

CAPITULO TERCERO.

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

- §. 1. Diferencia entre las dos líneas de herederos forzosos.
2. En la línea de los descendientes legítimos ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador.
3. Esto se verifica aunque se casen *in articulo mortis*.
4. Lo mismo sucede aunque entre el nacimiento de los hijos y el matrimonio subsecuente haya mediado otro matrimonio.
5. Compréndense los hijos de los clérigos de menores, si despues se han casado sus padres.
6. Tambien los nietos, hijos de un hijo natural, respecto de sus abuelos.
7. Son tambien legítimos los que nacen de infieles convertidos, antes de la conversion de los mismos.
8. Igualmente son legítimos los póstumos.
9. Circunstancias que han de concurrir en los hijos legítimos para ser herederos forzosos de sus padres.
10. La institucion de estos ha de ser directa y no fideicomisaria.
11. Debe igualmente estar concebida sin condicion ni gravamen.
12. Lo dicho hasta aqui se entiende tambien respecto de los nietos, biznietos y demas. ¿Que es heredar *in capita* é *in stirpem*?
13. ¿Que parte debe dejar el testador á sus descendientes legítimos; y de que otra parte puede disponer?
14. ¿Que cosa es la *legítima*, y cuando se llama *diminuta* ó *corta*?
15. Los hijos no tienen derecho á su legítima sino despues de muerto su padre.
16. Pero si el padre quiere puede dársela en vida.
17. El padre puede revocar siempre que quiera la distribucion que hubiere hecho de las legítimas de sus hijos.
18. Distincion de casos cuando el padre quiere que sea irrevocable la distribucion en vida de la legítima de sus hijos.
19. Doctrina diversas cuando estos se hayan bajo la patria potestad.
20. El juramento que hacen los hijos de no reclamar mayor porcion de su legítima, los imposibilita de hacerlo.
21. Pero si no hay juramento podrá repartir el aumento que le corresponda.

1. Aunque se dijo en el capítulo anterior, que eran herederos forzosos los individuos comprendidos en las líneas rectas

del testador, hay entre unos y otros notable diferencia. La línea de los descendientes legítimos es la preferida, y siempre que haya alguno dentro de ella excluye á los que se hallen en las otras líneas.

2. Entre los descendientes ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador, sin distincion de varones y hembras, y se llaman así porque nacen según ley y disposición de nuestra Santa Madre Iglesia. Pueden ser de tres clases; unos nacidos y procreados durante el matrimonio verdadero de sus padres, para el cual no tuvieron impedimento canónico. Otros, que naciendo igualmente de padres bien y legalmente casados, resultó después entre estos algún impedimento canónico, que ignoraban ambos, ó al menos uno de ellos. Y otros, que habiendo nacido de padres solteros y libres de impedimento canónico para contraer, se casaron después, porque el subsiguiente matrimonio legitima los hijos; y si la madre era sierva, recobra por este medio su libertad (1) (*).

3. Se verifica lo expuesto, aunque se casen al tiempo de su muerte, y por esto no haya esperanza de que puedan procrear (2). Mas no cuando el impedimento es cierto y perpetuo, v. gr. en el castrado que está imposibilitado de tener sucesion, pues ni puede casarse, ni aun cuando lo verifique vale el matrimonio (3). Lo mismo sucede si el que está próximo á morir, decrepito, ó de tal modo ha perdido el uso de sus sentidos que no puede prestar su consentimiento para contraer matrimonio, en cuyo caso ni este vale ni los hijos se legitiman (4) (**).

4. También se legitiman por el matrimonio subsecuente, y entran á heredar con los hijos legítimos, los que después de nacidos de muger soltera ó viuda se casó su padre con otra muger, si muerta esta contrajo matrimonio con la madre de los referidos; y es la razón porque para la legitimación de los hijos no toman en cuenta las leyes el tiempo medio, sino los extre-

1. Leyes 1. tit. 13. Part. 4. 2 y 4. tit 6. lib. 3 del Fuero Real.

* Entiéndase que los hijos legitimados que la ley considera legítimos, y concurren como herederos forzosos de sus padres y abuelos en primera línea excluyendo á la de los ascendientes, son únicamente los que se legitimaron por el matrimonio posterior de sus padres; mas no los legitimados por rescripto del Príncipe, pues estos no concurren á la herencia con los legítimos, según terminantemente, lo previene la ley 12 de Toro, que es la 7. tit. 20. lib.

