

diente legitimo, é instituye por heredero á un extraño, razon por la cual se irrita y se anula despues su testamento, se convierte la institucion del extraño en fideicomiso; de suerte que el descendiente no instituido, ó sin causa legitima desheredado, está obligado á restituir al extraño el remanente del quinto, que es de lo que segun la ley 28 de Toro pudo su padre disponer, y no mas; y si el no instituido ó desheredado fue ascendiente, le restituirá el tercio que en virtud de la 6 de Toro tuvo facultad de dejarle.

5. El cuarto es que si el padre testa entre hijos ú otros descendientes legitimos y nombra á uno de ellos ó á mas por sus universales herederos, no instituyendo ó injustamente desheredando á los restantes, ó instituyendo á todos por tales, pero dejando á algunos menor parte de herencia que la que por su legitima debe tocarles, aquel hijo ó hijos instituidos por universales herederos no solo percibirán su legitima, sino que se reputarán y tendrán por mejorados en el tercio y remanente del quinto, que es en lo que la ley 18 de Toro permite á su ascendiente mejorarlos; y los preteridos, ya sean los que viven entonces ó los que viviendo su padre nacen despues de la institucion, ó los injustamente desheredados ó perjudicados en su legitima, solo percibirán esta íntegra, porque su padre no tuvo potestad de desfalcársela ni gravársela; pero si los preteridos nacen despues de la muerte del testador, habrá sus dificultades en cuanto á ser gravados en el tercio, porque si hubieran nacido antes y vivieran, podria ser que no los dejase de instituir ni los gravase, y para evitarlas conviene ordenar la institucion en los términos que dejo dicho en el párrafo 2 del capítulo 9.

6. El quinto es que si consta que alguno quiso hacer codicilo, y le hizo efectivamente con la solemnidad competente y con institucion directa de heredero, no dejará de ser válido, conteniendo la cláusula codicilar: y así los herederos abintestato, siendo descendientes, percibirán toda la herencia menos el quinto; si son ascendientes, las dos terceras partes de ella; y siendo parientes, la restituirán al nombrado en el codicilo reteniendo la cuarta trebeliánica, porque se reputa por fideicomiso; lo que no sucederá si el codicilo carece de la citada cláusula, pues el heredero nombrado en él nada llevará.

7. Y el sexto efecto es en cuanto á la sustitucion pupilar, pues si el padre sustituye pupilarmente á su hijo ó hija en codicilo, mediante ser de solemnidad y forma de esta sustitucion que se haga en testamento y no en codicilo, pasará la herencia del

pupilo á los parientes que deben heredarle abintestato; pero tendrán que restituirla al sustituto, reteniendo para sí la cuarta trebeliánica, y entonces se tendrá el sustituto por heredero fideicomisario del pupilo, y estimará como si hubiera sido instituido por este siendo adulto. Los referidos seis efectos se reducen á dos, el uno acerca de la solemnidad, y el otro acerca de la voluntad. El que quisiere mayor instruccion sobre esta cláusula vea los autores citados; pues para la del escribano me parece suficiente lo expuesto.

CAPITULO XXIV.

DE LOS BIENES QUE DEBEN RESERVAR EL VIUDO Ó LA VIUDA Á LOS HIJOS DEL PRIMER MATRIMONIO.

La propiedad de los bienes, que por título gracioso obtuvo la muger de su marido, pasa á los hijos si se casa de segundas nupcias. — Tambien se reservan á los hijos los bienes que la madre haya heredado de alguno de ellos abintestato. — La obligacion de reservar los bienes indicados se extiende á cuantas veces se case, segun los respectivos hijos que tenga en cada matrimonio. — Dieha obligacion se amplia á los bienes dados á la viuda por parientes de su marido ó bien por extraños por consideracion á este. — La reservacion es pena impuesta al marido, lo mismo que á la muger, por su facilidad en contraer nuevo matrimonio. — Esta pena subsiste aun cuando hayan muerto los hijos del primer matrimonio, con tal que hayan dejado sucesion. — Los bienes reservables son únicamente aquellos que proceden de la línea del cónyuge difunto. — La viuda que se casa está obligada á afianzar los bienes muebles y raices para continuar en la tutela. — El viudo en su caso debe solo afianzar los bienes muebles. — Cuando no alcancen los bienes para satisfacer á los hijos del primer matrimonio y á la dote de la segunda muger, ¿qué se hará? — Resolucion del caso antecedente. — La muger que se casa dentro del año de su viudedad tiene que devolver la mitad del lecho á los hijos del primer matrimonio, si se cuenta entre los bienes gananciales. — Hay varias excepciones de la regla general de reservacion. Excepcion primera. Cuando el hijo heredó de

* Com. en la 5 de Toro, num. 75 al 88; Ant. *Thesaur.* decis. 141; Ferrar. *Biblioth. verb. Testam.* art. 4, num. 20 y sig.; Mat. en la ley 2, tit. 4, lib. 5, Rec. glos. 1, num. 9; Parlad. *different.* 248, num. 7 y sig.

