

CAPITULO VIGESIMOCUARTO.

De los bienes que deben reservar el viudo ó la viuda á los hijos del primer matrimonio.

- §. 1. 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.
2. Tambien se reservan á los hijos los bienes que la madre haya heredado de alguno de ellos abintestato.
3. La obligacion de reservar los bienes indicados se extiende á cuantas veces se case, segun los respectivos hijos que tenga en cada matrimonio.
4. Dicha obligacion se amplia á los bienes dados á la viuda por parientes de su marido ó bien por extraños por consideracion á este.
5. La reservacion es pena impuesta al marido, lo mismo que á la muger, por su facilidad en contraer nuevo matrimonio.
6. Esta pena subsiste aun cuando hayan muerto los hijos del primer matrimonio, con tal que hayan dejado sucesion.
7. Los bienes reservables son únicamente aquellos que proceden de la linea del cónyuge difunto.
8. La viuda que se casa está obligada á afianzar los bienes muebles y raices para continuar en la tutela.
9. El viudo en su caso debe so-
- lo afianzar los bienes muebles.
10. Cuando no alcancen los bienes para satisfacer á los hijos del primer matrimonio y á la dote de la segunda muger, ¿que se hará?
11. Resolucion del caso antecedente.
12. 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.
13. Hay varias excepciones de la regla general de reservacion. Excepcion primera. Cuando el hijo heredó de algun pariente ó extraño.
14. Excepcion segunda. Cuando por testamento dejó el hijo algun legado á su madre.
15. Excepcion tercera. Cuando la donacion del marido no fue lucrativa sino remuneratoria.
16. Excepcion cuarta y quinta. Cuando obtuvo licencia del Soberano para contraer de nuevo, ó quedó viuda antes de cumplir veinte y cinco años.
17. Excepcion sexta. Cuando el marido le dió expresa licencia para volverse á casar.

18. Excepcion séptima. Cuando se la dieron ó consintieron sus hijos, siendo mayores de veinte y cinco años.
19. Primer caso de los varios comprendidos en la séptima excepcion.
20. Segundo caso.
21. Tercer caso.
22. Cuarto caso.
23. Quinto caso.
24. Sexto caso.
25. Siempre que segun la anterior doctrina no está la viuda obligada á la reservacion, hace suyos los indicados bienes.
26. Lo mismo sucede si no tuvo hijos ni descendientes.
27. En caso de reservacion esta no se extiende al usufructo de los bienes reservables.
28. Caso en que se corrobora esta doctrina.
29. De los bienes gananciales no hay reservacion.
30. Se resuelve un caso dudoso sobre la materia de reservacion.
31. La enagenacion de los bienes reservables es válida durante la vida del que la hizo.
32. Diferencia que hay en esto entre el viudo y la viuda.
33. Por las segundas nupcias no se pierde el usufructo que haya dejado de sus bienes el cónyuge del difunto al vivo, y así no estan sujetos á reservacion.

1. **L**a 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 varon ⁽¹⁾: 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.

¹ Leyes 25. tit. 13. Part. 5. y 1. tit. 2. lib. 3 del Fuero Real.

3 La obligacion de reservar no solo procede la primera vez 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 titulo gracioso hubo de su respectivo padre.

4. Se amplía 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 proviniera (1), 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 contrario (2): 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 titulo 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 viudos (3).

6. Las penas impuestas á los padres que teniendo hijos se casan más 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 debía 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 disposicion (4).

7. Los bienes que los ascendientes deben reservar á sus descendientes legitimos no son todos los que estos hubieron de

1 Gom. en la ley 5 de Toro, num. 7. vers. *Sed his non obstantib.*

2 Morquech. lib. 1. cap. 12. num. 9. Rip. in leg. *Feminae*, num. 55. y allí Alveric. cerca del fin. Roman. cons. 405.

3 Ley 7. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

4 Rip. in dict. leg. *Feminae*, num. 8.

Cast. en la 15 de Toro, y Tello Fernandez en ella, y en la 6. num. 20. Cast. de usufruct. cap. 2. num. 12. Guerreir. de divis. lib. 2. cap. 14. num. 59. Parlad. differ. 121. §. 2. num. 2. vers. *Quin et de avo.* Matienz. en dicha ley 3. y glos. 2. num. fin.

cualquier parte y por cualquier titulo, sino solamente los de aquella linea y persona á quien por haberse casado hicieron la injuria; v. gr. si la abuela hubo algo de su primer marido, ya sea por habérselo 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 titulo, parte, linea, medio ú 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 reserve (1); por lo que si el hijo que murió intestado despues de su padre heredare á un hermano de este, que es su tio, no estará obligada su madre á reservar á los demas sus hijos, hermanos enteros del muerto, la herencia que su tio consanguíneo le dejó, porque no le vino por la linea ni persona de su padre, el cual por haber muerto antes que su hermano nunca tuvo derecho á ella, sino por su tio que es linea 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 tio hubiera muerto antes, y su herencia recaido 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 nadie (2).

