

asi, se infringe la ley 25 de Toro que prohíbe sacar el tercio y quinto de las donaciones precedentes que traen á colacion y particion, para que no sean defraudados los donatarios en sus legítimas: solo en cuanto al quinto se observará lo explicado en el párrafo anterior, asi por lo respectivo á su deducción, como á lo que de él se debe bajar, y demas expuesto; y en este caso es fundada la opinion del señor Castillo, aunque ni en uno ni en otro toca cosa alguna acerca del quinto.

22. Si el padre teniendo v. gr. cuatro hijos, entrega á cada uno por via de dote ó donacion *propter nuptias* su legitima corta en el concepto y con expresion de tal, quedándose solamente con tercio y quinto de los bienes que á la sazón posee, y despues mejora al uno de ellos, y no dejando al tiempo de su muerte mas bienes que aquellos con que se quedó, parece que la mejora se deberá deducir solamente de estos, y que por consiguiente no se hará computacion ni se unirán las legítimas entregadas para el giro de la cuenta, porque la mejora no se debe sacar de las dotes y donaciones que se traen á colacion y particion. No obstante se debe distinguir. Si el padre al tiempo de su entrega expresó que se quedaba con el tercio y quinto para disponer de ellos íntegramente con arreglo á derecho, y que los hijos habian de colacionar sus legítimas, y cumularse á efecto de deducirlos, del mismo modo que si no se las hubiera entregado, se cumularán y sacará de ellas el tercio y quinto, porque en este concepto las recibieron. Mas si faltó la expresion referida, no; porque ya son suyas, y el padre no puede mejorar en los bienes ajenos, por prohibirlo la ley 25 de Toro; y asi sin embargo de que por la colacion se constituyen como de la herencia, esto es para la igualdad y no para deducir de ellas el tercio ni quinto, y que con su acumulacion sea mayor la mejora; por lo que el mejorado llevará el tercio y remanente del quinto del mismo tercio y quinto con que su padre se quedó, y el resto se dividirá igualmente entre todos.

23. Legando el ascendiente en última voluntad á un hijo ó descendiente ó á extraño el quinto de sus bienes, ó disponiendo de él á favor de su alma, ¿se deberá deducir solamente de los que se encuentran en su herencia cuando muere, ó tambien de los que colacionan los hijos por habérselos dado en vida? Parece que de todos se deberá deducir por las razones siguientes: 1.<sup>a</sup> porque debiéndose mezclar estos con ellos para igualarse los herederos, y reputándose unos mismos porque constituyen una herencia, es consiguiente que de todos se deduzca co-

mo de patrimonio del difunto: 2.<sup>a</sup> porque aunque los hijos sean instituidos con desigualdad en el testamento, de modo que el padre deje mas á uno que á otro; aquel hijo, que en vida recibió algo de su padre, está obligado á colacionarlo<sup>(1)</sup>: luego es claro que si el padre deja el quinto, debe ser aumentado y deducido de lo que el otro hijo trae á colacion: 3.<sup>a</sup> porque por el hecho de conferirse las dotes y bienes donados se confunden y hacen de la herencia, del mismo modo que los que se encuentran en ella<sup>(2)</sup>, por consiguiente de los conferidos se ha de deducir igualmente que de los hereditarios, porque se consideran tambien de esta clase; y á no ser asi, se coartaría indirectamente á los padres la libre y amplia potestad que la ley les concede para testar del quinto; la que no se les debe restringir: 4.<sup>a</sup> porque el precepto de que se colacionen las dotes y donaciones á la herencia del que las dió ó hizo, no se limita á un solo efecto, antes bien habla simple, general ó indistintamente, confundidos ya y mezclados los bienes colacionados con los hereditarios: luego no deben separarse unos de otros para la deducción del quinto, sino hacerse esta de todos; pues si otra cosa quisiera el testador, la hubiera expresado: 5.<sup>a</sup> porque cuando los padres dotan ó hacen donaciones á sus hijos ó hijas sin expresar cosa alguna, es con la tácita condicion de que las colacionen y traigan á la herencia que dejen, pues la ley con su precepto suple la falta de manifestacion de su voluntad; y la colacion se hace para que lo colacionado se divida, y los herederos sean iguales; y si de las dotes y donaciones no se pudiese deducir, hubiera sido superflua la disposicion de la ley 25 de Toro en contrario en cuanto al tercio y quinto cuando son mejora: por consiguiente cuando este no lo es, se debe deducir de todos. A pesar de todo lo expuesto, digo: que el quinto, ya lo deje el testador á un hijo como mejora ó legado, ó á extraño, ó disponga de él en otras cosas, debe deducirse únicamente de los bienes que tiene cuando muere, y no de los colacionados<sup>(3)</sup>. Lo primero, porque por lo mismo que los dió, y el donatario ó dotada los recibió, salieron de su dominio y patrimonio, y pasaron al de estos; y asi se debe entender que legó de otros, que de los que tenia al tiempo de su muerte como suyos: lo segundo,

