

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 remuneración le hizo la donacion, y no en otros términos; y así aunque hoy se estila pretextar indistintamente en todos los contratos nupciales la virginidad, nobleza y otras prendas de la novia para ofrecerla arras el novio, sin embargo de que ninguna desigualdad haya entre los dos, no se eximirá de hacer la reservacion en caso de no verificarse, por no ser propiamente donacion cual se requiere para llamarse remuneratoria, á causa de faltar los motivos realmente constitutivos de la remuneracion legitima y verdadera <sup>1</sup>.

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 <sup>2</sup>. 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 <sup>3</sup>. Bien que acerca de esto hay sus dificultades, porque las leyes hablan generalmente, y no distinguen de menor ni mayor, ni le conceden expresamente este privilegio, y así será por equidad y no de justicia.

17 El sexto, cuando su difunto marido le concedió licencia expresa para volverse á casar, pues puede remitirle la pena <sup>4</sup>; y respecto saberlo y consentirlo, no se le hace injuria <sup>5</sup>. Y lo mismo procede si al tiempo de hacerle la donacion, expresa que en ningún caso quiere quede obligada á reservarla ni su importe, sino que la haga suya como si fuera patrimonio; porque siempre que hay bienes unidos con pleno derecho al patrimonio de alguno, se confunden y pierden el nombre de quien fueron, y así no se debe hacer distincion ni separacion de ellos sino en los casos legalmente expresos.

18 Y el séptimo, cuando los mismos hijos siendo mayores de veinte y cinco años le concedieron licencia y consintieron su casamiento; pues como establecida á su favor esta pena, se la pueden remitir tambien <sup>6</sup>. Pero para la mas clara y perceptible inteligencia de este caso, saber como se entiende y ha de ser esta licencia, y

trim. part. 3. cap. 2. ns. 2 y 3. Guerreir. De divis. lib. 2. cap. 14. n. 69. al 87.  
 1 L. 7. al fin. tit. 11. part. 4. Guerreir. n. 81 al 83. del lug. cit.  
 2 L. 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. n. 6.  
 4 Matienzo en la ley 3. tit. 1. lib. 5. gl. 2. n. 5.  
 5 Regla 25. tit. 34. part. 7.  
 6 Gom. dicho n. 6. vers. Et idem etiam est. Castill. De usufruct. cap. 2. n. 93.

cuándo por su concesion se perjudican ó no los hijos, es indispensable hacer distincion de los que pueden ocurrir.

19 El primer caso es cuando los hijos mayores de edad consienten que su madre pase á segundas nupcias, y le remiten y perdonan expresamente toda la injuria que en ello les hace, ó todo su derecho. En cuyo caso es incuestionable que nada pierde, ántes bien retiene y adquiere para sí en propiedad y usufruto 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 <sup>1</sup>.

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 exima y liberte de la obligacion de reservacion, que á no intervenir tendria <sup>2</sup>. 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 <sup>3</sup>.

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

22. El cuarto, cuando los hijos mayores presenciaron el matrimonio segundo, y aunque no lo consintieron expresamente ni renunciaron su derecho, però intervino con su presencia algun acto

1 Angul. cons. 396. col. 4. n. 4. vers. Haec autem regula. Decio cons. 209. n. 7. Menoch. cons. 237. n. 16 al 18. lib. 3.  
 2 Menoch. ibi. n. 16. y sig. y otros que cita.  
 3 Gaill. lib. 2. Observat. pract. observat. 98. n. 22. Menoch. dicho cons. 237. n. 22 al 24.  
 4 Menoch. lib. 3. praesumpt. 29. n. 90.

