pudia, no le acrece su parte al coheredero, y permanece en el heredero ó herederos del difunto (*n.* 42.).

32 Vendiendo ó enagenando algun heredero su parte, si despues otro repudia, no acrece la de este 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, quando este haga testamento ha de ser instituido heredero ó desheredado, porque siendo preterido es de ningun valor su última voluntad (*núm.* 1. *ley* 10. *tít.* 7. *y ley* 1. *tít.* 8. *part.* 6.) (*a*) (*I*): á no ser que la pretericion se hiciese expresando 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

(*a*) Se duda si por la citada *ley* 1. *tít.* 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 quanto á la pretericion quedando firme todo lo demas (*núm.* 2. *vers. Dubitatur.*).

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

así no probándose la causa compete al hijo la querela, y probada queda en un todo excluido (*núm.* 3. *dic. ley* 10). Y entónces además de otros casos se verifica pretericion con expresion de causa, quando el padre dice en su testamento: *Declaro que mi hijo Juan fué ingrato conmigo por este ó el otro hecho* (*n.* 2.).

2 El derecho de decir nulo el testamento dura 30 años que principian á numerarse desde la muerte del testador: pudiendo el Juez declarar su nulidad si consta de los autos, aunque no lo pida el preterido, quien tiene facultad para adir abintestato la herencia de su padre é intentar la accion de la peticion de la herencia contra qualquiera poseedor: de todo lo qual nada se verifica en el desheredado, por competirle únicamente la querela que solo dura el término de 5 años, contándose desde la adicion de la herencia (*nn.* 4. *y* 18. *vers. Secundò y vers. Tertiò.*): siendo digno de notar que aunque no convalece por derecho civil el testamento en que el hijo es preterido, quando falta viviendo su padre, lo contrario sucede por derecho pretorio siendo instituidos los herederos abintestato (*dic. n.* 4. *vers. Quod tamen intellige.*).

3 Si algun hijo póstumo fuese preterido, no es nulo el testamento hasta que nazca, porque miéntras se halla en el vientre de su madre no se conceptua hombre; pero verificado su nacimiento, bien sea ántes 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 extraños, mediante á que fué válida al principio, y por tanto vuelve fácilmente á cobrar su naturaleza, cuyo fundamento hace que esto no en-

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 postumo rompa el testamento, la concurrencia de circunstancias que hemos expresado en el *núm.* 4. *cap.* 1. (*dic. núm.* 4. *vers. Quod tamen limita.*).

4 Aprobando el hijo el testamento en que se halla preterido, 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 princip. y núm.* 6.). La aprobacion del hijo puede ser expresa ó tácita: expresa, como quando promete no intentar remedio alguno contra el testamento; y tácita, como quando se abstiene de la herencia; pues consintiendo el hijo en la preterícion ó desheredacion, se conceptua que renuncia de la herencia y sucesion abintestato, y por el contrario renunciando de esta parece que aprueba el testamento y consiente en la preterícion ó desheredacion. Pero es de advertir que la aprobacion del hijo preterido no impide á los instituidos que acaso lo esten 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 querela, 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 en juicio la nulidad del testamento. El primero, pidiendo principalmente que se declare, é implorando para esto el oficio noble del Juez. El segundo, por

por via de excepcion, como si habiendo el hijo adido abintestato la herencia y aprehendido la posesion de los bienes, segun puede hacerlo, le pidiese el heredero escrito la herencia. Y el tercer modo es, por via de replicacion que se deducirá, quando 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 ámbos remedios; es á saber, pedir que se declare nulo el testamento, y se le restituya la herencia (*n.* 7.).

6 El suyo heredero preterido á conseqüencia de transmitir por la potencia de la suidad á qualquiera herederos la herencia abintestato, por ser inválida la disposicion, transmite 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 quanto no se le debe legítima alguna; aunque si el padre lo instituye, no obstante la renuncia sucede con el privilegio de suidad (*n.* 9.).