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 testamentarios (3); 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 abintestato (4).

9 No procede lo expuesto para con el padre, pues sin em-

1 Parlad. differ. 121. §. 2. num. 4 y 5. Greg. Lop. en la ley 26. tit. 13. Part. 4. glos.

4. Matienz. en la 3. 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 Rip. ibi. quest. 3. Parlad. different. 121. §. 1. num. 9.

3 Greg. Lop. en la ley 9. tit. 16. Part. 6. glos. 5.

4 Ley 5. tit. 16. Part. 6. et ibi glos. 2. Véase á Parlad. differ. 121. §. 2. deciarat. 8, y asimismo á Greg. Lop. y Matienz. que son de mi dictamen.

bargo de que se case muchas veces no pierde la administracion ni usufructo de los bienes libres y vinculados de sus hijos mientras 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 sí solo por lo concerniente á los muebles, respecto de los cuales es igual á la viuda (1). 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 particion (2).

10. Todo lo dicho tiene lugar cuando al fallecimiento del cónyuge supervivente 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: ¿quien 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 si-

1 Acerv. en la ley 4. tit. 4. lib. 5. num. 49. Cast. de usuf. cap. 8. num. 92.

2 Cast. de usuf. cap. 3. num. 92.

no hereditaria provenida de la muerte abintestato de sus hermanos, de quien es heredero; pues en el instante que ellos ó su padre, como su legitimo administrador, se apodera de los bienes de su difunta madre, se hacen estos patrimonio suyo, y cesa la accion y privilegio de dote, por no trasmitirse este al heredero de su hijo ni á otros, ni revivir despues que espiró, y solo será dotal cuando él ó su descendiente legitimo por no hallarse reintegrado de su legitima materna ó abolenga la pretende. Lo segundo, porque para repetir los bienes referidos le concede la ley únicamente tácita hipoteca sin privilegio de prelacion contra los de su padre; y aunque es primero en tiempo á la de la dote segunda, como la de esta tiene el de antelacion segun derecho (1) á todas las tácitas anteriores que carecen de él, debe serlo tambien por su dote la muger 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 reservacion á que le obligan las leyes citadas en los numeros precedentes, no es otra cosa que una pena que le imponen porque vuelve á casarse, pues se presume que amará mas á la muger 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 mas cercano, y viene á ser lo mismo que si murieran despues que su padre sin testamento, ni tener mas bienes que los maternos, por lo que se queda en la clase de acreedor hipotecario legal sin otro privilegio ni antelacion 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 ficcion y sofisteria, pues no puede haber inmediatecion donde hay fisica interposicion 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 mas de no estarlo y deberse entender la legal disposicion segun suena, se ve que á la dote se conceden expresamente dos privilegios, uno de tácita hipoteca, y otro de prelacion; 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 concederia igualmente, como se prueba del hecho mismo de

1 Ley 33. tit. 13. Part. 5.

no estar obligado el padre á reservar los que el hijo adquirió por otro título lucrativo, y de que cuando la madre hace la reservacion, no procede la accion del hijo por razon de dote, porque los del padre no gozan del privilegio dotal, por no ser dotales sino por accion penal, y de reivindicacion de bienes propios poseidos por un tercero con cargo de restitucion y prohibicion 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 muger 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 posesion, propiedad y usufructo (1); y aunque algunos afirman que solo tiene obligacion 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, segun se prueba de su contexto: *si el marido ó la muger muriere, el lecho que habian cotidiano finque al vivo: é si se casare, tórnenlo á particion con los herederos del muerto*. Sobre lo cual véase el tratado de particiones. La propia obligacion tiene el marido en caso de volverse á casar; por lo que si al tiempo de hacerse la particion estan casados otra vez (ya sea dentro ó fuera del año de la viudedad, pues la ley no distingue), no se les debe abonar; y asi 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 conclusion sentada en los primeros párrafos de este capitulo, que no padezca sus limitaciones, por lo que la obligacion de hacer la reservacion 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

1 Ley 4. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real. quest. 93, 94 y 95. Mentalv. en ella. Gutierr. lib. 2. Pract.

testador, heredó algo de sus abuelos ó de algun pariente ó extraño, ó se lo donaron, vendieron ó permutaron, ó la adquirió con su industria, ó recayó en él por otro título que no sea de sucesion de su ascendiente; porque de esto no habla ni se comprende en la disposicion legal; y asi lo hacen suyo absolutamente sus padres (1): aunque en cuanto á lo de los abuelos hay quien sienta lo contrario (2).

