

empleos de juez ó escribano, segun la ley 9, tit. 23, lib. 8, Nov. Rec., la cual deroga cuantas leyes, sentencias, estatutos, usos y costumbres sean contrarios á esta declaracion.

CAPITULO VII.

DE LA SUCESION DE LOS ASCENDIENTES LEGITIMOS Á LOS BIENES DE SUS DESCENDIENTES POR TESTAMENTO.

Por nuestras leyes los ascendientes son herederos forzosos de sus descendientes á falta de sucesion en todos sus bienes, á excepcion del tercio. — El órden que en esto se observará es el que se expresa en la referida herencia abintestato. — Comprende del mismo modo á los que esten bajo la patria potestad, que á los emancipados. — Las leyes de Partida que permitian á los hijos disponer del total de sus bienes castrenses estan derogadas. — De la ley 6 de Toro nacen dos dudas: primera, sobre consignacion del tercio. — Resolucion de ella. — Segunda, sobre si en el tercio podrá un hijo disponer de la propiedad y usufructo. — El hijo puede disponer de sus bienes cuando el padre entró y profesó en alguna religion, y en otros casos. — El pacto recíproco de heredarse celebrado entre marido y muger no es permitido al hijo en perjuicio de su padre. — No solo sucederán los ascendientes á los descendientes á falta de hijos, sino cuando estos son desheredados. — Pero esta sucesion no se extiende ó los mayorazgos ni al enfiteusis. — No sucederán los ascendientes que han hecho renuncia jurada, ó han dado licencia de testar de otro modo al descendiente, ó bien han consentido en la pretericion.

1. Como la patria potestad era perpetua y omnímota por derecho romano, se habla muy poco en él de la sucesion de los ascendientes, quienes mal podian heredar los bienes de que nunca dejaban de ser dueños. Unicamente cesaba la patria potestad por la emancipacion; pero aun en este caso se reservaban siempre los padres los derechos de patrono, uno de los cuales era la herencia muriendo sus hijos sin sucesion y abintestato. Nuestras leyes comprenden la segunda linea recta, que es la de los ascendientes legitimis (*), entre los herederos forzosos, imponiendo á

(*) La legitimidad de los ascendientes no se ha de entender de su propia persona, sino respecto de la de los descendientes á quienes han de heredar, y así nada importa que el padre sea natural ó espurio, si su hijo es legítimo, que es lo que

sus descendientes la obligacion de instituirlos por falta de sucesion¹ en todos sus bienes *adventicios y profecticios, castrenses y cuasicastrenses*, sin exceptuar los adquiridos por el hijo ordenado *in sacris* por razon de la iglesia², á excepcion del tercio de todos ellos, del cual pueden los descendientes disponer á su arbitrio así en vida como en última voluntad³.

2. Así á falta de descendientes legitimis y legitimados deberán aquellos instituir á sus ascendientes, observando el órden y reglas que se dirá hablando de esta herencia abintestato, pues son las que se observan por testamento.

3. Esta obligacion de los descendientes legitimis comprende del mismo modo á los que estan bajo la potestad de sus descendientes, que á los emancipados; y unos y otros pueden disponer de la tercera parte de sus bienes en favor de propios ó extraños, imponiendo en ella las condiciones honestas y posibles que juzguen conveniente, en los mismos términos en que el ascendiente en su caso dispuso del quinto.

4. Y aunque las leyes 6 y 7, tit. 17, Part. 4, permiten al hijo disponer en propiedad y usufructo de todos sus bienes castrenses y cuasicastrenses, estan derogadas por las siguientes palabras de dicha ley 6 de Toro: *en todos sus bienes de cualquier calidad que sean*; las cuales le obligan á disponer de solo el tercio de tales bienes, del propio modo que de los adventicios⁴: lo mismo entiendo de los donados por el Rey al descendiente, y de los adquiridos por razon de la iglesia⁵. Igual disposicion contienen las ordenanzas militares con respecto á los que gozan del fuero de guerra⁶.