algun pariente ó extraño. — Excepcion segunda. Cuando por testamento dejó el hijo algun legado á su madre. — Excepcion tercera. Cuando la donacion del marido no fue lucrativa sino remuneratoria. — Excepcion cuarta y quinta. Cuando obtuvo licencia del Soberano para contraer de nuevo, ó quedó viuda antes de cumplir veinticinco años. — Excepcion sexta. Cuando el marido le dió expresa licencia para volverse á casar. — Excepcion séptima. Cuando se la dieron ó consintieron sus hijos, siendo mayores de veinticinco años. — Primer caso de los varios comprendidos en la séptima excepcion. — Segundo caso. — Tercer caso. — Cuarto caso. — Quinto caso. — Sexto caso. — Siempre que segun la anterior doctrina no está la viuda obligada á la reservacion, hace suyos los indicados bienes. — Lo mismo sucede si no tuvo hijos ni descendientes. — En caso de reservacion esta no se extiende al usufructo de los bienes reservables. — Caso en que se corrobora esta doctrina. — De los bienes gananciales no hay reservacion. — Se resuelve un caso dudoso sobre la materia de reservacion. — La enagenacion de los bienes reservables es válida durante la vida del que la hizo. — Diferencia que hay en esto entre el viudo y la viuda. — Por las segundas nupcias no se pierde el usufructo que haya dejado de sus bienes el cónyuge difunto al vivo, y así no estan sujetos á reservacion.

1. La propiedad de todos los bienes que la muger hubo de su marido por arras, testamento, fideicomiso, legado, donacion entre vivos, ó por causa de muerte, ó por cualquiera otro título gracioso pasa necesariamente á sus hijos del primer matrimonio, si contrae segundas nupcias; y así está obligada á reservárselos. Por lo mismo no puede disponer de ellos en manera alguna, antes bien sus bienes propios sirven de fianza ó hipoteca del importe de aquellos, debiendo prestar caucion suficiente, y administrarlos á arbitrio de buen varon⁴: pues en el hecho de casarse pierde la propiedad, y solo conserva el usufructo hasta su muerte. Verificada esta se distribuirán entre los hijos con igualdad ó á prorata, segun el testamento de su padre.

2. Igualmente está obligada la viuda á la reservacion de los referidos bienes, aun cuando por muerte de alguno de sus hijos los haya heredado abintestato, pues siempre son propiedad de los restantes: en lo cual se atenderá á dos cosas: primera, que hayan recaido en la madre por sucesion, y no de otro modo; segunda, que sean de la procedencia que designa el párrafo antecedente.

3. La obligacion de reservar no solo procede la primera vez

⁴ Leyes 25, tit. 15, Part. 5, y 4, tit. 2, lib. 5, del Fuero Real.

que se casa una viuda, sino todas las demas en que vuelve á enviudar y á casarse de nuevo; por lo que debe reservar á cada hijo todo lo que por título gracioso hubo de su respectivo padre.

4. Se amplia igualmente la referida obligacion á lo que los parientes de sus maridos ú otros extraños la dieron por mera contemplacion de ellos como causa inmediata. Lo mismo procede en caso de dudarse si la donacion fue ó no hecha por su consideracion: lo primero, porque cuando esta consta claramente, ó por la cantidad y cualidad de lo donado se puede percibir, se conceptúa donado por el mismo marido, y para él se adquiere; y lo segundo, porque al modo que si la muger recibe donacion *propter nuptias* de alguno por el marido tiene obligacion de reservarla como si de este proviniera⁴, del mismo modo otra cualquiera donacion. Lo propio milita para con el marido en cuanto á lo que le den los parientes de su muger por contemplacion de esta; bien que algunos opinan lo contrario⁵: de consiguiente si la donacion se hizo á la muger en concepto de hacerse al marido, deberá reservarla, porque es lo mismo que si á él se le hiciera; y no de lo contrario. Pero no hay reservacion de los bienes procedentes de cualesquiera donaciones que hicieron á la viuda ó viudo por consideracion personal, ni de los que por industria ó título oneroso hubiesen adquirido.

5. La reservacion es una pena impuesta á la viuda por su facilidad en pasar á segundas nupcias. Esta pena comprende del propio modo y sin ninguna excepcion á los viudos⁵.

6. Las penas impuestas á los padres que teniendo hijos se casan mas de una vez, los comprenden aunque estos fallezcan, si dejan nietos ó biznietos de aquellos; y así pueden reivindicar la parte que á su padre ó ascendiente se debia reservar, y los abuelos y demas ascendientes estan obligados á su reservacion, porque la razon es igual, y por consiguiente debe obrar la misma legal disposicion⁶.

