

§. V.

Acerca de si los hijos puedan renunciar en vida la herencia paterna, en qué modo, y qué fuerza tenga dicha renuncia.

Preguntarás lo 1. Si los hijos puedan en vida renunciar la herencia paterna?

163 Supongo: que la misma pregunta puede hazerfe en general; id est, si el pacto de no suceder, ó la renunciación de la legitima, hecha à aquel que ha de suceder, sea valida? Y así lo que dixemos del hijo, se entienda generalmente en orden à la renuncia de qualesquiera legitimas. Esto supuesto,

169 Respondo lo 1. que la tal renuncia es nula por Derecho Civil: lo 1. porque así consta, ex leg. Pactum dotale, C. de collat. & leg. Pactum, quod dotale, C. de pactis, & ex cap. Quamvis pactum, de pactis, in 6. Lo 2. porque, aliás, facilísimamente se remitiera muchas vezes el derecho futuro por poca cosa, recibida de presente, que es el inconveniente que pretende obviar el Derecho con la reprobación de la tal renuncia: y lo 3. porque semejantes renunciaciones las hazen ordinariamente los hijos, mas por ruegos, ó amenazas de los padres, que con libre, y espontanea voluntad: Ergo, &c. Es de todos los DD.

170 Respondo lo 2. que como la dicha renuncia no es contra las buenas costumbres, por Derecho Canonico queda firme, y valida, si se haze con juramento. Consta esto, ex cap. Quamvis pactum, de pactis, in 6. y así tiene fuerza dicha renuncia, y se debe guardar, ad huc, en los Tribunales Seculares: y los que la hizieron pueden ser compelidos à su observancia por censuras: Quia agitur de concernentibus peccatum. Así lo tienen la Glosa (sobre dicho cap. vers. Servari. Covarrub. ib. 3. part. §. 4. num. 9. y Gutierrez, con muchos que cita, y sigue tambien allí, §. Improbet lex civilis.

171 Debe empero notarse lo 1. que aunque el dicho cap. Quamvis pactum habla de la hija, que renuncia al tiempo de casarse: pero en la verdad, poco haze al caso que la tal renuncia se haga al tiempo del matrimonio, ó antes del, ó despues del: como bien Archidiacono, Juan Andreas, Dominico, Franco, Georgio, y comunmente todos los que escriben sobre el dicho texto.

172 Debe notarse lo 2. que aunque dicho texto habla de la renuncia de los bienes paternos, debe decirse lo mismo de la renuncia de los bienes maternos, como lo tiene la común sentencia. Y la razon es, porque en vna, y otra milita vna misma razon, que es la fuerza del juramento; sed sic est, que donde ay la misma razon, semejante, ó equivalente, debe aver la misma disposición de Derecho; ex l. Illud, C. de Sacros. Eccles. §. Pari ratione; y la común de DD. Ergo, &c.

173 Debe notarse lo 3. que aunque dicho cap. Quamvis, habla de la hija, debe empero enten-

derse tambien del hijo, si renunciase con juramento la herencia paterna, ó materna: porque como acabamos de dezir, milita en ambos vna misma razon, que es la fuerza del juramento: Ergo, &c. Así lo tiene Gutierrez sobre dicho cap. §. Ad filia, num. 4. diciendo ser de todos los DD.

Preguntarás lo 2. Si para que la tal renuncia sea valida, será necesario que el hijo, ó hija que la haze, aya recibido alguna dote de los bienes patrimoniales?

174 Afirman Ancharrano, Mateo de Afflictis, y otros, fundados en que el dicho texto dize, Dote contenta.

175 Respondo tamen negativamente. Así lo tienen, Covarrubias, Gutierrez, Antonio Gomez, Molina, y otros, apud Sanchez, tom. 2. Consil. lib. 4. cap. 1. dub. 34. num. 9. Y la razon es, porque dichas palabras no inducen necesidad: Ergo, &c.