5. De la referida ley nacen dos dudas. La primera versa sobre si los descendientes podrán consignar el tercio dejándolo á alguno de sus ascendientes ó á extraño. Antonio Gomez en la ley 29 de Toro, num. 4, dice: que si lo dejan á ascendiente, pueden; mas no, dejándolo á extraño: lo uno porque los ascendientes deben haber su legítima, que son las dos terceras partes de la herencia en todos los bienes hereditarios del difunto, y lo contrario seria imponerles gravámen; y lo otro porque dicha ley 6 no lo dice, ni otra alguna.

se requiere para que pueda heredarle, como lo prueba Tello en la ley 6 de Toro, num. 6.

¹ Ley 1, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec. — ² Ley 12, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec. — ³ Ley 6 de Toro. — ⁴ Avendañ. en dicha ley, glos. 7; Greg. Lop. en la 6, tit. 17, Part. 4. — ⁵ Morquech. *de dicis*. lib. 4, cap. 4, num. 18. — ⁶ Ordenanzas de 1768, art. 17, trat. 8, tit. 11.

6. Venerando como debo su dictámen, el mio es, que ya lo deje á ascendiente ó á extraño, puede consignarlo. Lo primero, porque la ley no lo prohíbe, y lo que no está prohibido se entiende permitido. Lo segundo, porque el ascendiente en este caso se reputa extraño, respecto á que se le deja el tercio, no como legitima que se le deba, sino como legado voluntario. Y si al último no puede consignarse, ¿por qué razon podrá ejecutarse con el primero, no habiendo ley alguna que lo disponga? Por consiguiente ó á entrambos ó á ninguno ha de poder hacerse la consignacion. Lo tercero, porque cuando versa identidad de razon, debe obrar la misma disposicion legal: es así que cuando el ascendiente deja el quinto á extraño, lo puede consignar, no obstante ser su descendiente heredero de prerogativas mas grandes, como dejo sentado: luego no solo con igual sino con superior razon puede consignar el tercio cuando lo deja á extraño, y debe militar por consiguiente la propia disposicion para uno que para otro.

7. La segunda duda es, si el hijo que está bajo la patria potestad podrá disponer del tercio de sus bienes en propiedad y usufructo, ó solamente en propiedad, y si este ha de quedar ó no reservado al padre mientras viva. Para comprender bien esta cuestion conviene advertir, que el hijo estando bajo la patria potestad no tiene dominio alguno sobre el usufructo de sus bienes, sino solo la propiedad de ellos. Así lo expresa la ley 5, tit. 17, Part. 4. Infiérese de esto, que aunque pueda disponer de la propiedad del tercio por donacion ó contrato entre vivos, no puede enagenar el usufructo en manera alguna; y no menos que ni aun por testamento puede hacerlo. Los jurisconsultos que opinan de este modo se fundan en la citada ley, que reserva al padre, durante su vida, el usufructo de los bienes del hijo, por lo cual no puede enagenarle sin licencia suya, de cuyo dictámen es Sigüenza¹. Los que opinan en favor de la libertad del hijo para enagenar en su testamento el usufructo, se apoyan en la ley 6 de Toro, de que va hecha mencion, añadiendo que por su muerte sale el hijo de la patria potestad, de donde deducen que no obrando sus efectos ningun testamento sino despues de muerto el testador, no tiene lugar la ley de Partida. Esta opinion es la mas justa y la que está en práctica, pues aun cuando no sea cierto que por la muerte se adquiere la exencion de la patria potestad ni ningun otro derecho, la ley 5 de Toro², posterior á la

¹ Sigüenz. de *clausulis*, lib. 2, cap. 1. — ² Ley 4, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec.

de Partida, hace al hijo *sui juris*, ó independiente, para que teniendo la edad de doce ó catorce años (segun fuere hembra ó varon) pueda hacer testamento, como si estuviese fuera de su poder; y como en ella no se hace distincion alguna entre propiedad y usufructo, parece conforme á razon, que este accesorio siga la condicion de lo principal.

