

despues otro repudia, no acrece la de éste al comprador ó particular sucesor sino al heredero principal directo; mas en los legados el derecho de acrecer pasa al singular sucesor no al legatario, atento á que en este no residen ningunos derechos directos, y necesariamente la porcion debe acrecer á la porcion (núm. 44).

CAPITULO XI.

De la sucesion contra el testamento.

1. El hijo con arreglo al derecho que tiene en los bienes del padre, cuando este haga testamento ha de ser instituido heredero ó desheredado, porque siendo preterido es de ningun valor su última voluntad (núm. 1. ley 10. tit. 7. y ley 1. tit. 8. part. 6);^{1 2} á no ser que la pretericion se hiciese espresando alguna de las causas justas para la desheredacion, en cuyo caso es válido el testamento por tener la tal pretericion fuerza de desheredacion: y así no probándose la causa compete al hijo la *quærella*, y probada queda en un todo escludido (núm. 3 dic. ley 10). Y entonces ademas de otros casos se verifica pretericion con espresion de causa, cuando el padre dice en su testamento: *Declaro que mi hijo Juan fué ingrato conmigo por este ó el otro hecho* (núm. 2).

1 Se duda si por la citada ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop. la pretericion del hijo anulará el testamento del padre, y la resolucion cierta es que haciendo el padre su testamento sin institucion alguna de heredero, valga y el hijo no tenga derecho para decirlo nulo, porque se juzga heredero en virtud de la citada ley; mas si el testador instituyendo á otros por herederos, preteriere al hijo, será nulo, el testamento en cuanto á la pretericion, quedando firme todo lo demas (núm. 2. vers. *Dubitatur*).

(2) La misma opinion lleva el erudito Don Francisco Antonio de Elizondo (tom. 1. de su pract. univ. for. pág. 96. núm. 1).

2. El derecho de decir nulo el testamento dura treinta años, que principian á numerarse desde la muerte del testador: pudiendo el juez declarar su nulidad si consta de los autos, aunque no la pida el preterido, quien tiene facultad para adir abintestato la herencia de su padre é intentar la accion de la petition de la herencia contra cualquiera poseedor: de todo lo cual nada se verifica en el desheredado, por competirle únicamente la *quærella* que solo dura el término de cinco años, contándose desde la adición de la herencia (núms. 4. y 18. vers. *Secundò y vers. Tertio*): siendo digno de notar que aunque no convalece por derecho civil el testamento en que el hijo es preterido, cuando falta viviendo su padre, lo contrario sucede por derecho pretorio, siendo instituidos los herederos abintestato (dic. núm. 4. vers. *Quod tamen intellige*).

3. Si algun hijo póstumo fuese preterido, no es nulo el testamento hasta que nazca, porque mientras se halla en el vientre de su madre no se conceptúa hombre; pero verificado su nacimiento, bien sea antes ó despues de muerto el padre, por reservársele para este tiempo todos sus derechos, inmediatamente lo rompe é invalida; bien es verdad que si el preterido nace en vida del padre y muere tambien en vida de este, al punto convalece la disposicion, ya sean instituidos los herederos abintestato, ya los estraños, mediante á que fué válida al principio, y por tanto vuelve fácilmente á cobrar su naturaleza, cuyo fundamento hace que esto no tenga lugar en el hijo preterido que estaba nacido al tiempo del testamento: sin que sea de omitir que por derecho real se requiere para que el póstumo rompa el testamento, la concurrencia de circunstancias que hemos espresado en el núm. 4. cap. 1. (dic. núm. 4. vers. *Quod tamen limita*).

4. Aprobando el hijo el testamento en que se halla prete-

rido, aunque no convalece por derecho civil sí por derecho pretorio, y por tanto en este caso el heredero instituido que se halle incapaz para suceder de otro modo, podrá pedir la posesion de los bienes *secundum tabulas* dentro del término que le está concedido y corre desde el tiempo de la ciencia (núm. 5. en el princ. y núm. 6). La aprobacion del hijo puede ser espresa ó tácita: espresa, como cuando promete no intentar remedio alguno contra el testamento; y tácita, como cuando se abstiene de la herencia; pues consintiendo el hijo en la pretericion ó desheredacion, se conceptúa que renuncia de la herencia y sucesion abintestato, y por el contrario, renunciando de esta parece que aprueba el testamento y consiente en la pretericion ó desheredacion. Pero es de advertir que la aprobacion del hijo preterido no impide á los instituidos que acaso lo estén en menor porcion de la que habian de obtener abintestato, el que digan nulo el testamento en virtud del derecho que á todos se adquirió por el defecto de solemnidad; aunque por la desheredacion solo el hijo desheredado puede intentar la *querella*, á causa de que por aquella ha sido el único injuriado y no se ha faltado á la forma prescrita (*dic. núm. 6. vers. Et adde.*)

5. De tres modos puede el hijo preterido deducir la nulidad del testamento. El primero, pidiendo principalmente que se declare, é implorando para esto el oficio noble del Juez. El segundo, por vía de escepcion, como si habiendo el hijo adido abintestato la herencia y aprendido la posesion de los bienes, segun puede hacerlo, le pidiese el heredero escrito la herencia. Y el tercer modo es, por vía de replicacion que se deducirá, cuando despues de haber adido el hijo, intente la peticion de la herencia contra los herederos escritos ú otro que tenga los bienes; pues si el reo opone el testamento, replicará el hijo preterido asegurando la nulidad de él y conseguirá así la herencia:

con advertencia que puede el hijo preterido acumular ambos remedios; es á saber, pedir que se declare nulo el testamento y se le restituya la herencia (núm. 7).