176 Advierto aquí: que lo mismo que se ha dicho de la renuncia hecha, se debe dezir del pacto, ó promesa de renunciar; id est, que no vale sin juramento, porque lo resiste el Derecho Civil; pero si se haze con juramento, vale, porque así lo establece el Derecho Canonico, derogando el Civil: Imò, porque eo ipso, se reputa hecha dicha renuncia: como con Baldo, Romano, Boecio, y Covarrubias, lo tiene dicho Sanchez, num. 10.

Preguntarás lo 3. Si dicha renuncia jurada será valida, hecha por el menor, con tal, que ay llegado à la pubertad?

177 Respondo afirmativamente, con la común, contra Alciato, y otros, que cita, y parece seguir Machado, tom. 2. lib. 6. part. 7. tract. 7. doc. 17. num. 5. Y la razon es, porque el mismo juramento suplè el defecto da menor edad, y haze firme, y valida la renuncia: Imò, no es necesario que el tal menor quando jura estè noticioso de que el tal pacto era aliás nulo por Derecho Civil: Imò, tiene lugar lo dicho ad huc en la hija no emancipada, sino que antes està debaxo de la patria potestad: como con muchos, lo tiene dicho Sanchez, num. 11. aunque por yetro 12.

Preguntarás lo 4. Si el hijo, ó hija, que renunciò con juramento la herencia de los padres, quede totalmente excluido de sucederles?

178 Algunos son de fentit, que no obstante dicha renuncia, sucederà el tal hijo ab intestato; porque el padre, à quien se hizo la renuncia, muriendo ab intestato, tacitamente parece aver querido admitir à la sucesion al hijo que renunciò, con los demás hijos.

179 Respondo tamen: que el tal hijo queda totalmente excluido de la sucesion. Así lo tiene, con muchos, que cita, y sigue dicho Machado, num. 6. Y se prueba, porque así consta exprellamente del dicho cap. Quamvis pactum, de pactis, in 6. donde se dize, ibi: Nullam ad bona paterna regressum habebit. Qué cosa mas clara? Ergo, &c.

Preguntarás lo 5. Si dicha renuncia de la herencia, excluya tambien de la legitima?

180 Refl

180 Respondo: que la sentencia afirmativa tienen Covarrubias, y Gutierrez; pero la contraria es común: y así, para quitar toda duda, y obviar litigios, será bien que la renuncia se haga tambien exprellamente de la legitima.

181 Advierto empero lo 1. que si despues el tal hijo llegare à tener necesidad, y no tuviere de qué sustentarse, podrá pedir alimentos; no obstante dicha renuncia jurada: Imò, aunque aya renunciado tambien con juramento el derecho de pedir alimentos. Así lo tiene, con Antonio Gomez, Enriquez, Gutierrez, Molina, y Roxas, dicho Sanchez, num. 27. Y la razon es, porque el tal pacto sería contra el Derecho Natural, por el qual està obligado el padre à sustentar el hijo que tiene necesidad: Ergo, &c.

182 Advierto lo 2. que por virtud de la tal renuncia, solo queda excluido el hijo de la sucesion inmediata del padre; pero no de la mediana: v. g. si vn hermano del dicho renunciante heredare los bienes de su padre, y despues este muriere sin testamento; en tal caso, el que avia hecho dicha renuncia, sucederà en los bienes del tal hermano, que murió abintestato, del mismo modo que los demás hermanos: como lo tiene con muchos dicho Sanchez, num. 28. Y la razon es, porque aquella no se dize ya herencia del padre, sino del hermano difunto: Imò, juzgan ser verdadero lo dicho, Et si iam frater defunctus non adierit hereditatem. Por lo qual, para comprehender ambos casos, será cautela muy importante el renunciar con juramento, no solo la herencia paterna, sino tambien la fraterna: como bien con Jasson, dicho Sanchez.

183 Advierto lo 3. que por virtud de la dicha renuncia, solo queda excluido el que la hizo de la sucesion del padre, que proviene iure sanguinis: y así puede pedir, y suceder en los bienes del padre, que le competen por derecho de reservacion, y pena legal.

184 V. g. en la ley Fœmina, C. de secund. nupt. se establece en pena de los padres, que contrahen segundas bodas, que los bienes que heredaron de los hijos del primer matrimonio, se reserven para ellos, y no se dividan con los hijos del segundo matrimonio.