8. Puede el hijo disponer tambien de sus bienes en propiedad y usufructo cuando su padre entró en religion y profesó; ó por ser dissipador se le quitó la administracion de los bienes de su hijo; ó si por delito que cometió es *deportado*, que se llama así al desterrado para siempre á las labores del Rey, v. gr. presidio, arsenales, minas, galeras, cárcel perpetua, ó cuando es *banido ó encartado*, que es el prófugo por delito, y porque no parece, se le emplaza por edictos, y en rebeldía es condenado, en cuyos casos espira el usufructo, y despues de extinguido no renace⁴.

9. Si el hijo casado y su muger hicieron pacto reciproco de que aquel que sobreviyese hubiera de suceder al muerto en todos sus bienes en caso de no dejar descendientes legitimos, ¿valdrá este pacto, y podrá en su virtud dejar de instituir á sus ascendientes? Dicen que sí varios autores⁵; pero no me adhiero á su dictámen: primero, porque siendo un honor el nombre de heredero es justo que los hijos le den á sus padres, y la desheredacion es siempre una especie de injuria; y segundo, porque dicho pacto se graduaria por el que las leyes romanas llaman *de invicem succedendo*, que por derecho está reprobado (*).

10. No solo sucederán los ascendientes á sus legitimos descendientes careciendo estos de hijos ú otros descendientes legitimos, sino aunque los tengan, si por causa legal probada los exheredan é instituyen á un extraño por su heredero, pues en este caso los ascendientes como preteridos pueden romper el testamento, quejándose de la pretericion, y pretendiendo se les declare por herederos y excluya al extraño instituido, lo cual conseguirán, y entrarán en la herencia; bien que la tercera parte de ella, que es de lo que dicha ley 6 de Toro les permite testar (como queda dicho en los dos primeros párrafos), será para el extraño, pues ya que su voluntad no puede valer en el todo, valdrá y se cumplirá en lo que por derecho ha lugar.

⁴ Morquech. de *divis.*, lib. 4, cap. 4, num. 50 al 40. — ⁵ Gut. de *juram. confirm.* part. 1, cap. 5, num. 27; Cast. in proem. leg. *Tauri*, num. 4 y 5.

(*) Puede haber ciertamente hermandad y comunicacion de bienes entre marido y muger en dos casos; pero su explicacion no es propia de este lugar.

11. Pero no sucederán los ascendientes en los bienes de mayorazgos ni en enfiteusis, porque estos no se defieren por derecho hereditario, sino de sangre, á menos que otra cosa esté dispuesta en su constitucion ¹. Y lo mismo se observa en los feudos, pues el padre y abuelo no suceden al hijo ó nieto que tiene feudo y muere sin hijos ².

12. Tampoco sucederán los ascendientes á sus descendientes cuando renunciaron con juramento la herencia y derecho hereditario que tenían á sus bienes ³. Ni cuando el hijo dispone de todos sus bienes á favor de otro cualquiera, y para ello precede licencia jurada de su padre. Ni cuando este consiente el testamento en que su hijo le omite ó pasa en silencio, y deja á otro por su heredero, ó dispone íntegramente de sus bienes por su alma, ó en otra cosa ⁴.

CAPITULO VIII.

DE LOS HEREDEROS EXTRAÑOS POR TESTAMENTO.