1 Gom. en la ley 29 de Toro, num. 5.  
2 Ley 3. §. 1. ff. de collation. bonor. y ley Si soror, Cod. de collationib.  
3 Tello en la ley 23 de Toro, num. 2. vers. Unde teneo. Matienz. en la 7. tit. 6. glos. 2. num. 3. Angul. en ella, glos. 2.

num. 6, y en la 9. glos. 1. num. 8. Castell. lib. 4. Controvers. y cap. 16. dichos, num. 52, y cap. 35. num. 45. Hermos. en dicha ley 3. tit. 4. Part. 5. glos. 6. num. 84. Vasc. de partit. cap. 19. num. 6 al 17.

porque jamas se presume que ninguno dispone de lo ageno, sino de lo propio, porque no puede: y si legase el quinto de lo ya donado, testaria de lo que no es suyo, y está en poder de su dueño: lo tercero, porque la colacion inducida y preceptuada por derecho, es únicamente para igualar á los hijos, y que no sean perjudicados en su legítimo haber (1); y si de los bienes colacionados se sacase el quinto, resultaria desigualdad, porque se les desfalcaba: lo cuarto, porque aunque se legue el quinto á un hijo, respecto á no ser legítima á que tenga derecho, es lo mismo para el caso que si se legara á extraño, con el cual no há lugar la colacion (2): lo quinto, porque el quinto es cuota de bienes como la legítima, para la cual se debe atender al tiempo de la muerte, por lo que se debe tener igual atencion para él; y lo sexto, porque para que se haga el cómputo de los colacionados, no milita la razon que cuando se hace donacion simple, pues esta se entiende parte de mejora, y en el exceso de legítima, y por este es colacionable; y no siéndolo el quinto, ni teniendo accion á él ningun hijo, cesa el motivo de hacer la colacion. Ademas respecto á que sabia y debia saber el testador cuando hizo la donacion, que su única hacienda era el quinto, y que por consiguiente la quinta parte de lo donado era suya, y no obstante la donó, es visto haber querido por lo mismo que el donatario la llevase, y reservado únicamente para testar el quinto de los bienes que se hallasen cuando falleciese; por lo que los colacionados se entenderán entregados á los colacionantes en parte de legítima ó por via de mejora, segun sean, hayan intervenido ó no las causas para su donacion; esta debe entenderse, excepto que al tiempo de dar la dote ó hacer donacion, exprese y conste en ellas que las han de colacionar y computar, para sacar de todo el cúmulo el quinto, y disponer de él á su arbitrio; pues en este caso habrá lugar la computacion y deducion de su importe, igualmente que de los bienes inventariados por su muerte.

24. Para la conclusion de este capítulo resta examinar si en la computacion para pedir la mejora de tercero y quinto, se ha de incluir ó no la cuarta marital que el derecho concede á la viuda (3). Digo, pues, que dicha cuarta no se ha de computar pa-

1 Ley *Ut liberis*, Cod. de collation.

2 Ley *A patre*, Cod. de collation. ibi *Extero jure*.

3 Los legisladores considerando la miseria y desamparo de la viuda, y con el

fin de mitigar su dolor, estimularla á que viviese castamente, y evitar que por la indigencia se prostituyese en desdoro y oprobio suyo, y de su difunto marido, aunque no la concedieron alimentos, ni gravaron

ra la deducion del tercio y quinto, antes bien como deuda legal y necesaria contra los bienes del marido se debe bajar de estos primero que se haga la deducion de la mejora, segun se practica con las demas deudas que deja cuando fallece, porque no es donacion que hace á su muger, sino débito que contrae á su favor en fuerza de la concesion legal por el hecho de casarse con ella siendo pobre, á cuyo importe adquiere derecho la muger en caso que no la asigne lo suficiente para sus decentes alimentos mientras subsista (1): lo cual se debe observar sin disputa cuando se contrajo antes de hacer la mejora.