185 Digo, pues, que la hija, que renunciò la herencia paterna, sucederà en estos bienes, que heredò el padre del hermano de la tal hija del primer matrimonio; porque estos no le son debidos, tanto por derecho de sangre, quanto por derecho de reservacion, y pena legal. Así lo tiene, con Covarrubias, Molina, y otros muchos, dicho Sanchez, num. 29.

186 Advierto lo 4. que por virtud de la tal renuncia no se excluye de los bienes paternos, que son feudales, y que por la naturaleza del feudo se dan tambien à las hembras: como bien, con Covarrubias, Molina, y otros, lo tiene dicho Sanchez, num. 30. Y la razon es, porque los tales

Tom. I.

bienes no son omnino paternos: y como la tal renuncia sea odiosa, se debe antes restringir, que ampliar: Ergo, &c.

187 Advierto lo 5. que si al tiempo que el hijo, ó hija hizieron dicha renuncia avia otros hijos, ó descendientes: y quando murió el padre avian ya muerto todos, menos el renunciante, en tal caso cessa la dicha renuncia, y el hijo que la hizo viene à ser necesario heredero, de la misma manera que si no huviera renunciado. Es de todos los DD. segun Machado, d. tom. 2. lib. 6. part. 7. tract. 7. doc. 17. num. 8. Y la razon es, porque la tal renuncia se juzga hecha en favor de los otros hijos, y descendientes, y debaxo de esta tacita condicion, Si hereditas per veniat ad eos: luego faltando ellos, falta tambien la condicion, y por consiguiente la tal renuncia: Ergo, &c.

188 Imò: Es verdadero lo dicho, aunque la tal renuncia se huviese hecho en favor del padre por la dote recibida del, y por sola contemplacion del padre, sin hazer mencion alguna de los hermanos, ó hermanas; porque siempre se presume hecha en favor de los hermanos, ó hermanas, que entonces viven: como lo tienen Tello in leg. 6. Tauri, num. 45. Covarrubias in cap. Quamvis pactum, §. 3. num. 4. vers. 6. & vers. 10. y otros.

189 Imò: Aunque al tiempo de la renuncia no huviese otros hermanos, ni descendientes, si al tiempo de la muerte del padre no los ay, sino solo el que renunciò, cessa en tal caso la renuncia; y el que la hizo es heredero necesario, de la misma manera que si no huviera renunciado. Así lo tiene, con muchos, Antonio Gomez, in leg. 22. Tauri, num. 11. Y la razon es, porque por talita conjetura se presume averse hecho en favor de los otros hijos futuros; y por consiguiente, que lleva esta tacita condicion, Si alij filij nascantur, sino es que se huviese exprellado lo contrario.

Preguntarás lo 6. Si el que renunciò su legitima, à la herencia paterna, y despues tuvo hijos, podrá volverla à pedir, in foro conscientiae?

190 Respondo afirmativamente. Esta conclusion se ventillò, y probò latamente en mi tomo de las Proposiciones condenadas, tract. 6. consil. 1. por toda ella, à pag. 362. de la impresion segunda. Vido ibi.

Preguntarás lo 7. Si la hija, que renunciò la herencia para entrarse en Religión en la forma dicha, muertos despues todos los hermanos, y descendientes, sucederà el Convento en su nombre?

191 Respondo: que ni aun abintestato sucederà el Convento en la dicha herencia. Así lo tienen Menchaca, y otros, que cita, y parece seguir Machado, vbi supra, num. 9. contra Tello, Covarrubias, y otros. Y la razon es; porque como la que se entra Religiosa no sea sollicita de bienes temporales; sino que antes bien quiere obligarse à pobreza perpetua, quando renuncia por esta

Hija

esta

esta causa, y motivo, no parece hazer la dicha renuncia en favor de los hermanos, sino que omnino absolutamente haze la tal renuncia: luego de ningún modo tendrá ya derecho a la tal herencia, *alibet abintestato*, y aunque ayán de suceder en ella los estranos: porque, como dicho es, la tal Novicia hizo dicha renuncia antes de su profesión, sin mas respecto, ni mira, que despreciar absolutamente los bienes temporales, por el afecto a la pobreza tanta, y perpetua.