5 Parisiens. in Anotat. ad Dec. cons. 205. verb. Volente. Rip. in leg. Si unquam. Cod. De revocand. donation. q. 42. n. 108. al fin.  
 6 Baez. De non meliorand. filiab. cap. 20. n. 59.  
 7 Baez. dicho cap. 10. n. 88. Parisiens loco citat. Boer. decis. 185. n. 23. Fulgos. cons. 73.

positivo exterior de su parte, por el cual manifestaron su voluntad y consentimiento; en cuyo caso es visto consentir tácitamente, y así se perjudican por haber practicado acto por el cual se arguye su voluntad, porque no era regular lo hiciesen á no haber prestado su consentimiento interior, pues la voluntad se declara por los hechos igualmente que por las palabras<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup>. 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 entre los conjuntos<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup>. Lo cual se entiende no solo cuando la ratificacion es expresa, sino cuando es tácita, v. gr. cuando en su vida no se quejan de las segundas nupcias: ó habitan familiarmente con su madre, ó la aman y á su padrastro: ó en vida ó muerte les donan algo: ó por otras conjeturas se infiere su asenso<sup>5</sup>; 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<sup>6</sup>. Previendo que si los hijos no se quejan en vida del tránsito de su madre á segundas nupcias, sabiéndolo, y sin quejarse fallecen, no trasfieren á sus herederos este derecho que tenian adquirido, ántes bien por su silencio es visto habérselo condonado y remitido, cuya queja basta que sea extrajudicial<sup>7</sup>.

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 noticia, y remitieron á su madre la injuria, ó renunciaron expresamente su

1 Tiraquel. *De jur. constitut.* part. 3. limit. 30. n. 12. Cravet cons. 159. n. 5. Menoch. cons. 110. n. 1. y cons. 121. n. 90. lib. 2.  
2 Menoch. cons. 5. n. 16. lib. 1. Socin. Junior. cons. 38. n. 13. lib. 1.  
3 Clementin. 1. *De procurat.* Abb. in cap. *Cum virum, in tertio notabili. De regul. jur.* Alciat. y Jason. in leg. *Cum proponas.* Cod. *De pact.* Boer. decis. 185. n. 20.  
4 Angel. cons. 96. Anton. Gabriel. lib. 3. *Commun. opinion.* tit. *Secund. nupt.* conclus. 1. n. 36. Baez dicho cap. 10. n. 96.  
6 Roland. cons. 92. n. 20. y sig. lib. 1. y

cons. 81. n. 13. lib. 3. Decio cons. 205. n. 5. al 7. Parisiens. cons. 29. ex n. 82. lib. 3. Bursat. cons. 12. n. 42. lib. 1. Burd. cons. 91. ns. 21 y 22. lib. 1.  
6 Menoch. cons. 507. n. 15. lib. 6. Abb. cons. 116. in 2. part. Bursat. cons. 40. n. 18. y cons. 118. n. 14. lib. 1.  
7 Rip. in dict. leg. *Foeminae* q. 14. y 16. vers. *Facit. quod.* Anton. Gabriel. in tit. *De secund. nupt.* conclus. 1. n. 23. Guerreir. *De divis.* dicho lib. 2. y cap. 14. ns. 60 y 61.

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<sup>1</sup>.

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<sup>2</sup>.

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

27. La obligacion impuesta á la madre de reservar á sus hijos la propiedad de los bienes que su marido la dona ó deja, no procede para con su usufruto, 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 precepto á los frutos, porque estos nunca fueron ni pudieron ser de este sino de la reservante, como ganancia adquirida despues de su muerte<sup>3</sup>.

28. Aunque la madre viuda herede á algun hijo que haya

1 Castell. *De usufruct.* cap. 2. n. 110 al 126. inclus.  
2 Covar. in *Epit. succes.* ns. 9 y 10. Morquech. dicho cap. 12. n. 8. Guerreir. dicho

cap. 14. n. 55 al 58. lib. 2.  
3 Castell. ibi n. 37. Merlin. *De legitim.* lib. 4. tit. 2. q. 1. hasta la 4. Guerreir. ibi n. fin. Parlad. § 2. n. 16. differ. cit.

muerto, y despues se case otro de los vivos, no pierde por eso ni debe restituírle el usufruto que desde que se volvió á casar percibió de los bienes de su difunto hijo, hermano de los otros, ántes 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<sup>1</sup>.