25. Si el marido mejoró irrevocablemente á un hijo de su anterior matrimonio antes de casarse segunda vez, parece que se computará la cuarta para deducir la mejora, y que despues de

á los herederos de este con la obligacion de dárselos de sus bienes (á menos que se los legue el marido, ó quede embarazada, ó mientras la restituyen su dote); dispusieron justamente que si quedase tan pobre al tiempo de la muerte de su marido que no tuviese bienes propios con que alimentarse, ni este la dejase con que vivir segun su calidad, y sus hijos heredasen una cuantiosa herencia del padre, tuviese derecho á la cuarta parte de esta, como dije en el libro 2, título 2, capítulo 9, párrafo último, con tal que no exceda de cien libras de oro (a). Esta cuarta marital corresponde á la viuda aun cuando con su trabajo pueda ganar el sustento, porque ademas de no ser este seguro, se la concede para consuelo de la pérdida de su esposo, y tambien la corresponde aunque despues adquiriera bienes por otra parte, en razon de que se atiende al tiempo de la muerte del marido, y no al posterior, que es eventual. Tambien tiene derecho á ella, aun cuando el marido la legue el quinto, y mande que se contente con él, siempre que no alcance para su decente manutencion, porque es débito necesario. Pero este derecho á la cuarta marital no tiene lugar en los casos que se expresan en dicho capítulo 9.

Con motivo de esta cuestion habla tambien aqui Febrero de varios efectos que produce la viudedad á favor de las mugeres, algunos de los cuales son bien extraños,

y estan concebidos en términos chocantes; por ejemplo: que la viuda no es menos estimada que la virgen, ni está distante de esta; que está reputada por mas liberal que las otras mugeres; que es una verdadera imagen de su marido; que goza de los rayos de honor y nobleza de este &c. Prescindiendo de estos elogios extravagantes, me contraeré á los verdaderos privilegios de las viudas, y son los siguientes: 1.º les compete el fuero de su difunto marido, y gozan de las mismas prerrogativas que este: 2.º en todo deben ser respetadas y honradas, como si su marido viviera: 3.º su testimonio ó deposicion prevalece al de otras mugeres: 4.º por la viudez no vuelven á caer bajo la potestad paterna: 5.º gozan de los privilegios concedidos á los pupilos y a las doncellas: 6.º les compete el beneficio de la restitucion *in integrum*, como personas miserables: 7.º deben determinar sus causas sin estrépito ni figura de juicio, porque se reputan entre las sumarias y pias: 8.º pueden, ya sean actoras ó demandadas, pretender que las avoque á sí el Soberano; y últimamente deben ser juzgadas con equidad y misericordia (b).

1 Tello en la ley 25 de Toro, num. fin. vers. *Pro complemento*, Segur. in *Repetit. leg. cohæredi*, §. *Cum filia*, fol. 30. col. 3 y 4. Gom. Arias en la 32 de Toro, num. 19 al fin.

a Cada una de estas libras hace sesenta y dos castellanos ó sueldos de oro, y cada uno de estos valia 485 maravedis de los presentes, segun Escobar de *ratioin. comput.* 1. num. 16 y 17, y *comput.* 25.

b La doctrina relativa á los privilegios y penas de las viudas, puede verse en Bartolomé Bersano, que la trata con extension.

