

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 capitulo 9, titulo 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

hermano muerto, ó solamente de los que el legante poseía como suyos por otro título?

8. La viuda que despues de la muerte de su marido vive

licenciosamente, pierde la propiedad y el usufructo de los bienes que este la dejó, como tambien las arras y su mitad de ganancias.

1. **H**abiéndose tratado hasta ahora de los derechos hereditarios de los hijos legítimos, no será fuera de propósito insinuar al contador acerca de la obligacion que tienen los viudos ó viudas que pasan á segundas nupcias, de reservar á los hijos ó descendientes legítimos de su primer matrimonio la propiedad de ciertos bienes. Para la debida inteligencia es de saber que por derecho antiguo incurrian en infamia y en otras penas las viudas que se volvian á casar dentro ó despues del año de su viudedad ⁽¹⁾, como puede verse en el tratado de Bartolomé Bersano ⁽²⁾. Pero estan corregidas y suprimidas hoy por decreto canónico ⁽³⁾, y tambien por el Real, como se prueba por la ley 4. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec. que al principio dice: *Mandamos: que las mugeres viudas puedan libremente casarse dentro en el año que sus maridos murieren, con quien quisieren sin alguna pena, é sin incurrir en alguna infamia ella ni el que con ella casare, no obstante cualesquier leyes de Fuero y Ordenamientos, é otras cualesquier leyes que en contrario sean fechas y ordenadas, las cuales revocamos y anulamos.* Sin embargo, en todo lo concerniente al favor y utilidad de sus hijos, subsisten en su fuerza y vigor, por no ser propiamente penas, sino disposiciones favorables á los hijos de los matrimonios precedentes, para evitar que sean perjudicados, y que los de los posteriores se enriquezcan en su detrimento con los bienes que fueron del patrimonio de sus padres ⁽⁴⁾.

2. Entre las penas impuestas á las viudas que se volvian á casar, y tienen por principal objeto el beneficio de los hijos de sus anteriores matrimonios, es una el estar obligadas á reservarles la propiedad íntegra de todos los bienes de cualquier clase sin excepcion, que de sus respectivos padres hubieron en vir-

1 Ley. ult. tit. 12. Part. 4. y ley 5. tit. 3. Part. 6. Leyes. 13. tit. 1. lib. 3. del Fuero Real, y lib. 3. tit. 2 del Fuero Juzgo. Leyes 1, 2 y 3. y Authent. *Eisdem. pænis*, Cod. *Secund. nupt.*

2 *De viduis*. cap. 3. quæst. 2.

3 Apostol 1. ad Corinth. cap. 7. y cap.

penult. y ultim. de *secund. nupt.* Covarr. in *Epitom. ad sponsalib.* part. 2. cap. 3. §. 9. num. 4.

4 Morquech. de *divis. bonor.* lib. 4. cap. 12. num. 40 y 41. Matienz. en la ley 13. tit. 1. lib. 5. glos. 2. num. 1.

tud de testamento ú otra última voluntad, ó de contrato en sanidad por título lucrativo, mas no por el oneroso; y asi se las prohíbe donarlos, enagenarlos y disponer de ellos entre los de los matrimonios ulteriores, y tambien entre extraños, pues todos son respectivamente para los de los precedentes ⁽¹⁾; por lo que si al tiempo de hacerse la particion estan casadas, se las han de aplicar dichos bienes en usufructo, ó el usufructo de ellos, y no su propiedad.

3. En virtud de esta obligacion si el marido deja á su muger algun legado genérico ó específico, ó fideicomiso, ó la dona arras ó joyas, ó hace otra donacion *propter nuptias*, debe reservarles en cualquier tiempo que se case, aun cuando sea fuera del año de su viudez, y ningun hijo tenga en el matrimonio segundo, todo lo líquido que de su padre hubo y entró en su poder, y solo podrá gozarlo como mera usufructuaria mientras viva; pues por el hecho de volverse á casar pierde en pena el dominio y propiedad de todo ello, y asi tampoco puede enagenar, gravar ni hipotecar lo inmueble, distribuirlo entre los hijos del marido de quien lo hubo, ni dejar mas á uno de estos que al otro, por lo que deben llevarlo y repartirlo con arreglo al testamento de su padre ⁽²⁾; y si se dedujo del quinto, debe volver al mejorado en este de donde salió, y no á los demas herederos el residuo líquido de él; y al contrario habiendo salido del globo de la herencia, pues entre todos se ha de dividir en la forma expuesta, observando lo mismo en cuanto al padre, pues es reciproca la obligacion de ambos, y á la responsabilidad de todo estan tácita é indistintamente hipotecados todos los bienes maternos presentes y futuros, aunque ella no los obligue expresamente ⁽³⁾; y siendo muebles los que se han de reservar, deben estimarse por peritos electos por las partes, y la viuda constituir fianza de restituirlos ⁽⁴⁾. Tambien tiene obligacion la madre de reservar los bienes que hubo de alguno de los hijos del primer matrimonio, bien por sucesion abintestato, como se dijo en el libro 2, título 2, capítulo 24, párrafo 2, bien por título particular de legado ó fideicomiso, provenientes de su padre, ya se case antes, ya despues que muera el hijo, ó aunque ninguno haya fallecido, y lo habido fuere donacion de su padre hecha á dicho hijo, pues para el caso es lo mismo;

