reservar los bienes procedentes del cónyuge difunto, fué sólo establecida á favor de sus hijos en el anterior matrimonio procreados, y no al hijo de uno de los consortes (Sent. 31 Mayo 1861 y 27 Junio 1866).

La ley 26, tit. XIII, Partida 5.^a, que dispone que la mujer que contrae segundo matrimonio debe reservar para los hijos del primer marido las arras y donaciones que éste le hubiese hecho, se sancionó de nuevo, ampliándola á los padres que pasasen á segundo matrimonio y comprendiendo en ella otra clase de bienes, la ley 7.^a, tit. IV, lib. X, Nov. Rec., ó sea la 15 de Toro (Sent. 31 Mayo 1861).

La ley 24, tit. XIII, Partida 5.^a, no es aplicable á los bienes reservables (Sent. 8 Junio 1865).

Segun el texto de la ley 26, tit. XIII, Partida 5.^a, la mujer que muerto su marido pasa á segundas nupcias, está obligada á reservar los bienes que expresa, para sus hijos habidos en el matrimonio con dicho primer marido (Sentencia 16 Enero 1871).

La ley 15 de Toro, ó sea la 7.^a, tit. IV, lib. IX, Nov. Rec., impone igual obligacion al marido que enviudado casa segunda ó tercera vez (Sentencia id. id. id.).

COMENTARIO

Muchas dificultades ofrecen en la práctica las reservas, tanto por las escasas leyes que rigen en la materia, como por las encontradas opiniones de los que la han tratado. En efecto, solamente la ley 26, tit. XIII, Partida 5.^a, y la 15 de Toro son las que si bien de un modo oscuro y confuso tratan de las reservas establecidas en el Derecho Romano y mencionadas no más en el Fuero Juzgo y Fuero Real. Así es que cuando los jurisconsultos, han fijado en ellas su atencion para señalar el verdadero fundamento de las mismas y resolver las dudas producidas por la vaguedad de las leyes, se han dividido los pareceres respecto al primero y naturalmente se han aumentado las segundas.

Unos sostienen que el fundamento de las reservas es la injuria hecha por el cónyuge sobreviviente á la memoria del difunto, pasando á contraer segundo matrimonio, por cuya ofensa las leyes imponen la obligacion de reservar ciertos bienes como pena ó castigo; afirman otros, que la voluntad presunta del cónyuge

difunto, opuesta sin duda alguna á que unos hijos extraños compartan con los suyos su patrimonio, es la que verdaderamente explica la causa de las reservas, y por último, considéranse establecidas éstas en favor de los hijos habidos en el primer matrimonio, por el peligro en que están de perder los bienes de su pertenencia si el cónyuge sobreviviente se casa segunda vez.

Sin negar que pueden tener alguna explicación las dos primeras opiniones, no puede afirmarse con pleno conocimiento de causa que resuelvan la cuestión sin controversia de ninguna especie. Por esto nosotros más conformes con la última y teniendo en cuenta que los bienes reservados son para los hijos del primer matrimonio y que no hay reservas mientras éstos no existan, creemos que este es el verdadero fundamento de ellas.

Es claro que la distinta manera de pensar de los comentaristas sobre este punto, había de influir más ó menos favorablemente en el juicio que de la reserva hiciesen; pero tratándose de una institución que lejos de alterar el régimen interior de la familia y de perjudicar sus intereses, vela por ellos, considerando á los hijos como representantes legítimos de sus padres en todos los derechos y en todos los bienes, señalándoles aquellos que con tanto trabajo fueron adquiridos por los mismos padres en la creencia de que no habían de ser disfrutados por otras personas, no podía menos de ser admitida por la generalidad y ver en las reservas un derecho más que contribuía á hacer más solidarios los lazos de la familia.

De este modo opina la generalidad de los autores, entre los cuales Goyena se expresa decididamente en favor de las reservas: «El Código francés, dice, no admite la reserva; pero contra esta autoridad tenemos la del Romano, y la de todos los Códigos españoles, desde el Fuero Juzgo hasta las leyes de Toro, es decir, que está encarnada en la opinión, en los hábitos de todos los españoles desde el origen de la monarquía, sin que (al menos en cuanto es á mi noticia) se haya movido crítica ni reclamación de escritor alguno contra ella». «Esta sola consideración, añade, bastaría á decidirnos para mantener la reserva, porque en las casas que se hacen de nuevo, debe ser catado en cierto la pro dellas ante que se parta de las otras, que fueron antiguamente tenidas por buenas é por derechas (ley 37, tit. XXXIV, Partida 7.ª): é porque el hacer es muy grave cosa y el desfa-

cer muy ligera, por ende el desatar de las leyes é tollerlas del todo que non valan no se debe facer sino con gran consejo» (ley 18, título I, Partida 1.ª); pero dejando á un lado esta respetable consideración y remontando hasta el origen y motivo de la reserva, yo la encuentro decorosa, política y equitativa».

A pesar de ser esta la opinión más generalmente admitida como hemos dicho, no es unánime. Rara vez los autores al tratar una materia han estado acordes en todos sus puntos; por eso no es de extrañar que en la presente, dada la diversidad de orígenes atribuidos á la reserva y las vagas á la par que escasas leyes sobre ella vigentes, hayan juzgado distintamente esta institución, aprobándola unos y censurándola otros fundados en la penalidad que según su sentir la sirve de origen.

Sin entrar á desarrollar la doctrina de estos últimos, sólo diremos que con arreglo á dicho principio se ha sostenido por algun escritor (1) que la reserva como pena impuesta al viudo por contraer nuevas nupcias, hecho perfectamente lícito no reprobado por la Iglesia ni por la ley civil, es una pena injusta, y después de varias consideraciones de las cuales deduce que son insostenibles las reservas, viene á concluir diciendo que en la práctica no sólo son perfectamente inútiles, sino que dan ocasión á grandes males por la facilidad con que puede quedar la ley burlada por el abuso y la mala fe de los hombres.