Preguntará lo 8. Si el hijo, o hija, que como dicho es, hizo renuncia jurada de la herencia paterna, podrá después suceder en ella por testamento, o por donación entre vivos?

192 Respondo afirmativamente: y por consiguiente digo, que podrá el padre, o la madre, a los quales se hizo dicha renuncia, instituir al que la hizo heredero en el testamento, o dexarle algún legado, y remitirle la tal renuncia. Y lo mismo digo de la donación entre vivos. Así lo tiene, con muchos Sanchez, tom. 2. *Consil. lib. 4. cap. 1. dub. 3. num. 47.* Y la razón es clara, porque el tal pacto se hizo con el padre, o la madre, y atendiendo principalmente a su utilidad: luego podrá el tal padre, o madre remitirle: Ergo, &c. Veanse muchas ampliaciones desta conclusión en dicho Sanchez, a num. 48. ad 53. Y el que quisiere ver otras muchas dificultades, tocantes a la dicha renuncia, vea todo el predicho dubio 34. que consta de 68. números, a pag. mibi 37. ad 43.

§. VI.

Acerca de si los hijos de familias puedan hazer testamento, estando en poder de sus padres, y de qué bienes.

Preguntará lo 1. Si los hijos de familias pueden testar, y de qué bienes?

Para proceder con mas claridad, diremos primero lo que se puede por Derecho Civil: despues lo que se puede por Derecho Canonico: y ultimamente, lo que se puede por Derecho Real de estos Reynos. Esto supuesto.

193 Respondo lo 1. que los hijos de familias, que han llegado a la pubertad, pueden testar por Derecho Civil de los bienes castrenses, y quasi castrenses, y esto sin licencia del padre: porque así consta *ex leg. Nemo 11. C. qui testamentum facere possunt. leg. fin. C. de inoffic. testam. leg. Qui in potest. ff. de testam. in princip. Instit. quibus non est permittam facere testam. Lelsio, lib. 2. cap. 19. dub. 4. num. 38. Machado, tom. 2. lib. 6. part. 7. tract. 7. doc. 18. num. 1. Julio Claro, lib. 3. §. Testamentum, quest. 18. num. 6.* el qual dize, que de los castrenses puede testar *iure militari*; pero si testa de los quasi castrenses, debe guardar el derecho comun. Veanse tambien el num. 7.

194 De los adventicios no puede, segun Derecho Civil, testar para causas profanas, aunque sea

con consentimiento del padre: como lo tiene dicho Claro, *quest. 18. num. 1.* con la comun sentencia, porque es contra manifiesto derecho, que allí cita. Puede empero para causas pias, con consentimiento del padre: como lo tiene dicho Julio Claro, con la comun, *quest. 5. num. 6.* y esto de qualquiera bienes adventicios, ora tenga el padre el usufruto, ora no le tenga; como lo tiene el mismo Claro, con la mas comun sentencia, num. 7.

195 Respondo lo 2. que tambien por Derecho Canonico puede el hijo testar libremente de sus bienes castrenses, o quasi castrenses, sin que sea necesaria licencia de sus padres; mas no de los adventicios, sin consentimiento del padre, aunque haga el testamento *ad pias causas*. Así lo tienen dichos Julio Claro, Lelsio, y Machado, con la comun: y se colige expresamente, *ex cap. Licet, de sepulturis, in 6.* No obstante esto, Bartolo, Molina, y otros, son de sentir, que quando el hijo tiene el dominio, y usufruto de los bienes adventicios, puede libremente testar *ad pias causas*, sin consentimiento del padre. Veanse lo dicho *supra* §. 2. *Questio 2. y 3.* por todos ellos.

