

4. El tercero es que si el padre ú otro ascendiente no instituy6 con cierta ciencia, ó injustamente deshereda á algun descendiente 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 fué 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 entónces 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 ántes 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 ménos 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 restituir-

la al sustituto, reteniendo para sí la cuarta trebeliánica, y entónces 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 citados¹, pues para la del escribano me parece suficiente lo expuesto.

¹ Gom. en la 3. de Toro n. 75. al 88. Ant. Thesaur. decis. 141. Ferrar. Biblioth. verb. Testam. art. 4. n. 20. y sig. Mat. en la

ley 2. tit. 4. lib. 5. R. gl. 1. n. 9. Parlad. differ. 248. n. 7 y sig.

CAPITULO XXIV.

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

- | | |
|---|---|
| <p>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.</p> <p>2 Tambien se reservan á los hijos los bienes que la madre haya heredado de alguno de ellos abintestato.</p> <p>3 La obligacion de reservar los bienes indicados, se extiende á cuantas veces se case, segun los respectivos hijos que tenga en cada matrimonio.</p> <p>4 Dicha obligacion se amplía á los bienes dados á la viuda por parientes de su marido ó bien por extraños por consideracion á este.</p> <p>5 La reservacion es pena impuesta al marido, lo mismo que á la muger, por su facilidad en contraer nuevo matrimonio.</p> <p>6 Esta pena subsiste aun cuando hayan muerto los hijos del primer matrimonio, con tal que hayan dejado sucesion.</p> <p>7 Los bienes reservables son únicamente aquellos que proceden de la línea del cónyuge difunto.</p> <p>8 La viuda que se case está obligada á afianzar los bienes muebles y raices para continuar en la tutela.</p> <p>9 El viudo en su caso debe solo afianzar los bienes muebles.</p> | <p>10 Cuando no alcancen los bienes para satisfacer á los hijos del primer matrimonio y á la dote de la segunda muger, ¿qué se hará?</p> <p>11 Resolucion del caso antecedente.</p> <p>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.</p> <p>13 Hay varias excepciones de la regla general de preservacion. Excepcion primera. Cuando el hijo heredó de algun pariente ó extraño.</p> <p>14 Excepcion segunda. Cuando por testamento dejó el hijo algun legado á su madre.</p> <p>15 Excepcion tercera. Cuando la donacion del marido no fué lucrativa sino remuneratoria.</p> <p>16 Excepcion cuarta y quinta. Cuando obtuvo licencia del soberano para contraer de nuevo, ó quedó viuda ántes de cumplir veinte y cinco años.</p> <p>17 Excepcion sexta. Cuando el marido le dió expresa licencia para volverse á casar.</p> <p>18 Excepcion séptima. Cuando se la dieron ó consintieron sus hijos, siendo mayores de veinte y cin-</p> |
|---|---|

- co 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 usufruto 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 usufruto que haya dejado de sus bienes el cónyuge del difunto al vivo, y así no están sujetos á reservacion.
- 34* La ley que permite á un cónyuge casarse en cualquier tiempo despues de la muerte del otro, sin incurrir en pena alguna, no derogó las establecidas en favor de los hijos del anterior matrimonio.*

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, ántes bien sus bienes propios sirven de fianza ó hipoteca del importe de aquellos, debiendo prestar caucion suficiente, y administrarlos á arbitrio de buen varon¹: pues en el hecho de casarse pierde la propiedad, y solo conserva el usufruto 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 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 amplía igualmente la referida obligacion á lo que los parientes de sus maridos ó otros extraños la dieron por mera contem-

1 LL. 3. tit. 12. part. 4., 26. tit. 13. part. 5, y 1. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real.

placion de ellos como causa inmediata. Lo mismo procede en caso de dudarse si la donacion fué 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 proviniera¹, 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 contrario²; 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 viudos³.

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 disposicion⁴.

