

por beneficiarlos perjudicando á sus herederos legítimos¹: 2.^a que la ilegitimidad no inhabilita á los que la tienen para ejercer cualquiera oficio ó arte indistintamente, á excepcion de los 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.

¹ L. 3. tit. 14. part. 3.

CAPITULO VII.

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

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

1. Como la patria potestad era perpetua y omnímoda 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 legítimos (*),

(*) 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 im-

porta que el padre sea natural ó espurio, si su hijo es legítimo, que es lo que se requiere para que pueda heredarle, como lo prueba Tello en la ley 6 de Toro n. 6.

entre los herederos forzosos, imponiendo á 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 legítimos 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 legítimos 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 usufruto 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 soberano 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, n. 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^a no lo dice, ni otra alguna.

6. Venerando como debo su dictámen, el mio es, que ya lo dejo 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,

¹ L. 1. tit. 8. lib. 5. R., ó l. tit. 20. lib. 10. N.

² L. 13. tit. 8. lib. 5. R., ó l. tit. 20. lib. 10. N. y 6. tit. 12. lib. 1. R. I.

³ L. 6 de Toro que es la l. cit.

⁴ Avocado en dicha ley, gl. 7. Greg. Lop. en la 6. tit. 17. part. 4.

⁵ Morquech. *De divis.* lib. 4. cap. 4. n. 12.

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

sino como legado voluntario. Y si al último no puede consignarse, ¿por qué razón 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 razón, 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 deyo sentado; luego no solo con igual sino con superior razón 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 usufruto, 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 usufruto 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 usufruto en manera alguna, y no ménos 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 usufruto 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 usufruto, 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 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 usufruto, parece conforme á razón que este accesorio siga la condicion de lo principal.

8. 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 legitimos, ¿valdrá este pacto, y podrá en su virtud dejar de instituir á sus ascendientes? Dicen

¹ Sigüenz. *De cláusula*. lib. 2. cap. 1.

² L. 4. tit. 4. lib. 6. R. 6. 4. tit. 18. lib. 10. No

que sí varios autores¹; pero no me adhiero á su dictámen: primero, porque siendo un honor el nombre de heredero, es justo que los hijos lo 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 (*).

9. 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.

10. Però no sucederán los ascendientes en los bienes de mayorazgos ni en enfiteusi, porque estos no se diferencian por derecho hereditario sino de sangre, á ménos que otra cosa esté dispuesta en su constitucion². 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 hijo³.

11. Tampoco sucederán los ascendientes á sus descendientes cuando renunciaron con juramento la herencia y derecho hereditario que tenian á sus bienes⁴; ni cuando el hijo dispone de todos sus bienes á favor de otro cualquiera, y para ello precede licencia 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 cosa⁵.

¹ Gut. *De juram. confirm.* part. 1. cap. 3. n.

² Cast. in *proem. leg. Tauri*. ns. 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. La ley 9. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real aprueba el pacto de mutua sucesion hecho entre los cónyuges, pasado un año despues del matrimonio, con tal que no tengan descendientes que deban heredarlos, ni les supernazcan posteriormente. En dicha ley no se hace mencion de los ascendientes, sin embargo de que en la 1. del mismo tit. y lib. se les declara herederos forzosos en defecto de descendientes; pero Montalvo fundado en esta, trata de suplir la omision de aquella; y contra la idea

del legislador, quien debe presumirse tendria presente lo que acababa de establecer, asienta en su glosa, que para que valga dicho pacto es necesario tambien que no existan los padres. El lector se decidirá por la opinion que crea mas probable, bastando por nuestra parte hacer estas indicaciones para ilustrar la materia.—E.

² Mat. en la ley 1. gl. 3. n. 11. y gl. 5. n.

³ tit. 8. lib. 5. R. Greg. Lop. en la ley

⁴ 7. verb. *Los que suben*. tit. 26. part. 4 y

en la 4. gl. 1. tit. 13. part. 6.

⁵ L. 7. tit. 26. part. 4. et ibi gl. cit.

⁴ Acev. en la ley 1. n. 65 al 69. tit. 8. lib.

⁵ 5. R. Gutier. in cap. *Quamvis pactum de*

pact. id. 6.

⁵ Gutier. y Acev. ubi sup.