7. Los bienes que los ascendientes deben reservar á sus descendientes legítimos no son todos los que estos hubieron de cualquiera parte y por cualquier título, sino solamente los de aquella

⁴ Gom. en la ley 5 de Toro, num. 7, vers. *Sed his non obstantib.* — ² Morquech. lib. 4, cap. 42, num. 9; Rib. in leg. *Fœminæ*, num. 55, y allí Alveric. cerca del fin; Roman. cons. 405. — ⁵ Ley 7, tit. 4, lib. 10, Nov. Rec. — ⁶ Rib. in dict. leg. *Fœminæ*, num. 8; Cast. en la 15 de Toro; Tello Fernandez en ella, y en la 6, num. 20; Cast. de usufruct. cap. 2, num. 42; Guerreir. de divis. lib. 2, cap. 14, num. 59; Parlad. differ. 121, § 2, num. 2, vers. *Quin et de aro*; Matienz. en dicha ley 5, y glos. 2, num. fin.

línea y persona á quien por haberse casado hicieron la injuria; v. gr. si la abuela hubo algo de su primer marido, ya sea por habersele donado ó dejado, ó por haber heredado abintestato á alguno de sus hijos de este matrimonio, estará obligada, volviéndose á casar, á reservar á los otros hijos de dicho matrimonio, ó á los nietos hijos de ellos, lo que hubo de su marido, y lo que heredó del hijo muerto intestado que recayó en él por muerte de su padre; mas no lo que el hijo muerto adquirió por otro título, parte, línea, medio ó persona que no sea de su ascendiente, pues de ello se constituye dueña su madre, especialmente si se casó despues de su muerte; y ni los hijos sobrevivientes, ni sus nietos hijos de estos, tienen derecho á que se lo reserve⁴; por lo que si el hijo que murió intestado despues de su padre heredare á un hermano de este, que es su tío, no estará obligada su madre á reservar á los demas sus hijos, hermanos enteros del muerto, la herencia que su tío consanguíneo le dejó, porque no le vino por la línea ni persona de su padre, el cual por haber muerto antes que su hermano nunca tuvo derecho á ella, sino por su tío que es línea diversa, y así cesa la obligacion de reservacion, porque en casarse no hace injuria á su cuñado, ni por consiguiente á los demas hijos sobrevivientes; lo que sería al contrario, si el tío hubiera muerto antes, y su herencia recaído en el padre, y por muerte de este pasado á sus hijos. Lo mismo se dirá de los bienes habidos ó heredados por la viuda del marido, de quien no haya tenido hijos, pues no tiene que reservárselos á nadie⁵.

8. Si el padre nombró en su testamento á la madre por tutora de sus hijos, aunque no está obligada á afianzar, como tampoco los demas tutores testamentarios⁶; no obstante, como por el hecho de contraer segundas nupcias pierde la tutela, y aunque haya sido electa en el testamento paterno tiene obligacion de dar cuenta, debe por consiguiente afianzar por los muebles y raices para continuar en ella, excepto que sea de los bienes heredados de algun hijo muerto abintestato⁷.

9. No procede lo expuesto para con el padre, pues sin embargo de que se case muchas veces no pierde la administracion ni usufructo de los bienes libres y vinculados de sus hijos mientras

⁴ Parlad. differ. 121, § 2, num. 4 y 5; Greg. Lop. en la ley 26, tit. 15, Part. 4, glos. 4; Matienz. en la 5, tit. 1, lib. 5, glos. 2, num. fin; Acev. en la 4, dicho tit. y lib. num. 58, y en la 6, tit. 9, dicho lib. num. 2. — ² Rib. ibi. quest. 5; Parlad. different. 121, § 4, num. 9. — ⁵ Greg. Lop. en la ley 9, tit. 16, Part. 6, glos. 5. — ⁶ Ley 5, tit. 16, Part. 6, et ibi glos. 2. Véase á Parlad. differ. 121, 2, declarat. 8, y asimismo á Greg. Lop. y Matienz. que son de mi dictámen.

existen en su poder, antes bien lo hace suyo íntegramente; por lo que no debe afianzar en cuanto á los raices, ya los haya de su muger por legado ó contrato lucrativo, ó por herencia testada ó intestada del hijo, y si solo por lo concerniente á los muebles, respecto de los cuales es igual á la viuda⁴. Bien que jamas he visto que el viudo de buena conducta haya sido obligado á dar fianza de ningunos bienes muebles ó inmuebles, sino solo de hacer su inventario, aprecio y particion⁵.