1 *Leyes Fæminæ*, 3. y *Cum aliis*, 4. Cod. de *secund. nupt.* Ley *Mater quæ*. Cod. ad *tertyllian.*

2 Ley 1. tit. 2. lib. 3 del Fuero Real.

3 Ley 25. tit. 13. Part. 5.

4 Gom. en la 15 de Toro, num. 5.

en cuya atención, si deja el quinto de sus bienes ú otro legado á los hijos de su segundo matrimonio, ó al padre de ellos, ó á un extraño, no se ha de deducir de las arras, joyas ni demas que por título lucrativo adquirió de su primer marido, ni de lo que heredó abintestato de alguno de los de su anterior matrimonio, y este hubo de su padre, porque no son suyos sino de estos, y solo se deducirá de los que verdaderamente le pertenecen.

4. No solo está impuesta á la madre la pena y obligación de reservacion, sino tambien al padre que se vuelva á casar una ó mas veces, sin la mas leve diferencia ni distincion de cosas, y asi es reciproca entre ambos, como lo ordena la ley 15 de Toro, que es la 7. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec., y dice: *En todos los casos que las mugeres, casando segunda vez, son obligadas á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primer marido, ó heredado de los hijos del primer matrimonio; en los mismos casos el varon que casare segunda ó tercera vez, sea obligado á reservar la propiedad de ellos á los hijos del primer matrimonio.* De manera que lo establecido cerca de este caso en las mugeres que casaren segunda vez, haya lugar en los varones que pasaren á segundo ó tercer matrimonio. Por lo que el padre tampoco puede enagenar ni disponer de los bienes de reservacion, y á su seguridad estan igualmente afectos é hipotecados los suyos propios (1); y asi para no estar obligado á ella, es necesaria la licencia del Príncipe, ó el consentimiento de su muger ó hijos, de que en el siguiente párrafo trataré.

5. Sentados estos principios generales, y supuesta la doctrina que sobre esta materia de reservacion expliqué en dicho capítulo 24, del titulo 2, libro 2, á que me refiero, paso á resolver varias cuestiones dudosas que suelen ocurrir en las particiones sobre esta materia. 1.^a 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? De ningun modo, antes bien se deberán restituir á los hermanos enteros del muerto, con los bienes reservables

1 Ley Generaliter, 5. y ley *Si quis prioris*, 8. Cod. de recund. nupt. Gom ibi, num. 5.

que los produjeron sin diferencia, sacados los gastos, y nada de ellos llevarán la viuda ni demas hijos del matrimonio segundo: lo primero, porque los frutos pendientes son parte de la finca que los produce, se conceptúan una misma cosa con ella, y se debe juzgar de ellos como de su propiedad: lo segundo, porque aunque tocan al padre que pasa á segundas nupcias, y debe gozar del usufructo de los bienes de los hijos de su anterior matrimonio, pero está obligado á reservarles su propiedad ilesea; y siendo los pendientes una misma cosa con esta, necesariamente deben seguirla; y por consiguiente pasar á quien aquella corresponde, y no á otro (1).

6. Cuestion segunda. Si viviendo el padre y la madre casaron y dotaron á alguna hija de entrambos, muere la madre, y despues de ella su hija abintestato sin sucesion (por cuya razon recae en el padre la herencia materna), y este se volviere á casar, y teniendo otros hijos de aquel matrimonio, como tambien del segundo, mejora á alguno, ya sea de este ó del primero, 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 y no se pueden distinguir ni separar? Respondo que no ha de practicarse asi; pues solo debe sacarse de los bienes propios del padre, que son los que por su parte dió en dote á su hija, y por muerte de esta volvieron luego á él; y asimismo de los demas que este adquirió por otro título; mas nada se ha de deducir de los que la hija hubo de su madre por su dote y herencia, porque estan sujetos á la reservacion que el padre debe hacer de ellos á los hijos de aquel matrimonio, los cuales deben dividirlos entre sí con arreglo al testamento materno (2).