196 Respondo lo 3. que por Derecho del Reyno, en llegando los hijos a la pubertad, aunque estén en poder de sus padres, pueden libremente, y sin voluntad de ellos, hazer testamento de todos sus bienes, aunque sea de los adventicios, en que el padre estuviere gozando el usufruto, con tal, que las dos partes las reserven, y dexen por legitima a sus padres; y en defecto de ellos, a sus abuelos, o demás ascendientes, si tuvieran: porque así consta expresamente de la *ley 5. de Toro*, que oy es la *ley 4. tit. 4. lib. 5. Recopil.* y es doctrina constante entre los DD. Veanse lo que diximos arriba, §. 3. *Questio 2. §. Bien es verdad*, con los dos siguientes. Y veanse nuestro tomo de las Propos. conden. *tract. 6. conf. 12. num. 4. y 6. pag. 383.* de la 2. impres.

197 Y que la *ley 5. de Toro* lo disponga expresamente, consta de sus palabras, que son estas, *ibi: El hijo, o hija, que está en poder de su padre, pueda hazer testamento, como si estuviera fuera de su poder.* Hasta aqui dicha ley.

198 Dirás: Desta ley no solo se sigue, que pueda testar de la tercera parte de sus bienes, sino tambien de toda la porcion de ellos, pues decide la dicha ley absolutamente, que pueda testar, *ac si esset sui iuris.*

199 Respondo: que aunque es verdad, que la dicha ley dá facultad de testar al hijo, como si fuera padre de familias; o *sui iuris*. Pero en la *ley 6. de Toro*, que oy es la *ley 1. tit. 8. lib. 5. Recopil. Castilla*, se dize, que el hijo hecho *sui iuris*, pueda disponer solamente de la tercera parte de sus bienes; y así consiguientemente deberá dezirle lo mismo del hijo de familias.

200 Las palabras de la dicha *ley 6. de Toro*, son estas, *ibi: Los ascendientes sucedan a los descendientes en todos sus bienes: pero bien permitimos, que no embargante que tengan los dichos ascendientes,*

que en la tercera parte de sus bienes puedan los dichos descendientes disponer en su vida, o hazer qualquier ultima voluntad. Hasta aqui la dicha ley bien expresa.

Preguntará lo 1. Si quando el dicho hijo de familias haze testamento de sus bienes adventicios, en que el padre está gozando el usufruto (que es la tercera parte, segun las dichas leyes del Reyno) se deberá pagar luego de los dichos bienes adventicios, o si se deberá esperar a que muera el padre, y con su muerte se acabe el usufruto?

201 Respondo: que para el cumplimiento del tal testamento se debe aguardar a que el padre muera. Así lo tiene, con Baldo, Arias Pinelo, Molina, y otros muchos, contra Antonio Gomez, Machado, tom. 2. lib. 6. part. 7. tract. 7. doc. 18. num. 3. Y la razón es; porque la facultad que las leyes conceden al hijo para testar, no ha de ser en perjuizio del usufruto, que el padre tiene en los bienes adventicios de él: Ergo, &c.

202 Qual empero sea la legitima porcion de los ascendientes, que forzosamente deben dexar los hijos en muerte a sus padres, además de lo dicho arriba, se trató diferencialmente en mi tomo de las Proposiciones, *tract. 5. conf. 16. a num. 4. pag. 302.* de la impresión 2. *Vide ibi.*

Preguntará lo 3. Si podrá el padre dar licencia al hijo para que teste de la legitima, que le es debida al mismo padre de los bienes del hijo, y que pueda libremente disponer de ella, en perjuizio de los otros hijos?

203 Respondo afirmativamente. Así lo tiene, con Tello, Molina, Gutierrez, Azebedo, y Cervantes, Sanchez de *Matrim. lib. 6. disp. 4. num. 19.* Y se prueba; porque si la herencia ya delata, y el legado se puede repudiar en fraude de los acreedores: como consta, *ex leg. Qui autem 6. ff. que in fraud. credit. vers. Proinde, & ex regula Non fraudantur 177. ff. de regul. iuris*, donde se dize lo que se sigue, *ibi: Non fraudantur creditores, cum quid non acquiratur a debitore, sed cum quid de bonis aimentatur*; y esto de tal suerte, que la tal enagenacion no es revocable por los acreedores; como bien prueba dicho Sanchez, num. 8. luego a *fortiori* podrán los padres hazer la dicha renuncia en perjuizio de los otros hijos; pues aqui la tal herencia no es delata, sino solo *deferenda*, y del que vive no ay herencia segun derecho: ni el debito de la legitima, mientras vive aquel a quien se ha de suceder, es verdadero, y proprio debito, sino improprio; como bien dicho Sanchez. Y se confirma; porque la tal renuncia no es enagenacion, sino solo adquisicion. Ergo, &c.