10. Todo lo dicho tiene lugar cuando al fallecimiento del cónyuge superviviente quedan bienes bastantes para satisfacer á los hijos del primer matrimonio el importe de los que heredó su padre de su hermano ó hermanos difuntos, y á la última muger la dote, arras y demas derechos que le pertenecen, ó bien cuando existen en su ser los bienes reservables. Pero supongamos el siguiente caso. Queda un viudo con tres hijos, de los cuales mueren despues dos, cuya legitima materna hereda su padre, y esta procede de la dote de la difunta. Supóngase igualmente que este viudo se vuelve á casar, y despues fallece sin dejar en su ser los bienes que fueron de su primera muger, ni los que trajo en dote la segunda, sino que deja en dinero ú otros efectos una suma que no alcanza para todos. Se pregunta ahora: ¿quién será preferido? ¿el hijo del primer matrimonio por la legitima materna, que de sus hermanos heredó su padre y debió reservarle por haber perdido la propiedad contrayendo segundas nupcias, ó la muger última ó sus hijos que reclaman su dote?

11. En este caso parece que será preferido el hijo del matrimonio anterior, porque el privilegio dotal no solo compete á la muger contra los bienes de su marido, sino á sus herederos legitimos; de suerte que en concurrencia de dos dotes la que es primero en tiempo lo es en derecho por ser créditos de una naturaleza, y gozar ambas del mismo privilegio de prelacion: solo tendrá preferencia la segunda en los bienes dotales conocidos que existan. Pero en mi concepto lo contrario es lo cierto: lo primero, porque el hijo que sobrevive al tiempo que su madre murió, no tuvo mas derecho, como uno de tres, que á la tercera parte de la dote, ni puede adquirirlo despues por estar satisfecho de ella, por lo que la accion que le compete, no es dotal sino hereditaria provenida de la muerte abintestato de sus hermanos, de quienes es heredero; pues en el instante que ellos ó su padre, como su le-

⁴ Acev. en la ley 4, tit. 1, lib. 5, num. 49; Cast. de usuf. cap. 8, num. 92. — ⁵ Cast. de usuf. cap. 5, num. 92.

gítimo administrador, se apodera de los bienes de su difunta madre, se hacen estos patrimonio suyo, y cesa la acción y privilegio de dote, por no transmitirse este al heredero de su hijo ni á otros, ni revivir después que espiró, y solo será dotal cuando él ó su descendiente legítimo por no hallarse reintegrado de su legítima materna ó aboenga la pretende. Lo segundo, porque para repetir los bienes referidos le concede la ley únicamente tácita hipoteca sin privilegio de prelación contra los de su padre; y aunque es primera en tiempo á la de la dote segunda, como la de esta tiene el de antelación según derecho¹ á todas las tácitas anteriores que carecen de él, debe serlo también por su dote la mujer segunda á quien compete. Y lo tercero, porque el padre en el instante que fallecen sus hijos se hace dueño de sus bienes en virtud de la ley 6 de Toro, y la reservación á que le obligan las leyes citadas en los números precedentes, no es otra cosa que una pena que imponen porque vuelve á casarse, pues se presume que amará más á la mujer segunda y á sus hijos, y por enriquecerlos defraudará á los de la primera; por lo que pierde su propiedad, y pasa al hijo que sobrevive, el cual por beneficio de la ley es heredero forzoso abintestato de sus hermanos, como consanguíneo más cercano, y viene á ser lo mismo que si murieran después que su padre sin testamento, ni tener más bienes que los maternos, por lo que se queda en la clase de acreedor hipotecario legal sin otro privilegio ni antelación que la que el tiempo le dé en concurrencia de otros iguales en la tácita hipoteca. Y aunque se diga que los hereda inmediatamente de su madre, y no de sus hermanos, esto es alucinarse, y querer confundir la luz con una pura ficción y sofistería, pues no puede haber intermediación donde hay física interposición de personas. Tampoco sirve decir que este caso está comprendido virtualmente en la regla de que *en concurrencia de dos dotes la primera en tiempo lo es en derecho*, porque á más de no estarlo y deberse entender la legal disposición según suena, se ve que á la dote se conceden expresamente dos privilegios, uno de tácita hipoteca, y otro de prelación; y á los bienes reservables, ó (hablando con propiedad) al hijo contra los del padre, el de tácita hipoteca solo. Si los estimara dotales, se los concedería igualmente, como se pueba del hecho mismo de no estar obligado el padre á reservar los que el hijo adquirió por otro título lucrativo, y de que cuando la madre hace la reservación, no procede la acción del hijo por

¹ Ley 53, tit. 15, Part. 5.

razón de dote, porque los del padre no gozan del privilegio dotal, por no ser dotales, sino por acción penal, y de reivindicación de bienes propios poseídos por un tercero con cargo de restitución y prohibición de enagenarlos. Mas lo referido se limita, si los bienes reservables existen, pues entonces debe llevarlos el hijo, por ser los mismos que dejó su madre, tener dominio en su propiedad desde que su padre se casó, y haber sido este un mero usufructuario obligado á devolverlos.