7. Los bienes que los ascendientes deben reservar á sus descendientes legítimos no son todos los que estos hubieron de cualquier parte y por cualquier título, 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 título, parte, linea, medio ó persona que no sea de su ascendiente, pues de ello se constituye dueña su madre,

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

2 Morquech. lib. 1. cap. 12. n. 9. Rib. in leg. *Foeminae*. n. 55. y allí Alveric cerca del fin. Roman. cons. 405.

3 L. 4. tit. 1. lib. R., ó 7. tit. 4. lib. 10. N.

4 Rip. in dict. leg. *Foeminae*, n. 8. Castell.

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

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: 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 ántes 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 seria al contrario si el tío hubiera muerto ántes, 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 embargo de que se case muchas veces, no pierde la administracion ni usufruto de los bienes libres y vinculados de sus hijos miéntras existen en su poder, ántes 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 ⁵. 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 ⁶.

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

1 Parlad. differ. 121 § 2. ns. 4 y 5. Greg. Lop. en la ley 26 tit. 13. part. 4. gl. 4. Matienzo en la 3. tit. 1. lib. 5. gl. 2. n. fin. Aceved. en la 4. dicho tit. y lib. n. 53. y en la 6. tit. 9. dicho lib. 2.
2 Rip. ibi q. 3. Parlad. differ. 121. § 1. n. 9.
3 Greg. Lop. en la ley 9. tit. 16. part. 6. gl. 5.

4 L. 5. tit. 16. part. 6. et ibi gl. 2. Vease á Parlad. differ. 121. § 2. declarat. 8. y asimismo á Greg. Lop. y Matienzo que son de mi dictámen.
5 Acev. en la ley 4. tit. 1. lib. 5. n. 49. Castill. *De usufruct.* cap. 8. n. 92.
6 Castill. *De usufruct.* cap. 3. n. 92.

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 legítima 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 legítima 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 legítimos; 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 legítimo 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 transmitirse este al heredero de su hijo ni á otros, ni revivir despues que espiró, y solo será dotal cuando él ó su descendiente legítimo por no hallarse reintegrado de su legítima 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 primera 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 números precedentes, no es otra cosa que una pena que le imponen porque vuelva á casarse, pues se presume que amará mas á la muger segunda y á sus hijos, y

1 L. 33. tit. 13. part. 5.

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 atelacion 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 sofistería, pues no puede haber inmediacion 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 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 de privilegio dotal, por no ser dotales, sino por accion penal, y de reivindicacion de bienes propios poseidos por un tercero con cargo de restitution y prohibicion de enagenarlos. Mas lo referido se limita, si los bienes reservables existen, pues entónces 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 usufrutuuario 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 usufruto¹: y aunque algunos afirman que solo tiene obligacion de reservárselo, y ha de gozar de su usufruto durante su vida, no me conformo con su dictámen, 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

1 L. 4. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real. Mentalvo en ella. Gutier. lib. 2. Pract. q. 93, 94 y 95.

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; 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 conclusion sentada en los primeros párrafos de este capítulo, 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 testador, heredó algo de sus abuelos, ó de algun pariente ó extraño, ó se lo donaron, vendieron ó permutaron, ó lo 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 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 la dejó con título de institucion ó legado; porque entónces 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 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 así se aplicará y será comunicable á todos sus hijos⁴. Pero esto se entiende cuando real y verdaderamente hay

1 Gom. en la ley 15. de Toro n. 2. vers. Dubium tamen. Matienzo en la ley 3. gl.

2 tit. 1. lib. 5. n. fin.

3 Parlad. differ. 121. cit. § 2. n. 5. al 7.

4 Matienzo en la 3. tit. 1. lib. 5. R. gl. 2.

ns. 15 y 16. et ibi Acev. n. 4. al fin. Gom. dicho n. 2. al principio.

4 Rip. in leg. Foemnae n. 44. Cod. De secund. nupt. q. 17. Pal. Rub. De donat. inter vir. et uxor. § 50. n. 35. Covar. De ma-