6. El suyo heredero preterido á consecuencia de transmitir por la potencia de la suidad á cualesquiera herederos la herencia abintestato, por ser inválida la disposicion, trasmite el derecho de decir nulo el testamento para conseguir la misma herencia principalmente ó por incidencia (núm. 8).

7. Si el hijo que renunció con juramento la herencia de su padre fuese preterido ó desheredado, carece absolutamente de remedio contra la disposicion paterna, por cuanto no se le debe legítima alguna; aunque si el padre lo instituye, no obstante la renuncia sucede con el privilegio de suidad (núm. 9).

8. Para que el testamento sea válido no basta que el hijo sea desheredado, porque ademas de esto es indispensable que el padre espresa en la disposicion la causa de la ingratitud que dió motivo á la desheredacion, la cual debe probarse por el heredero para evitar que se rescinda el testamento intentándose la *querella* (núm. 10. *leyes* 1. 8. y 10. *tít.* 7. *part.* 6):¹ y de tal suerte es necesaria la expresion de causa que faltando, aunque el defecto provenga de no haberlo podido ejecutar el padre de manera alguna, de nada sirve á los herederos el probarla, bien muriese el padre ó la madre con testamento, bien abintestato, bien tuviese noticia de la causa de ingratitud, bien no la tuviese y le faltase tiempo para espresarla: porque la ley la requiere como forma de la desheredacion (núm. 11. *dic. ley* 10).

¹ Aunque el padre espresa muchas causas de desheredacion contra el hijo ingrato, le es suficiente al heredero la prueba de una sola (*Letra I. ley* 8. *tít.* 7. *part.* 6).

9. Aunque las causas de ingratitud por las que el hijo puede ser desheredado son catorce, que se numeran en las *leyes* 4. 5. 6. y 7. *tít. 7. part. 6.*, procederá también la desheredación por otras iguales ó mayores; bien que ninguna causa puede ofrecerse que no se comprenda en la segunda de las dichas catorce (*núm. 12*).¹ Y por las mismas causas que se puede desheredar al hijo, se le pueden negar en vida los alimentos (*núm. 13. ley pen. tít. 19. part. 4.*)²

10. Consintiendo el hijo ó hija en que el padre ó la madre lo deje preterido ó desheredado, ni puede intentar el remedio de la nulidad, ni el de la *querrela*, sin embargo de que esta causa no se espese en el testamento: porque cuando la solemnidad no se exige por la utilidad pública para que no se cometan falsedades como la de testigos y otras semejantes, sino principalmente por favor de alguna persona, según acontece en el presente caso, puede esta renunciarse. Y aunque parece que el dicho consentimiento había de ser de ninguna consideración, por ser en efecto un pacto de no suceder que se halla prohibido y no vale si no se hace con juramento, en atención á que se renuncia un derecho de futuro; con todo, no se opone esta objeción, por cuanto la cuestión procede en el caso de que intervenga el consentimiento del hijo ó hija al tiempo de hacerse el testamento, en cuyo acontecimiento la renuncia se verifica de un derecho de presente que es el título de la institución debida cuando se testaba: de lo cual se infiere que si

¹ La opinión contraria es más verdadera por la *ley 8. tít. 7. part. 6.* cuyas son estas palabras: *Mas si por otra alguna razón cualquiera que no fuese de las sobredichas en estas leyes, desheredase el padre al hijo, no valdría el tal desheredamiento* (*núm. 12*).

² Esto no se entiende de los alimentos necesarios para conservar la vida (*núm. 13*).

el hijo ó hija renunciase del título de institución después de algún intervalo y no en el tiempo que se hacía el testamento, será de ningún momento la renuncia (*núm. 14*).

11. La *querrela* de inoficioso testamento se da contra el heredero instituido y contra el fideicomisario universal; y si habiéndose intentado contra el heredero gravado antes de restituir la herencia, obtuvo el hijo, perjudica la sentencia al fideicomisario, contra quien debe proseguirse la instancia, siempre que pendiente el pleito se le hiciese restitución de la herencia, así como ha de intentarse contra él la *querrela*, cuando antes de moverse el pleito se hizo la restitución: debiéndose si esta fué de parte de la herencia, intentarse la *querrela* y rescindirse el testamento solamente con respecto á ella (*núm. 15*).