12. La mujer que se casa dentro del año de la viudedad está obligada á restituir á los herederos de su marido la mitad del lecho cotidiano, si se deduce de los gananciales, como habiéndolos debe deducirse, y si no los hay, y por este motivo se saca de los bienes propios de su marido, á volverlo enteramente á los hijos procreados en aquel matrimonio: pues por ser hacienda de su padre, les pertenece en posesión, propiedad y usufructo⁴; y aunque algunos afirman que solo tiene obligación de reservárselo, y ha de gozar de su usufructo durante su vida, no me conformo con su dictamen, porque la ley 6, tit. 6, lib. 3 del Fuero Real, que de esto trata y está en uso, y no derogada, no dice tal cosa, según se prueba de su contexto: « Si el marido ó la mujer muriere, el lecho que habian cotidiano, finque al vivo: é si se casare, tórrenlo á partición con los herederos del muerto. » Sobre lo cual véase el Tratado de particiones. La propia obligación tiene el marido en caso de volverse á casar; por lo que si al tiempo de hacerse la partición están casados otra vez (ya sea dentro ó fuera del año de la viudedad, pues la ley no distingue), no se les debe abonar; y así se ejecutorió años pasados en el Consejo. Se previene que aunque el testador legue al cónyuge que sobrevive el quinto, se le debe entregar el lecho ó su importe, porque se lo concede el derecho, y es deuda contra sus bienes á falta de gananciales.

13. No es tan amplia y absoluta la conclusión sentada en los primeros párrafos de este capítulo, que no padezca sus limitaciones, por lo que la obligación de hacer la reservación impuesta por el derecho al padre y á la madre, cesa en los siete casos siguientes: el primero, cuando el hijo, aunque haya muerto el testador, heredó algo de sus abuelos ó de algún pariente ó extraño, ó se lo donaron, vendieron ó permutaron, ó lo adquirió con su industria, ó recayó en él por título que no sea de sucesión de su ascendiente; porque de esto no habla ni se comprende

⁴ Ley 4, tit. 6, lib. 5 del Fuero Real; Montalv. en ella; Gutierr. lib. 2, *Practi. quæst.* 93, 94 y 95.

en la disposicion legal; y así lo hacen suyo absolutamente sus padres¹: aunque en cuanto á lo de los abuelos hay quien sienta lo contrario².

14. El segundo, cuando el hijo muere testado, pues tampoco está obligada la madre á reservar lo que en su testamento le dejó con titulo de institucion ó legado; porque entonces sucede principalmente mediante su expresa voluntad, como si fuera extraño; y así puede dividirse entre los hijos de todos sus matrimonios: lo que al contrario cuando muere intestado; porque no interviene este, y si la mera decision y concesion legal³. Bien que atendida la disposicion de la ley 6 de Toro dudo que haga suya mas que la tercera parte, de que el hijo puede disponer libremente, y en lo que se verifica sucederle mediante su expresa voluntad: pues de las otras dos es su heredera forzosa tanto por testamento como abintestato, sin diferencia, ya quiera ó no el hijo dejárselas; por lo que no le sucede en ellas por su mera voluntad, como en la tercera, sino por disposicion de la ley; y así me parece que estarán sujetas á la reservacion.

15. El tercero, cuando su marido la dió algo en premio de su virginidad, nobleza, juventud, etc.: porque esta donacion no es lucrativa, sino remuneratoria; y así se aplicará y será comunicable á todos sus hijos⁴. Pero esto se entiende cuando real y verdaderamente hay desigualdad notable entre el marido y su muger, ya sea en edad, calidad ó en otra cosa semejante, y consta claramente que solo por este respeto y por via de remuneracion la hizo la donacion, y no en otros términos; y así aunque hoy se estila pretextar indistintamente en todos los contratos nupciales la virginidad, nobleza y otras prendas de la novia para ofrecerla arras el novio, sin embargo de que ninguna desigualdad haya entre los dos, no se eximirá de hacer la reservacion en caso de no verificarse, por no ser propiamente donacion cual se requiere para llamarse remuneratoria, á causa de faltar los motivos realmente constitutivos de la remuneracion legitima y verdadera⁵.

16. El cuarto, cuando precedió y obtuvo licencia del Soberano

¹ Gom. en la ley 15 de Toro, num. 2, vers. *Dubium tamen*; Matienz. en la ley 5, glos. 2, tit. 1, lib. 5, num. fin. — ² Parlad. different. 121 cit. § 2, num. 5 al 7. — ³ Matienz. en la 5, tit. 1, lib. 5, Rec. glos. 2, num. 15 y 16; et ibi Acev. num. 4 al fin; Gom. dicho num. 2 al principio. — ⁴ Rip. in leg. *Fæminæ*, num. 44, Cod. de secund. nupt. quest. 17; Pal. Rub. de donat. inter vir. et uxor. § 50, num. 55; Covarr. de matrim. part. 2, cap. 2, num. 2 y 5; Guerreir. de divis. lib. 2, cap. 14, num. 69 al 87. — ⁵ Ley 7 al fin, tit. 11, Part. 4; Guerreir. num. 81 al 87 del lugar citado.

para volverse á casar; pues como legislador puede remitirle esta y las demas penas impuestas á las viudas que contraen segundas nupcias, segun expresamente está decidido en derecho¹. El quinto, cuando quedó viuda, siendo menor de veinticinco años, aunque despues de casada segunda vez se hiciese mayor de ellos; porque la menor edad la releva de la pena de los que se vuelven á casar, como dicen los autores². Bien que acerca de esto hay sus dificultades, porque las leyes hablan generalmente, y no distinguen de menor ni mayor, ni la conceden expresamente este privilegio, y así será por equidad y no de justicia.