deducida esta se sacará aquella del residuo, porque el mejorado ya tenia adquirido derecho á la mejora del total de los bienes de su padre cuando se volvió á casar, y la viuda pobre no rovo- ca las donaciones anteriormente hechas (1). Sin embargo de esto no la disminuirá, pues aunque la donacion sea irrevocable, sirve solamente su irrevocabilidad para que el hijo no deje ya de ser mejorado, ni de percibir la mejora cuando fallezca su padre; mas no para disminuir la cuarta, porque esta es débito necesario contraído antes de su muerte, y aquella se ha de graduar atendidos los bienes efectivos y propios del testador al tiempo que fallece; y como entonces ya está contraído el débito de la cuarta, y su importe como débito legal no es suyo, sino de su viuda, por eso se debe sacar antes que la mejora, ya sea hecha á hijo del anterior matrimonio ó del mismo (2). Entiéndese lo dicho cuando no intervino entrega de parte de la mejora al mejorado antes de casarse el mejorante, pues si la hubo no se cumulará ni computará su importe respecto á que cuando se contrajo el débito, ya era dueño el mejorado de lo que le habia donado, y no pudo estar obligado á las deudas del mejorante; por lo que se sacará únicamente la cuarta de los bienes que el testador tenga al tiempo de su muerte, y no de los que al de contraer matrimonio ya no eran suyos. En cuanto á si compete ó no al marido pobre la cuarta, véase lo que dije en el citado capítulo 9, título 2, libro 2, párrafo último. Por lo concerniente á si sucediendo este en ella, estará ó no obligado á satisfacer los gastos funerarios de su muger de lo que importe, ó se ha de deducir primero la cuarta para él, y luego el quinto, y de este pagarse; aunque hay variedad de opiniones (3), creo que primero se ha de sacar la cuarta que el quinto, por ser deuda y cosa agena. Y en orden á si la cuarta marital se debe ó no deducir de los bienes confiscados al marido, mi dictamen es que sí (4), porque es deuda contra ellos.

1. Corn. consil. 178. vol. 2. Socin. consil. 108. vol. 1. Gregor. Lop. ibi, glos. 9.  
2. Angul. en dicha ley 9. glos. 2. num. 9 al 11. Escobar comput. 1. num. 14 y 15.

3. Angul. ley 13. glos. 3. num. 30 y 34.  
4. Antunez. Portugal de donat. reg. lib. 3. cap. 26. num. 11 al 16.

## CAPITULO OCTAVO.

*De la obligacion que tienen los viudos ó viudas que pasan á segundas nupcias de reservar á los hijos ó descendientes legitimos de su primer matrimonio la propiedad de cierta clase de bienes.*

- §. 1. Razon de tratarse aqui esta materia, y fundamento del derecho de reservacion.  
2 y 3. Bienes que debe reservar la viuda que se casa segunda vez, y como en la particion solo debe aplicársela el usufructo de ellos, y no la propiedad.  
4. La obligacion de reservar alcanza en los mismos términos al marido que sobrevive y pasa á segundas nupcias, debiendo adjudicársele solamente el usufructo de dichos bienes.  
5. Se proponen y resuelven tres cuestiones que suelen ocurrir en esta materia. Primera: si el padre ó la madre que pasó á segundas nupcias sucediere á algun hijo del primer matrimonio, y falleciere dejando pendientes los frutos de los bienes de este hijo, cuya propiedad debia reservar á sus hermanos, ¿ se dividirán ó no entre su segunda muger y los hijos de ambos matrimonios, como gananciales, al modo que si ya los hubiera percibido?  
6. Cuestion segunda: si viviendo el padre y la madre casaron y dotaron á alguna hija de entrambos, mu-

riere la madre, y despues de ella su hija abintestato sin sucesion, y el padre se volviese á casar, y teniendo otros hijos de aquel matrimonio, como tambien del segundo, mejorase á alguno en el tercio y quinto de sus bienes, ¿ esta mejora se deberá sacar íntegra de todos, incluso los de la hija muerta que ya son suyos, y como hechos un cuerpo se confunden?

7. Cuestion tercera: teniendo el padre dos hijos del primer matrimonio, si por haber muerto abintestato el uno que habia heredado á su madre recayeren sus bienes en el padre, este se volviese á casar, y despues el otro hermano suyo entero falleciere tambien, habiendo legado á algun extraño ó medio hermano el tercio de aquellos bienes suyos procedentes del hermano, cuya propiedad debia reservarle su padre por haberse casado segunda vez, y tambien el de todos los demas que poseia; ¿ este tercio se ha de deducir del cúmulo de los bienes reservables del primer