

## CAPITULO SEPTIMO.

*De la sucesion de los ascendientes legitimos á los bienes de sus descendientes por testamento.*

1. Por nuestras leyes los ascendientes son herederos forzosos de sus descendientes á falta de sucesion en todos sus bienes, á excepcion del tercio.
2. El orden que en esto se observará es el que se expresa en la referida herencia abintestato.
3. Comprende del mismo modo á los que estan bajo la patria potestad, que á los emancipados.
4. Las leyes de Partida que permitian á los hijos disponer del total de sus bienes castrenses estan derogadas.
5. De la ley 6 de Toro nacen dos dudas: primera, sobre consignacion del tercio.
6. Resolucion de ella.
7. Segunda, sobre si en el tercio podrá un hijo disponer de la propiedad y usufructo.
8. El hijo puede disponer de sus bienes cuando el padre entró y profesó en alguna religion, y en otros casos.
9. El pacto reciproco de heredarse celebrado entre marido y muger no es permitido al hijo en perjuicio de su padre.
10. No solo sucederán los ascendientes á los descendientes á falta de hijos, sino cuando estos son desheredados.
11. Pero esta sucesion no se extiende á los mayorazgos ni al enfiteusi.
12. 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 omnimoda 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 legitimos (\*), entre los herederos forzosos, im-

\* 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 asi nada

poniendo á sus descendientes la obligacion de instituirlos por falta de sucesion (1) en todos sus bienes *adventicios y profecticios, castrenses y cuasicastrenses*, sin exceptuar los adquiridos por el hijo ordenado *in sacris* por razon de la iglesia (2), á excepcion del tercio de todos ellos, del cual pueden los descendientes disponer á su arbitrio asi en vida como en última voluntad (3).

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

3. Esta obligacion de los descendientes legitimos 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 dispone 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 adventicios (4): lo mismo entiendo de los donados por el Rey al descendiente, y de los adquiridos por razon de la iglesia (5). Igual disposicion contienen las ordenanzas militares con respecto á los que gozan del fuero de guerra (6).

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 legitima, que son las dos terceras partes de la herencia en todos los bienes hereditarios del difunto, y lo

importa que el padre sea natural ó espurio, si su hijo es legitimo, que es lo que 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 Avendaño, en dicho ley, glos. 7. Greg. Lop. en la 6. tit. 17. Part. 4.

5 Morquech. *de divis.* lib. 4. cap. 4. num. 18.

6 Ordenanzas de 1768, art. 17. trat. 8. tit. 11.

contrario seria imponerles gravamen; y lo otro porque dicha ley 6. no lo dice, ni otra alguna.

6. Venerando como debo su dictamen, 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 legítima que se le deba, sino como legado voluntario. Y si al último no puede consignarse, ¿por que 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 asi que cuando el ascendiente deja el quinto á extraño, lo puede consignar, no obstante ser su descendiente heredero de prerogativas mas grandes, como deyo 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. Asi 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 juriscultos 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 dictamen es Sigüenza (1). 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

1 Sigüenz. de clausulas. lib. 2. cap. 1.

cuando no sea cierto que por la muerte se adquiriera la exencion de la patria potestad ni ningun otro derecho, la ley 5 de Toro (1), posterior á la 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 disipador se le quitó la administracion de los bienes de su hijo; ó si por delito que cometió es *deportado*, que se llama asi al desterrado para siempre á las labores del Rey, v. gr. presidio, arsenales, minas, galeras, carcel 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 renace (2).

9. Si el hijo casado y su muger hicieron pacto reciproco de que aquel que sobreviviese hubiera de suceder al muerto en todos sus bienes en caso de no dejar descendientes legítimos, ¿valdrá este pacto, y podrá en su virtud dejar de instituir á sus ascendientes? Dicen que sí varios autores (3); pero no me adhiero á su dictamen: 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 legítimos descendientes careciendo estos de hijos ú otros descendientes legítimos, 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

1 Ley 4. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.  
2 Morquech de divis. lib. 4. cap. 4. num. 30 al 40.  
3 Gut. de juram. confirm. part. 1. cap. 3. 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.

(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 há lugar.

11. Pero no sucederán los ascendientes en los bienes de mayorazgos ni en enfiteusi, 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).

2. 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 integramente de sus bienes por su alma, ó en otra cosa (4).

1 Mat. en la ley 1. glos. 3. 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. 6.  
2 Ley 7. tit. 26. Part. 4. etibi 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.

## CAPITULO OCTAVO.

*De los herederos extraños por testamento*

- §. 1. Division de esta materia.
2. Son herederos extraños los parientes por linea transversal, y los que no tienen parentesco alguno con el testador.
3. Caso único en que los hermanos del testador pueden anular su testamento.
4. El testador que no tenga herederos forzosos puede instituir por tales a todos los que guste, sean ó no sus consanguíneos.
5. El testador puede distribuir su herencia en cuantas partes quisiere, é instituir sus herederos de tres modos.
6. Primero, cuando designa la porcion que ha de llevar cada uno.
7. Instituyendo el testador á uno en cosa señalada, y no disponiendo del resto de sus bienes, se supone haberse los dejado.
8. Si dividiendo la herencia en cuatro porciones, nombra herederos de las tres y no dispone de la cuarta, la partirán entre sí.
9. ¿Como se entenderán otras varias divisiones que haga el testador?
10. Decision de un caso de institucion ambigua.
11. Decision de otro caso igualmente dudoso.
12. La regla general es la interpretacion mas racional y probable de la voluntad del testador.
13. Instituyendo el 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.
14. Los nombrados herederos en una finca sin otra disposicion, divilirán entre sí la herencia por igual, pero la finca segun dispuso el testador.
15. ¿Que deberá hacerse cuando instituye á dos copulativamente en una cosa, y á un tercero en otra, sin mas institucion?
16. Segundo modo de instituir, que es señalando la parte de unos y de las de otros.
17. Caso resuelto en esta especie de institucion.
18. Cuando el testador nombra heredero de todos sus bienes, y luego á otro en el resto de su hacienda, este no tendrá nada.
19. Tercer modo de instituir, que es sin señalar partes á ninguno.
20. ¿Como se entiende el lenguaje divisorio?
21. ¿Cuando los herederos han de suceder simultánea ó sucesivamente, y por cabe-