17. El sexto, cuando su difunto marido la concedió licencia expresa para volverse á casar; pues puede remitirle la pena³, y respecto saberlo y consentirlo, no se le hace injuria⁴. Y lo mismo procede si al tiempo de hacerle la donacion, expresa que en ningun caso quiere quede obligada á reservarla ni su importe, sino que la haga suya, como si fuera patrimonio; porque siempre que hay bienes unidos con pleno derecho al patrimonio de alguno, se confunden, y pierden el nombre de quien fueron; y así no se debe hacer distincion ni separacion de ellos sino en los casos legalmente expresos.

18. Y el séptimo, cuando los mismos hijos siendo mayores de veinticinco años la concedieron licencia y consintieron su casamiento, pues como establecida á su favor esta pena, se la pueden remitir tambien⁵. Pero para la mas clara y perceptible inteligencia de este caso, saber cómo se entiende y ha de ser esta licencia, y cuándo por su concesion se perjudican ó no los hijos, es indispensable hacer distincion de los que pueden ocurrir.

19. El primer caso es cuando los hijos mayores de edad consienten que su madre pase á segundas nupcias, y la remiten y perdonan expresamente toda la injuria que en ello les hace, ó todo su derecho. En cuyo caso es incuestionable que nada pierde, antes bien retiene y adquiere para sí en propiedad y usufructo todos los bienes que de su primer marido tenia en su poder, y los que por sucesion de sus hijos habian recaido en ella, y provenido de la sustancia del padre de estos⁶.

20. El segundo es cuando los hijos tambien mayores consien-

¹ Ley fin., tit. 12, Part. 4. — ² Cifuent. en la ley 15 de Toro; Jason en la *Minoribus* al fin, ff. de his quibus ut indignis; Boer. decis. 183; Gom. en dicha ley 15, num. 6. — ³ Matienz. en la ley 5, tit. 1, lib. 5, glos. 2, num. 5. — ⁴ Regla 25, tit. 54, Part. 7. — ⁵ Gom. dicho num. 6, vers. *Et idem etiam est*; Castill. de usufruct. cap. 2, num. 95. — ⁶ Angul. cons. 596, col. 4, num. 4, vers. *Hæc autem regula*; Decio cons. 209, num. 7; Menoch. cons. 257, num. 16 al 18, lib. 5.

ten simplemente que su madre se case, pero no renuncian expresamente el derecho y beneficio que la ley les concede: y en este caso se deberá decir lo mismo que en el anterior, pues por el hecho de consentir el matrimonio es visto remitir su derecho; por lo que este consentimiento simple surte el efecto de que su madre se exima y liberte de la obligación de reservación, que á no intervenir tendría ⁴. Lo que queda expuesto en estos dos casos en cuanto á los hijos mayores milita y procede para con los menores, interviniendo la autoridad de sus tutores para prestar su consentimiento y hacer la renuncia, y probándose causas legítimas y seguirseles utilidad del casamiento de su madre, y no en otros términos ².

21. El tercero, cuando los hijos aunque fuesen mayores, y estuviesen presentes, callaron, y ningun acto ni gestión hicieron, por el cual se infiera haber consentido en el matrimonio: pues entonces su mera presencia no les perjudica, ni por ella se prueba su asenso, y por lo mismo no se liberta la madre de la pena de reservación ⁵; aunque una cosa es honrarla con asistir á su boda, y otra y muy diversa renunciar el derecho que la ley les concede, lo cual no es presumible mientras no conste ⁴. Sin que los hijos necesiten hacer protesta para dejarlo ileso ⁵; porque si esta fuese necesaria, y su silencio y asistencia los perjudicase, jamas se verificaria tener lugar la pena de reservación ⁶.