14. El segundo, cuando el hijo muere testado, pues tampoco está obligada la madre á reservar lo que en su testamento la dejó con título de institucion ó legado; porque entonces sucede principalmente mediante su expresa voluntad; como si fuera extraño; y asi 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 legal (3). 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 ella por su mera voluntad, como en la tercera, sino por disposicion de la ley; y asi me parece que estarán sujetos á la reservacion.

15. El tercero, cuando su marido la dió algo en premio de su virginidad, nobleza, juventud &c.: porque esta donacion no es lucrativa, sino remuneratoria; y asi se aplicará y será comunicable á todos sus hijos (4). 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 asi 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 mo-

1 Gom. en la ley 15 de Toro, num. 2. vers. *Dubium tamen*. Matienz. en la ley 3. glos. 2. tit. 1. lib. 5. num. fin.

2 Parlad. different. 421. cit. §. 2. num. 5. al 7.

3 Matienz. en la 3. 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. *Famina*, num. 44. Cod. de secund. nupt. quest. 17. Pal. Rub. de donat. inter. vir. et uxor. §. 50. num. 35. Covarr. de matrimon. part. 2. cap. 2. num. 2 y 3. Guerreir. de divis. lib. 2. cap. 14. num. 69 al 87.

tivos realmente constitutivos de la remuneracion legitima y verdadera (1).

16. El cuarto, cuando precedió y obtuvo licencia del Soberano 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 derecho (2). El quinto, cuando quedó viuda, siendo menor de veinte y cinco 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 autores (3). 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 asi 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 pena (4), y respecto saberlo y consentirlo, no se le hace injuria (5). 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 asi 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 veinte y cinco años la concedieron licencia y consintieron su casamiento; pues como establecida á su favor esta pena, se la pueden remitir tambien (6). Pero para la mas clara y perceptible inteligencia de este caso, saber como se entiende y ha de ser esta licencia, y cuando 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 pier-

1 Ley 7 al fin. tit. 11. Part. 4. Gutierr. num. 81 al 83 del lugar citado.

2 Ley fin tit. 12. Part. 4.

3 Cifuent. en la ley 15 de Toro. Jason en la Minoribus al fin. ff. de his quibus ut indignis. Boer. decis. 185. Gom. en dicha ley 15. num. 6.

4 Matienz. en la ley 3. tit. 1. lib. 5. glos. 2. num. 5.

5 Regla 25. tit. 34. Part. 7.

6 Gom. dicho num. 6. vers. Et idem etiam. est. Castill. de usufruct. cap. 2. num. 93.

de, antes bien retiene y adquiere para si 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 estos (1).

20. El segundo es cuando los hijos tambien mayores consienten 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 exime y liberte de la obligacion de reservacion, que á no intervenir tendria (2). 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 (3).

21. El tercero, cuando los hijos aunque fuesen mayores, y estuviesen presentes, callaron, y ningun acto ni gestion 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 reservacion (4); 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 (5). Sin que los hijos necesiten hacer protesta para dejarlo ileso (6); porque si esta fuese necesaria, y su silencio y asistencia los perjudicasen, jamas se verificaria tener lugar la pena de reservacion (7).

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 tá-

1 Angul. cons. 396. col. 4. num. 4. vers. Hæc autem regula. Decio cons. 209. num.

2 Menoch. cons. 237. num. 6 al 18. lib. 3.

3 Menoch. ibi, num. 16. y sig. y otros que cita.

4 Gaill. lib. 2. Observat. pract. observat. 98. num. 22. Menoch. dicho cons. 237. num. 22 al 24.

5 Menoch. lib. 3. præsumpt. 29. num. 90.

6 Parisiens. in Anotat. ad Dec. cons. 205. verb. Volente. Rip. in leg. Si unquam, Cod. de revocand. donation. quest. 42. num. 108 al fin.

7 Bæz. de non meliorand. filiab. cap. 20. num. 59.

8 Bæz. dicho cap. 10. num. 88. Parisiens. loco citat. Boer. decis. 185. num. 23. Fulgos. cons. 73.

citamente, 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 (1), y aun mejor se da á entender por aquellos que por estas: los hechos manifiestan el efecto; y las palabras suelen proferirse á veces contra la voluntad del que las dice (2). 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 (3).

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 (4). Lo cual se entiende no solo cuando la ratificacion es expresa, sino cuando es tácita, y. 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 (5); pues si la ratificacion 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 (6). Previendo que si los hijos no se quejan en vida del tránsito de su madre á segundas nupcias, sabiéndolo, y sin quejarse fallecen, no trasferen á sus herederos este derecho que tenia adquirido, antes bien por su silencio es visto habérselo condonado y remitido, cuya queja basta que sea extrajudicial (7).