Division de esta materia. — Son herederos extraños los parientes por línea trasversal, y los que no tienen parentesco alguno con el testador. — Caso único en que los hermanos del testador pueden anular su testamento. — El testador que no tenga herederos forzosos puede instituir por tales á todos los que guste, sean ó no sus consanguíneos. — El testador puede distribuir su herencia en cuantas partes quisiere, é instituir sus herederos de tres modos. — Primero, cuando designa la porcion que ha de llevar cada uno. — Instituyendo el testador á uno en cosa señalada, y no disponiendo del resto de sus bienes, se supone habérselos dejado. — Si dividiendo la herencia en cuatro porciones, nombra herederos de las tres y no dispone de la cuarta, la partirán entre sí. — ¿Cómo se entenderán otras varias divisiones que haga el testador? — Decision de un caso de institucion ambigua. — Decision de otro caso igualmente dudoso. — La regla general es la interpretacion mas racional y probable de la voluntad del testador. — Instituyendo el

¹ Mat. en la ley 1, glos. 5, num. 11, y glos. 5, num. 2, tit. 8, lib. 5, Rec.; Greg. Lop. en la ley 7, verb. *Los que suben*, tit. 26, Part. 4, y en la 4, glos. 1, tit. 15, Part. 9. — ² Ley 7, tit. 26, Part. 4, et ibi glos. cit. — ³ Acev. en la ley 1, num. 65 al 69, tit. 8, lib. 5, Rec.; Gutierr. in cap. *Quamvis pactum, de pact.* in 6. — ⁴ Gutierr. y Acev. ubi supr.

testador por heredero á uno en la parte que tiene designada en otro documento, si no hubiese tal designacion, es nula la institucion; pero si se refiere á señalamiento futuro, es válida, aunque no la hubiere. — Los nombrados herederos en una finca sin otra disposicion, dividirán entre sí la herencia por igual, pero la finca segun dispuso el testador. — ¿Qué deberá hacerse cuando instituye á dos copulativamente en una cosa, y á un tercero en otra, sin mas institucion? — Segundo modo de instituir, que es señalando la parte de unos y las de otros. — Caso resuelto en esta especie de institucion. — Cuando el testador nombra heredero de todos sus bienes, y luego á otro en el resto de su hacienda, este no tendrá nada. — Tercer modo de instituir, que es sin señalar partes á ninguno. — ¿Cómo se entiende el lenguaje divisorio? — ¿Cuándo los herederos han de suceder simultánea ó sucesivamente, y por cabezas ó ramas (*in capita* ó *in stirpem*)? — Catorce casos en que se sucede por igual y simultáneamente. Primer caso. — Segundo y tercer caso. — Cuarto, quinto y sexto caso. — Séptimo caso. — Octavo caso. — Noveno caso. — Décimo y undécimo caso. — Duodécimo caso. — Décimotercio y décimocuarto caso. — Excepciones de la doctrina del párrafo 21. — Segunda excepcion de dicha doctrina. — Tercera excepcion. — Cuarta y quinta excepcion. — Sexta excepcion. — Séptima excepcion. — Octava excepcion. — Nona excepcion. — Siendo uno instituido por su nombre, y otros de un modo colectivo, aquel tomará la mitad, y estos repartirán lo restante. — Excepciones de esta doctrina. — Si alguno instituye genéricamente á sus hermanos, quedan excluidos los medios hermanos. — Pero si solo tiene un hermano entero, partirán la herencia todos. — Si instituye á alguno por su nombre, y con él á otros que no han nacido, heredarán á partes iguales. — Si es instituido un hermano y los hijos de otro, partirán todos la herencia con igualdad, como los haya nombrado uno por uno. — Si alguno instituye por herederos á sus hermanos, no por eso se han de entender instituidos los hijos de otro hermano muerto. — De los herederos usufructuarios. — De los herederos fideicomisarios. — Para que sea válida la institucion de los herederos extraños, han de carecer de impedimento legal en tres tiempos.

1. Como no todos los testadores tienen herederos legítimos ó forzosos, por cuyo defecto suelen repartir su hacienda entre sus parientes ú otros totalmente extraños, dividiré la materia de este párrafo en tres puntos: en el primero trataré de los que se llaman herederos extraños, y cuáles puede instituir el testador; en el segundo, de cuántas maneras puede hacer la institucion, y cómo se ha de dividir entre ellos su herencia; y en el tercero, cuándo le sucederán ó no igualmente y á un propio tiempo, ó por orden sucesivo.