22. El cuarto, cuando los hijos mayores presenciaron el matrimonio segundo, y aunque no lo consintieron expresamente ni renunciaron su derecho, pero intervino con su presencia algun acto positivo exterior de su parte, por el cual manifestaron su voluntad y consentimiento; en cuyo caso es visto consentir tácitamente, y así se perjudican por haber practicado acto por el cual se arguye su voluntad, porque no era regular lo hiciesen á no haber prestado su consentimiento interior, pues la voluntad se declara por los hechos igualmente que por las palabras ⁷, y aun mejor se da á entender por aquellos que por estas: los hechos manifiestan el afecto; y las palabras suelen proferirse á

⁴ Menoch. ibi, num. 16 y sig. y otros que cita. — ² Gaill. lib. 2, *Observat. pract. observat.* 98, num. 22; Menoch. dicho cons. 257, num. 22 al 24. — ⁵ Menoch. lib. 5, *presumpt.* 29, num. 90. — ⁴ Parisiens. in *Annotat. ad Dec.* cons. 205, verb. *Volente*; Rip. in leg. *Si unquam*, Cod. de *revocand. donation.* quest. 42, num. 108 al fin. — ⁵ Baez. de *non meliorand. filiab.* cap. 20, num. 59. — ⁶ Baez. dicho cap. 10, num. 88; Parisiens. loco citat.; Boer. decis. 185, num. 25; Fulgos. cons. 75. — ⁷ Tiraquel. de *jur. constitut.* part. 5, limit. 50, num. 12; Cravet. cons. 159, num. 5; Menoch. cons. 110, num. 4, y cons. 121, num. 90, lib. 2.

veces contra la voluntad del que las dice ⁴. A mas de que el que está presente y calla, es visto consentir aun en lo que le perjudica, si con su presencia concurre por su parte á algun acto positivo externo, y mucho mas los conjuntos ².

23. El quinto, cuando los hijos que asistieron á la boda nada consintieron expresa ni tácitamente, pero despues la ratificaron de una de estas dos maneras; pues pierden tambien el beneficio de la ley del mismo modo que si al tiempo en que se celebró hubiesen consentido, por ser lo propio lo uno que lo otro en cuanto al efecto ⁵. Lo cual se entiende no solo cuando la ratificación es expresa, sino cuando es tácita, v. gr. cuando en su vida no se quejan de las segundas nupcias: ó habitan familiarmente con su madre, ó la aman y á su padrastro: ó en vida ó muerte les donan algo: ó por otras conjeturas se infiere su asenso ⁴; pues si la ratificación hecha con las palabras expresas es suficiente, debe serlo tambien la que se colige de las obras, porque estas la inducen mas vigorosa que aquellas ⁵. Previendo que si los hijos no se quejan en vida del tránsito de su madre á segundas nupcias, sabiéndolo, y sin quejarse fallecen, no transfieren á sus derechos este derecho que tenian adquirido, antes bien por su silencio es visto habérselo condonado y remitido, cuya queja basta que sea extrajudicial ⁶.

24. Y el sexto, cuando los hijos no estuvieron presentes á la celebración del matrimonio segundo, de suerte que no pudieron consentirlo tácita ni expresamente; pero si luego llegó á su noticia, y remitieron á su madre la injuria, ó renunciaron expresamente su derecho, es indudable que por la renunciación se perjudicaron, y que la madre adquirió la propiedad de los bienes reservables. Y lo propio milita si la ratificación es tácita, é intervinieron los actos, conjeturas ó signos por los cuales se induce, como queda expuesto en el precedente caso, pues faltando estos

⁴ Menoch. cons. 5, num. 16, lib. 4; Socin. Junior, cons. 58, num. 15, lib. 1. — ² Clementin. 4, de *procurat.* Abb. in cap. *Cum virum*, in *tertio notabili*, de *Regularib.*; Alciat. y Jason in leg. *Cum proponas*, Cod. de *pact.*; Boer. decis. 185, num. 20. — ⁵ Angel. cons. 96; Anton. Gabriel, lib. 5, *Commun. opinion.*, tit. de *secund. nupt.* conclus. 1, num. 56; Baez. dicho cap. 10, num. 96. — ⁴ Roland. cons. 92, num. 20 y sig., lib. 4, y cons. 81, num. 15, lib. 5; Decio cons. 205, num. 5 al 7; Parisiens. cons. 29, ex num. 82, lib. 3; Brusat. cons. 12, num. 42, lib. 4; Surd. cons. 91, num. 21 y 22, lib. 1. — ⁵ Menoch. cons. 507, num. 15, lib. 6; Abb. cons. 116, in 2 part.; Brusat. cons. 40, num. 18, y cons. 118, num. 14, lib. 1. — ⁶ Rip. in dict. leg. *Fæminæ*, quæst. 14 y 16, vers. *Facit quod*; Anton. Gabriel, in tit. de *secund. nupt.* conclus. 1, num. 25; Guerreir. de *division.* dicho lib. 2, y cap. 14, num. 60 y 61.

respectivos requisitos, y habiendo intervenido la ausencia de los hijos, está sujeta la madre á la pena legal, y para no incurrir en ella, es indispensable algun consentimiento de ellos ¹.

25. En los casos expresados en que la madre no está obligada á hacer la reservacion á sus hijos, hace enteramente suyos los bienes que heredó de estos ó de su marido; por lo que puede usar y disponer de ellos á su arbitrio, y así se dividirán entre todos los de sus matrimonios con arreglo á su voluntad, como si los hubiera llevado en dote, ó no se hubiera vuelto á casar. Lo mismo procede cuando se casó dos veces solamente, y despues de viuda recayeron en ella los bienes de alguno de los hijos del matrimonio segundo: lo uno, por la razon expuesta; y lo otro, porque no hace injuria al cónyuge muerto, ni á sus hijos; y cesando esta debe cesar la disposicion; y así los hace suyos, y puede repartirlos entre todos los hijos de sus dos matrimonios ².