204 Y que dicha renuncia pueda hazerse, no solo *valide*, sino tambien licitamente, se prueba: porque el padre no está obligado a adquirir aquellos bienes de nuevo para los demás hijos, teniendo aliás con que alimentarlos, porque solo está obligado a sus alimentos, y a dexarles lo que tuviere en muerte: *Imò*, no está obligado a querer que

queden igualmente ricos; ni a dársles iguales porciones de lo que tuviere; como se ve en las mejoras de tercio, y quinto: y mejor en la institucion de los mayorazgos, donde se adjudica al vno toda la hacienda, dexando solamente a los otros vnos alimentos decentes: Veanse Diana, part. 1. tract. 8. ref. 83: y 84: y part. 5. tract. 3. ref. 130. Ergo, &c.

205 De lo dicho se sigue: que podrá el hijo, que tiene la dicha licencia de testar de la legitima que era debida al padre de los bienes del mismo hijo, instituir mayorazgo con los gravámenes, y condiciones que quisiere, y llamar a él a los mismos padres, o a los estranos; como con Molina, Gutierrez, y Cervantes; lo tiene dicho Sanchez. Y la razón es; porque, como se ha dicho, puede disponer libremente de dichos bienes: Ergo, &c.

Preguntará lo 4. Si para que la tal licencia de testar sea valida, sea necesario juramento del padre?

206 Respondo afirmativamente. Así lo tiene, con Antonio Gomez, Tello, Cervantes; Molina, Azebedo, y otros, contra Baldo, y otros, Sanchez, *diff. lib. 6. de Matrim. disp. 4. num. 19.* Y la razón es; porque la tal licencia contiene pacto de no suceder; *sed sic est*, que el pacto de no suceder es invalido, segun la *ley Pactam dotali, C. de collat.* Y la *ley Pactam quod dotali, C. de pactis*, sino es que inter venga juramento; *cap. Quamvis pactam, de pactis, in 6.* Ergo, &c.

Preguntará lo 5. Si la muger casada podrá, sin licencia de su marido, dar licencia de testar al hijo en perjuizio de la legitima que la pertenece a ella?

207 La parte afirmativa puede probarse así: lo 1. porque aunque la *ley 5. de Toro*, que oy es la *ley 1. tit. 3. lib. 5. Recopilat.* prohiba, que la muger casada, sin licencia de su marido, pueda repudiar la herencia que le viene, o por testamento, o abintestato; pero la dicha licencia de testar no es verdadera repudiacion de herencia; *cum hereditas non sit viuentis*: como consta, *ex leg. Qui superstitis, ff. de acquirend. heredit.* Y así Matengo, *eadem leg. 1. gloss. 2. num. 5.* interpretando la dicha ley, habla siempre de la herencia delata; no de la *deferenda*; porque como se ha dicho, *Viuentis nulla est hereditas*: Ergo, &c.

208 Y lo 2. y es confirmacion del antecedente: porque como la dicha ley sea correctoria del Derecho comun, pues por este podia la muger, y qualquiera repudiar la herencia; por no ser esto perder, sino no adquirir, no parece que se ha de entender a aquella, que no es propriamente renuncion de herencia: pues la correccion del Derecho se debe estrechar, y evitar quanto se pueda; *leg. 1. C. de inoffic. doti.* y no se debe estender de vn caso a otro; como lo tienen Juan Antonio Mangil de *impugnacionibus, quest. 130. num. 1. vers. Item ratio, in fine*, y Vincent Fular, de *substitut. quest. 660. num. 2.* Ergo, &c. Pero esto no obstante.

209 Respondo tambien: que la madre no puede dar la dicha licencia; porque aqui está incluido el pacto de no suceder; *sed sic est*, que la muger casada