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 volviere 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 poseía; ¿este tercio se ha de deducir del cúmulo de los bienes reservables del primer hermano muerto, que si el segundo viviera se-

1 Guid. consil. 170. part. 3. Casaneo 5. num. 5. Castill. de usufruct. dicho cap. in Consuetudinib. Burgundiae, Rubr. 6. §. 2. num. 38.
7 al fin. fol. mihi 224. Avendañ. respons. 2 Castill. dicho cap. 2. num. 70.

rian para él en propiedad, ó solamente de los que el legante poseía como suyos por otro título? Aunque á primera vista parece que de todo deberá deducirse, porque todos corresponden al legante, los unos en propiedad y usufructo, y los otros en propiedad solamente mientras vive su padre, sin embargo lo contrario es lo seguro, y así se deducirá únicamente de los que este hijo último heredó por sí de su madre, ó que por título le competen, cuya propiedad y usufructo gozaba, y no de los reservables; porque por muerte de este último hijo se resolvió en plena propiedad el usufructo de sus bienes que competía á su padre; y por haber cesado la causa de reservacion de la propiedad, cesó tambien la pena de privacion de ellos. Así que no pudo disponer del tercio de su importe, porque en el instante que falleció, se hicieron absolutamente de su padre; pues para que haya lugar esta pena se requieren dos cosas: la una que el viudo pase á otras nupcias; y la otra que existan hijo ó hijos ó descendientes del anterior matrimonio, á quien hayan de pasar los bienes reservables; y faltando una de ellas, no há lugar. Además la reservacion no se estableció á favor de otros que de los mismos hijos ó descendientes; por lo que si el hijo no poseía mas bienes, será ineficaz en él todo el legado (1); bien que Escobar (2) es de contrario sentir.

8. Ultimamente debo advertir al contador que si la viuda despues de la muerte de su marido vive lujuriosamente, ya sea dentro ó fuera del año de su viudedad, pierde la propiedad y usufructo de los bienes que su marido la dejó por via de herencia, legado ó donacion graciosa, la tutela de sus hijos, las arras que la dió ú ofreció, y la facultad de testar que la concedió, como tambien la mitad de ganancias que durante su matrimonio adquirió, si existen hijos de este; á los cuales, y no á ella, se debe aplicar todo en dicho caso, porque milita igual ó superior razon que si se volviera á casar, y no debe ser de mejor condicion la incontinencia y lujuria de la viudedad, que la castidad del matrimonio segundo; lo cual no procede para con su marido, segun he dicho en otra parte.

1 Paul. consil. 67 al fin. vol. 1. Alex. consil. 66. vol. 3. Bertrand. consil. 133. vol. 1. in *Novis*, y consil. 263. vol. 3. Aimon. consil. 36. Anchar. consil. 278. Te-

llo en la ley 6 de Toro, num. 67 y 68. Avendañ. en ella, glos. 10. num. 3.

2 *De ratiocin.* comp. 1. num. 20 al 22.

CAPITULO NONO.

Observaciones que deberá tener presentes el contador acerca de los hijos legitimados é ilegítimos, para la sucesion testamentaria de sus padres.

- §. 1. Razon de tratarse aqui este asunto.
2. Los hijos legitimados por el siguiente matrimonio no se diferencian de los legítimos, y así acerca de ellos debe tener presente el contador cuanto se ha dicho acerca de los últimos.
3. El legitimado por merced del Soberano no puede concurrir con los hijos legítimos á la herencia paterna ó materna.
4. Derechos hereditarios del hijo natural. Cuando el padre le deja el quinto para alimentos, y hace además algunos legados, se deducirán estos de dicho quinto, si alcanza para todo; pero si no, se deducirán solamente los gastos del funeral, y no valdrán los legados.
5. Diferencia que hay entre el padre y la madre respecto á la sucesion hereditaria del hijo natural.
6. No solo puede el padre dejar á sus hijos naturales todos sus bienes, á falta de legítimos, sino tambien el abuelo paterno á sus nietos naturales.
7. Lo dicho en los párrafos anteriores sobre la sucesion de los hijos naturales á su padre y ascendientes paternos, tiene lugar en estos respecto de aquellos.
8. Observaciones acerca de los otros hijos ilegítimos llamados espurios.
9. El hijo de adúltera cuando esta incurre por el adulterio en pena de muerte natural, no puede suceder á la madre por testamento ó abintestato.
10. El hijo de hombre casado y muger libre puede suceder á su madre por testamento y abintestato, aunque esta tenga ascendientes legítimos.
11. Los incestuosos pueden heredar á sus madres á falta de legítimos por las razones que allí se expresan.
- 12 y 13. Nada pueden heredar de sus padres los hijos de clérigo, fraile ó monja profesa.
14. Si el clérigo dejare á su nieto existente en poder de su padre espurio el usufructo de sus bienes, no se anulará la institucion, antes bien percibirá dicho nieto el usufructo.

1. **H**asta ahora se ha tratado de la division de la herencia del que murió testado entre sus descendientes legítimos. Como