24. Y el sexto, cuando los hijos no estuvieron presentes á la celebracion del matrimonio segundo, de suerte que no pudieron consentirlo tácita ni expresamente; pero si luego llegó á su noti-

1 Tiraquel de jur. constitut. part. 3. limit. 30. num. 12. Cravet. cons. 159. num. 5. Menoch. cons. 110. num. 1. y cons. 121. num. 90. lib. 2.

2 Menoch. cons. 5. num. 16. lib. 1. Socin. Junior. cons. 38. num. 13. lib. 1.

3 Clementin. 1. 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.

4 Angel. cons. 96. Anton. Gabriel, lib. 3. Commun. opinion. tit. de secund. nupt. conclus. 1. num. 36. Baez. dicho cap. 10.

5 Roland. cons. 92. num. 20 y sig. lib. 1. y cons. 81. num. 13. lib. 3. Decio cons. 295. num. 5 al 7. Parisiens. cons. 29. ex num. 82. lib. 3. Bursat. cons. 12. num. 42. lib. 1. Surd. cons. 91. num. 21 y 22. lib. 1.

6 Menoch. cons. 507. num. 15. lib. 6. Abb. cons. 116. in 2. part. Bursat. cons. 40. num. 18. y cons. 118. num. 14. lib. 1.

7 Rip. in dict. leg. Famina, quest. 14 y 16. vers. Facit quod. Anton. Gabriel, in tit. de secund. nupt. conclus. 1. num. 23.

Guerreir. de division. dicho lib. 2. y cap. 14. num. 60 y 61.

cia, y remitieron á su madre la injuria, ó renunciaron expresamente su derecho, es indudable que por la renunciacion se perjudicaron, y que la madre adquirió la propiedad de los bienes reservables. Y lo propio milita si la ratificacion es tácita é intervinieron los actos, conjeturas ó signos por los cuales se induce, como queda expuesto en el precedente caso, pues faltando estos 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 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 sustancia 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

1 Castill. de usufruct. cap. 2. num. 410

2 Covarr. in Epit. success. num. 9 y 10.

Morqueb. dicho cap. 12. num. 8 Guerreir. dicho cap. 14. num. 55 al 58. lib. 2.

precepto á los frutos, porque estos nunca fueron ni pudieron ser de este sino de la reservante, como ganancia adquirida despues de su muerte (1).

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 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 (2).

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 asi 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 6. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. (3).

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 sino 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 (4).

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 usu-

1 Castill. ibi, num. 37. Merlin. *de legit.* lib. 4 tit. 2. quæst. 1 hasta la 4. Guérreir. ibi, num. fin. Parlad. §. 2. num. 16. differ. cit.

2 *De usufruct.* dicho cap. 2. num. 50 al 55.

3 Gom. en la 14 de Toro, num. 3. vers. *Ex quibus videbatur.* Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 95. num. 12 y 14. Matienz. en la 6. tit. 9. lib. 5. glos. 2. num. 1.

4 Castill. *de usufruct.* dicho cap. 2. num. 60 al 69.

fructuario, que enagena 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 asi 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 lo enagena antes de casarse, y luego se casa, sin embargo de que parezca hecha en tiempo habil su enagenacion, puede reivindicarlos de los que los posean, sin necesidad de hacer ejecucion en los maternos (1).

32. Aunque subsistiendo viudo el padre es igual á la madre en el privilegio, no obstante, casándose, si enagena algunos bienes de los hijos de su anterior matrimonio, ya sea antes ó despues de casado, no pueden estos reivindicarlos del tercero poseedor mientras viva su padre, ni tampoco despues, si aceptan su herencia, sin hacer previa excusion en los paternos, pues como herederos universales estan obligados á observar los contratos celebrados por su causante, y asi no solo en lo que les falte para completar el valor de los bienes reservables, podrán repetir contra su poseedor; pero si la renuncian, no necesitan hacer la excusion para intentar su repeticion (2).

33. Por pasar á segundas nupcias no pierde la muger el usufructo que el marido la dejó de sus bienes simplemente, y sin condicion de conservar viudedad, ó con la de que lo gozare mientras viviese. Y lo propio milita para con el marido si su muger lo deja por usufructuario. Ni tampoco si se lo lega con la condicion de *si viviere casta y honestamente*, sin añadir *si permaneciere en su viudedad*, pues por casarse no se debe decir que vive deshonestamente (3).

1 Gom. en la 15 de Toro, num. 5. vers. *Dubium tamen est, y vers. Item adde.*

2 Ley 24 tit. 13. Part. 5. et ibi glos. num. 127. hasta el fin. Gom. en la ley 15 9. 10 y 11. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 8. num. 5. Pinael. in leg. 1. Cod. *de bonis ma-*

tern. part. 3. num. 21.

3 Castill. *de usufruct.* dicho cap. 2. num. 127. hasta el fin. Gom. en la ley 15 de Toro, num. 9.

lego el juez porque lo es compa-