8 Para que el testamento sea válido no basta que el hijo sea desheredado, porque además de esto es indispensable que el padre exprese en la disposicion la causa de la ingratitud que dió motivo á la desheredacion, la qual debe probarse por el heredero para evitar que se rescinda el testamento intentándose la querela (*núm.* 10. *leyes* 1. 8. *y* 10. *tít.* 7. *part.* 6.) (*): y de tal suerte es necesaria la ex-

(*) Aunque el padre exprese 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.).

expresion de causa que faltando, aunque el defecto provenga de no haberlo podido executar 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 expresarla: porque la ley la requiere como forma de la desheredacion (*núm.* 11. *dic. ley* 10.).

9 Aunque las causas de ingratitud por las que el hijo puede ser desheredado, son 14 que se numeran en las *leyes* 4, 5, 6 *y* 7. *tít.* 7. *part.* 6, procederá tambien la desheredacion por otras iguales ó mayores; bien que ninguna causa puede ofrecerse que no se comprehenda en la 2.ª de las dichas 14 (*núm.* 12.) (*a*). 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.) (*b*).

10 Consintiendo el hijo ó hija en que el padre ó la madre lo dexe preterido ó desheredado, ni puede intentar el remedio de nulidad, ni el de la querela, sin embargo de que esta causa no se exprese en el testamento: porque quando la solemnidad no se exîge por la utilidad pública para que no se cometan falsedades como la de testigos y otros semejantes, sino principalmente por favor de alguna persona, segun acontece en el presente caso, puede esta renunciarla. Y aunque parece que el dicho consentimiento habia de ser de ninguna considera-

cion,

(*a*) La opinion contraria es mas verdadera por la *ley* 8. *tít.* 7. *part.* 6. cuyas son estas palabras: *Mas si por otra alguna razon qualquiera que no fuese de las sobredichas en estas leyes, desheredase el padre al hijo, no valdria el tal desheredamiento* (*núm* 12.).

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

cion, por ser en efecto un pacto de no suceder que se halla prohibido y no vale si no se hace con juramento, en atencion á que se renuncia un derecho de futuro; con todo no se opone esta objecion, por quanto la qüestion 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 institucion debido quando se testaba: de lo qual se infiere que si el hijo ó hija renunciase del título de institucion despues de algun intervalo y no en el tiempo que se hacia el testamento, será de ningun momento la renuncia (*núm.* 14.).

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

12 Pero no se da la querela contra el particular sucesor ó legatario á causa de ser un juicio universal; pudiendo muy bien el hijo desheredado que propuso la querela contra el heredero y obtuvo, intentar contra los legatarios á quienes este satisfizo el remedio posesorio *adipiscendæ* ó la peticion de la herencia exîstiendo 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 querela se transmite á los hijos y des-

cen-

cendientes por derecho de sangre, aunque en vida no la hubiese propuesto ni intentado el hijo; mas no la transmite á los extraños, si no se hubiese á lo ménos 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 adicion para que se confirme la desheredacion, porque la citada ley tiene lugar únicamente en la disposicion dispositiva como legado ó fideicomiso, no en la disposicion privativa como la desheredacion (*núm.* 18.) (*a*).

15 La querela 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 excluido de la sucesion que le era debida por todo derecho, y que por tanto pide al Juez la recision del testamento para poder suceder abintestato: y por incidencia ó via 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 expresando lo que va referido, y obtendrá de esta suerte: sin que sea de omitir que en uno y otro caso ha de proponerse la querela dentro de un quinquenio por la razon expuesta 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 hi-

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

hijo hace renuncia de la querela expresa ó tácitamente por el transcurso del tiempo, de ningun modo compete al nieto por su propia persona el remedio de la nulidad ó de la querela, y queda excluido 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 querela aquel á quien se debe la legítima (*núm.* 21.) (*I*).

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 exceptuando el quinto; y por tanto es inútil al presente la güestion, 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 querela 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, sino es que prometa expresamente 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 30 años á causa de ser personal ó *in rem scripta*, y se transmite á los herederos con su natura-

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