Para nosotros el fundamento de esta institución no es la pena impuesta á las segundas nupcias; si éstas han sido mal miradas, nunca lo han sido bastante para que el legislador las condenase, lejos de eso, á lo que ha atendido al imponer la obligación de reservar, no ha sido á castigar un hecho que por ser lícito no debe castigarse, sino á mirar por los hijos de un matrimonio anterior, para reconocerles su derecho en los bienes á que son únicos acreedores, por cuanto el padre los conservó y ganó en la seguridad de que sólo ellos habían de disfrutarlas.

No resultan, pues, de lo dicho motivos para tachar de inútiles á las reservas y sostener que lo sean igualmente en la práctica, dada la facilidad con que puede ser la ley burlada por el abuso y mala fe de los hombres. Si así se juzgasen todas las instituciones, no habría una

(1) Miralles. Juicio crítico de las reservas. Revista del Notariado. 1867.

útil en nuestro derecho, porque casi siempre el mal sabe burlar la vigilancia de la ley y á nadie se le ocurrirá decir por eso que esta sea mala.

Admitimos, pues, las reservas como institución, mas no dejamos de comprender que necesitan grandes reformas, porque son escasas y ambiguas las leyes sobre ellas vigentes, y aunque legislar mucho es peligroso, no lo es menos el dejar campo abierto á la duda y confusión.

Por lo demás, ninguna duda ofrece el artículo que comentamos: en contrayendo un cónyuge nuevas nupcias, debe reservar ciertos bienes para los hijos del matrimonio anterior, y no decimos para el primero, porque la ley 15 de Toro y el Tribunal Supremo han declarado que igual obligación existe cuando el cónyuge casa segunda ó tercera vez, con lo cual se ha resuelto la duda que podía haber sobre si el casado por tercera vez debía reservar para los hijos del segundo matrimonio.

Tres puntos abraza este artículo, á saber, personas obligadas á reservar, personas á cuyo favor se halla constituida esa obligación, y tiempo en que ésta empieza. Estudiemos separadamente para ver los casos que en cada uno pueden presentarse.

Publicadas las leyes de Toro, concluyeron las muchas dudas á que se había prestado la vaguedad de nuestros Códigos en lo referente á las personas obligadas á reservar. Siempre nuestro derecho patrio hablaba de la mujer hasta que la ley 15 de Toro estableció que «en todos los casos que las mujeres casando segunda vez son obligadas á reservar á los hijos del primer matrimonio... en los mismos casos el varón que casare segunda ó tercera vez, sea obligado á reservar la propiedad dello á los hijos del primer matrimonio: de manera que lo establecido cerca de este caso en las mujeres que casaren segunda vez, haya lugar en los varones que pasaren á segundo matrimonio». Desde la publicación de esta ley, no era posible dudar ya que el marido tuviese la misma obligación que la mujer.

Pero ¿deberá reservar la mujer viuda que vive deshonestamente? Tello, Acebedo, Gomez, Sala, Voet y Matheus así lo creen, y otros por el contrario lo niegan, apoyándose en que la reserva como ley penal y odiosa debe restringirse conforme al principio de derecho, *favores sunt ampliandi et odia restringenda*.

Nosotros no lo admitimos, porque introduci-

das las reservas para que los hijos del primer matrimonio no quedaran perjudicados en los bienes procedentes del cónyuge premortuo, por las segundas nupcias del sobreviviente, no existiendo éstas no puede haber reserva, aunque la persona que haya recibido la herencia se haga indigna de ella.

Si por el Fuero Juzgo y Fuero Real, la viuda que vive deshonestamente pierde, no sólo la propiedad, sino el usufructo de todos los bienes que heredó de su marido y hasta los gananciales, esta pérdida es una pena que se le impone no sólo en beneficio de sus hijos, sino también de los herederos de su marido, lo cual excluye toda idea de reserva, mucho más cuando ésta se extiende á otras clases de bienes que la viuda deshonesto ni los pierde ni tiene que reservarlos.

Nada decimos respecto á la obligación de reservar que pudieran tener los abuelos los bienes de sus nietos, porque no existe ésta según sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1861, que estudiaremos luego; de manera que las personas obligadas á reservar son únicamente el padre y la madre.

Ahora bien, ¿en favor de qué hijos tienen esta obligación? Todas las leyes dicen y hemos repetido en la definición de las reservas que éstas se han establecido en favor de los hijos de un matrimonio anterior, de suerte que el viudo ó viuda binubos tienen obligación de reservar en favor de los hijos habidos en el primer matrimonio.

¿Podrá entenderse lo mismo respecto á los hijastros? Nada había establecido sobre el particular hasta que el Tribunal Supremo declaró en repetidos fallos, que la reserva de bienes hecha por el cónyuge binubo sólo debe tener lugar á favor de los hijos propios en el anterior matrimonio procreados; en su consecuencia, la madre no está obligada á reservar para un hijastro parte alguna de los bienes de la procedencia de aquél.

El último punto que abraza el artículo objeto de este comentario, á saber, cuándo empiezan las reservas, es fácil de averiguar, porque en la misma ley se ve claramente que hasta las nuevas nupcias no hay obligación de reservar. Siendo objeto de ésta el impedir que los bienes correspondientes á los hijos por parte de su padre ó madre, vayan á enriquecer á los hijos de un matrimonio posterior, no teniendo éste lugar, no existe aquel peligro ni hay necesidad de reservar.