26. Y si no tiene hijos del precedente ó precedentes matrimonios, ni descendientes de ellos, tambien hace suyo todo cuanto le dieron ó dejaron sus respectivos anteriores maridos, y como dueña puede disponer de ello á su arbitrio, segun los textos citados se lo permiten, no habiendo fuero ó costumbre de que vuelva al tronco.

27. La obligacion impuesta á la madre de reservar á sus hijos la propiedad de los bienes que su marido la dona ó deja, no procede para con su usufructo, pues es dueña absoluta de él; y así aunque sea tanto, que con él compre y adquiera otros, no está obligada á reservarlos á sus hijos, ni se entienden provenir ni provienen de la substancia paterna como la propiedad, por no haber sido de su padre; por lo que puede disponer de ellos entre los de todos sus matrimonios, como de los patrimoniales, pues las leyes bastante proveyeron á favor de los hijos en preceptuar la reservacion de la propiedad, en la cual, como procedia del padre, eran defraudados: y no quisieron ampliar su precepto á los frutos, porque estos nunca fueron ni pudieron ser de este sino de la reservante, como ganancia adquirida despues de su muerte ³.

28. Aunque la madre viuda herede á algun hijo que haya muerto, y despues se case otro de los vivos, no pierde por eso ni debe restituírle el usufructo que desde que se volvió á casar

¹ Castill. de usufruct. cap. 2, num. 110 al 126 inclus. — ² Covarr. in Epit. success. num. 9 y 10; Morquech. dicho cap. 12, num. 8; Guerroir. dicho cap. 14, num. 33 al 38; lib. 2. — ³ Castill. ibi, num. 57; Merlin. de legitim. lib. 4, tit. 2, quest. 1 hasta la 4; Guerroir. ibi, num. fin.; Parlad. § 2, num. 16, differ. cit.

percibió de los bienes de su difunto hijo, hermano de los otros, antes bien debe gozarlo por toda su vida: porque lo hace suyo, y no está comprendido en el que la ley 48 de Toro concede al hijo casado, como admirablemente lo funda Castillo ⁴.

29. Nada de los bienes que padre y madre adquieren y multiplican mientras estan casados, deben reservar á los hijos de sus anteriores matrimonios, antes bien los hacen suyos plenamente por ser de industria y trabajo, que es titulo oneroso; y así aunque se casen muchas veces, pueden disponer de los que en cada matrimonio adquieren al modo que de los patrimoniales, como se prueba de la ley 14 de Toro, que es la ley 6, tit. 4, lib. 10, Nov. Rec. ⁵.

30. Muriendo sin sucesion legitima algun hijo del anterior matrimonio despues de haber heredado á su padre, si hiciere testamento, y segun lo permite la ley 6 de Toro dejare la tercera parte de sus bienes á uno de sus hermanos enteros, y las otras dos á su madre, y esta se volviere á casar ó al tiempo de su fallecimiento estuviere casada, y el hermano legatario del tercio muriere intestado sin sucesion, por cuya razon le hereda su madre abintestato, ¿estará obligada á reservar á los hermanos enteros sobrevivientes la tercera parte que abintestato heredó de este último, y él hubo de su hermano difunto? No, porque esta tercera parte no proviene inmediatamente de la sustancia del padre siño del hermano, del cual se hizo despues de su aceptacion, como patrimonio adquirido de otra parte, y por su aceptacion dejó de ser herencia del padre, de quien primero habia sido, pues hubo interposicion de dos personas ⁶.

31. Si la madre enagena los bienes raices que está obligada á reservar á sus hijos, parece debe perderlos, y que estos pueden quitarlos á sus poseedores en su vida, al modo que el usufructuario, que enaginando los que usufructúa ó el derecho de usufructuarlos, pierde el usufructo, el cual se consolida con la propiedad y pasa al propietario. Pero no obstante, lo contrario es lo cierto: y así valdrá la enagenacion durante su vida, y se revocará despues de su muerte; porque puede suceder que los hijos mueran antes que su madre, y que por consiguiente los herede, lo cual es especial en la madre en este caso, y no milita para con otro usufructuario; bien que si los enagena antes de

⁴ de usufruct. dicho cap. 2, num. 50 al 53. — ⁵ Gom. en la 14 de Toro, num. 5, vers. *Ex quibus videbatur*; Gutierr. lib. 2, Pract. quest. 93, num. 12 y 14; Matienz. en la ley 6, tit. 9, lib. 3, glos. 2, num. 1. — ⁶ Castill. de usufruct. dicho cap. 2, num. 60 al 69.