12. Pero no se da la *querrela* contra el particular sucesor ó legatario á causa de ser un juicio universal; pudiendo muy bien el hijo desheredado que propuso la *querrela* contra el heredero y obtuvo, intentar contra los legatarios á quienes este satisfizo el remedio posesorio *adispiscendæ* ó la petición de la herencia existiendo las cosas en su especie, mediante á que el tal título de legado no se tiene por título (*dic. núm. 15. vers. Juxta quod*).

13. La *querrela* se trasmite á los hijos y descendientes por derecho de sangre, aunque en vida no la hubiese propuesto ni intentado el hijo; mas no la trasmite á los extraños, si no se hubiese á lo menos preparado (*núm. 17*).

14. Sin embargo de que en la *ley 1. tít. 4. lib. 5. de la Recop.* se dispone que todas las cosas contenidas en el testamento sean válidas y firmes, aunque no se ada la herencia, es necesaria la adición para que se confirme la desheredación, porque la citada ley tiene lugar únicamente en la disposición dispositiva

como legado ó fideicomiso, no en la disposicion privativa como la desheredacion (núm. 18).¹

15. La *querrela* puede proponerse de dos modos: principalmente diciendo el hijo como lo es legítimo del difunto, que fué desheredado sin justa y verdadera causa contra el oficio de piedad, y escluido de la sucesion que le era debida por todo derecho, y que por tanto pide al juez la rescision del testamento para poder suceder abintestato: y por incidencia ó vía de excepcion, pues si acaso el hijo desheredado se halla en la posesion de los bienes y el heredero escrito intenta contra él la peticion de la herencia, podrá oponer la desheredacion espresando lo que va referido, y obtendrá de esta suerte: sin que sea de omitir que en uno y otro caso ha de proponerse la *querrela* dentro de un quinquenio por la razon espuesta en el núm. 5. cap. 6. tom. 2. de este comp. (núm. 20).

16. Si la causa de ingratitud que dió motivo á la desheredacion, se prueba por el heredero, ó el hijo hace renuncia de la *querrela* espresa ó tácitamente por el trascurso del tiempo, de ningun modo compete al nieto por su propia persona el remedio de la nulidad ó de la *querrela*, y queda escluido absolutamente: ya porque el padre tan solo se halla obligado á instituir ó desheredar para la validacion del testamento al descendiente que se halla en primer grado, y ya porque únicamente puede romper el testamento por la *querrela* aquel á quien se debe la legítima (núm. 21).²

1 Aunque esta doctrina sea cierta segun el derecho comun y de Part. la contraria es más conforme á la citada ley, como prueban latamente Matienzo (*en dic. ley 1. glos. 14. núm. 40. y sig.*), Gutierrez, Acevedo y Pichardo (núm. 18).

2 Es de temer que atendida la equidad de nuestro derecho y de nuestros tribunales se observe en un todo esta doctrina, mayormente cuando el señor Salgado citado por el Aillon (núm. 21.) impugna al Gomez en el *Laber. 2. part. cap. 25. con particularidad en el núm. 17.*

17. La legítima de los hijos, sean muchos ó pocos, es siempre por nuestro derecho como ya se ha dicho, todo el patrimonio del padre esceptuando el quinto; y por tanto es inútil al presente la cuestion, de si el hijo desheredado se compute ó no en el número de los hijos para aumentar ó disminuir la legítima de los demas (núm. 22).

18. El hijo instituido en menor porcion que la que corresponde á su legítima, no puede valerse de la *querrela* para impugnar la disposicion; pero sí solicitar que se le supla la legítima de los bienes del padre, aunque este lo prohibiese en su testamento, ó el desheredado hiciese en favor de sus hermanos ó herederos liberacion general de lo que recibió, pues no se perjudica, si no es que prometa espresamente no pedir el suplemento de la legítima. Este puede pedirse contra el heredero y legatarios á prorata con la condicion *ex lege Omnimodo C. de inofic. testam.* que dura treinta años á causa de ser personal ó *in rem scripta*, y se trasmite á los herederos con su naturaleza ó cualidad: de suerte que si el hijo se hallaba en la patria potestad, se trasmite á cualesquiera: si era emancipado ó se habla de la sucesion de la madre, solamente á los descendientes por la potencia de la sangre; y si muere dentro del año, tambien á cualesquiera por el beneficio de deliberar (núm. 23).

19. Dejándose al hijo su legítima bajo alguna condicion, dilacion ú otro cualquiera gravámen, se tiene por no puesto *ipso jure* para que el testamento no se evierta: teniendo lugar esta doctrina en todos los ascendientes á quienes se debe la legítima, y aun en el caso de que instituya á un extraño el padre y lo grave á que despues de algun tiempo ó verificada cierta condicion restituya toda la herencia á su hijo, sin embargo de la utilidad que este consigne posteriormente en percibir mas de su legítima; y así la condicion ó tiempo se tiene por no