29 Nada de los bienes que padre y madre adquieren y multiplican miéntras estan casados, deben reservar á los hijos de sus anteriores matrimonios, ántes bien los hacen suyos plenamente por ser de industria y trabajo, que es título oneroso; y así aunque se casen muchas veces, pueden disponer de los que en cada matrimonio adquieren al modo que de los patrimoniales, como se prueba de la ley 14 de Toro, que es la 6. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.<sup>2</sup>.

30 Muriendo sin sucesion legítima 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<sup>3</sup>.

31. Si la madre enagena los bienes raíces 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 usufrutuário que enagena los que usufrutúa, ó el derecho de usufrutuarlos, pierde el usufruto, el cual se consolida con la propiedad y pasa al propietario. Pero no obstante, lo contrario es lo cierto: y así valdrá la enagenacion durante su vida, y se revocará despues de su muerte, porque puede suceder que los hijos mueran ántes que su padre, y que por consiguiente los herede, lo cual es especial en la madre en este caso, y no milita para con otro usufrutuário; bien que si los enagena ántes de casarse, y luego se casa, sin embargo de que parezca hecha en tiempo hábil su enagenacion, puede reivindicarlos

<sup>1</sup> De usufruct. dicho cap. 2. n. 50 al 55

<sup>2</sup> Gom. en la 14. de Toro n. 3. vers. Ex quibus videbatur. Gutier. lib. 2. Pract. q. 95. ns. 12 y 14. Matienzo en la 6. tit. 9.

lib. 5. gl. 2. n. 1.

<sup>3</sup> Castell. De usufruct. dicho cap. 2. n. 60 al 69.

de los que los posean, sin necesidad de hacer excusion en los maternos<sup>1</sup>.

32. Aunque subsistiendo viudo el padre es igual á la madre en el privilegio, no obstante, casándose si enagenare algunos bienes de los hijos de su anterior matrimonio, ya sea ántes ó despues de casado, no pueden estos reivindicarlos del tercero poseedor miéntras 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 así solo en los 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 repetición<sup>2</sup>.

33. Por pasar á segundas nupcias, no pierde la muger el usufruto que el marido la dejó de sus bienes simplemente, y sin condicion de conservar viudedad, ó con la de que lo gozara miéntras viviese. Y lo propio milita para con el marido si su muger lo deja por usufrutuário: 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.<sup>3</sup>

34. \*Pero dirá alguno, que supuesto que conforme al derecho canónico<sup>4</sup> y civil<sup>5</sup> puede la muger casarse en cualquier tiempo despues de la muerte del marido sin incurrir en pena alguna, cesarán ya todas las doctrinas de este capítulo relativas á la reservacion de bienes, establecida segun queda dicho, como pena de las segundas nupcias. Así pensó el Abad Panormitano<sup>6</sup>; sin embargo la comun de los autores<sup>7</sup> lleva la contraria, fundados en que la reservacion se introdujo en favor de los hijos del primer matrimonio, á los que de ningun modo tuvieron por objeto perjudicar las leyes que favorecen la libertad para contraer el segundo. Confirmase esto con la ley 4 tit. 1.º lib. 5 R. 6 7 tit. 4 lib. 10 N. posterior mas de un siglo á la citada ley 3.º \*

<sup>1</sup> Gom. en la ley 15 de Toro n. 5. vers.

*Dubium tamen est. y vers. Item adde.*

<sup>2</sup> L. 24. tit. 13. part. 5. et ibi gl. 9, 10 y

11. Covar. lib. 1. Var. cap. 8. n. 5. Pinel.

in leg. 1. Cod. De bonis matern. part. 3.

n. 21.

<sup>3</sup> Castell. De usufruct. dicho cap. 2. n. 127.

hasta el fin. Gom. en la ley 15 de Toro

n. 9.

<sup>4</sup> Caps. 4 y 5. De secund. nupt.

<sup>5</sup> L. 3. tit. 1. lib. 5. R. 6 4. tit. 2. lib. 10. N.

<sup>6</sup> En el citado capítulo 5.

<sup>7</sup> Cevallos com. cont. com. q. 742. Lopez en

la ley 3. tit. 12. part. 4. Acov. en la ci-

itada ley de la R.