10. Nov. Rec. añadiendo que en orden á honores y preeminencias no se diferencian de los primeros.

2 Cast. en la ley 21 de Toro, núm. 25, y Cifuentes, núm. 15. Gom, ley 12 de Toro, núm. 56.

3 Gom. ibid vers. *Sed. advertendum.*

4 Gom. num. 58. vers. *Secundo.*

** Se excetua el caso en que se justifique haberse contraído el matrimonio en fraude del sustituto ó fideicomisario llamados á la sucesion, pues aunque aquel es válido, no da derecho á la herencia.

mos, que son estar en aptitud sus padres para casarse sin dispensa cuando los procrearon, y verificarse despues en cualquier tiempo su matrimonio (1).

5. Repútanse igualmente como legítimos los hijos del clérigo de menores, habidos en su concubina, si posteriormente se casó con ella, perdiendo el beneficio (2), y se amplia y há lugar aun en el caso de que concurren en sus hijos al tiempo de su generacion los dos vicios de incesto y adulterio, pues prevalece el favor del matrimonio (3), porque como basta que en uno de los dos tiempos, que son la generacion del hijo ó su nacimiento, esten sus padres libres de impedimento canónico para contraer, segun la ley 11 de Toro; aunque cuando fue engendrado interviniese el incesto y adulterio de sus padres, si cuando nació habia muerto el marido de su madre, ó la muger de su padre, y estaba obtenida la dispensacion, y casados los dos, se removieron ambos impedimentos; y asi nació en tiempo habil para ser reputado por hijo legítimo y de legítimo matrimonio. Y si obtenida la dispensacion no se hubiesen casado, se legitimará por el subsecuente, porque cuando nació ya eran libres sus padres, y mediante la dispensa anterior se hallaban ya tan aptos para contraerle como si jamas hubiera habido impedimento alguno.

6. Esta doctrina comprende tambien á los nietos: por lo que si el abuelo tuvo algun hijo natural en muger soltera ó viuda, y este otro hijo legítimo, y despues de muerto el hijo natural, se casa el abuelo con la referida muger, se legitimará el nieto para con su abuelo, y como legítimo le sucederá del mismo modo que si el matrimonio se hubiese verificado en vida de su padre (4).

7. Tambien son legítimos los que nacen de infieles, que despues se convierten á nuestra santa religion, aunque esten en el grado prohibido por derecho canónico, porque entre ellos el matrimonio es un mero contrato, y no estan sujetos á las leyes canónicas hasta que se reducen al gremio de la iglesia (5).

8. Son tambien hijos legítimos los póstumos, esto es, los que nacen despues del fallecimiento de sus padres (6), por cuya razon dice el derecho que el que deja á su muger en cinta, no

1 Gom. dicha ley 12, num. 6o.

2 Covarr. in *Epítome de sponsal.* part. 2, cap. 8. Greg. Lop. ley 1. tit. 13. Part. 4, glos. 9.

3 Vasquio *de sucesion.* part. 1. lib. 3. §. 22. Morquec. *de div.* lib. 4- cap. 6.

num. 24.

4 Gomez en la ley 12 de Toro, num. 62. vers. *Sed his non obstantibus.*

5 Cap. *Gaudemus* 15. *Quæ filii sint legitimi.*

6 Ley 20, tit. 1. Part. 6.

muere sin hijos, y siendo sus madres libres y no siervas, ó aun cuando sean siervas al tiempo de su nacimiento, si al de su concepcion eran libres, no solo se tendrán por libres, sino que gozarán y les competirán todos los privilegios que á los nacidos. Lo mismo sucederá si cuando los conciben son siervas, y al tiempo de parirlos estan manumitidas, porque el hijo sigue la condicion de su madre, excepto en cuanto á los honores civiles, que sigue la de su padre, si nace despues que los obtuvo y no antes (1). Para que se tengan por legítimos es preciso que los pára su madre á lo mas á los diez meses despues de la muerte de su marido, y que á este tiempo viva en su compañía; pues si nacen, aunque no sea sino un día entrado en el oncenno mes, no se reputarán por legítimos, pero sí naciendo dentro de los siete (2) ó de los nueve, que es lo comun; bien que suele haber partos verdaderos de once meses, los que pocas veces sucede: véase acerca de este punto á *Lara de vita homin.* cap. 10. (*).

9. Para poder heredar los descendientes legítimos á sus ascendientes y llamarse naturalmente nacidos y no abortivos, han de nacer vivos enteramente, como se indicó en el cap. 1. tit. 1. lib. 1., y vivir despues veinte y cuatro horas naturales á lo menos, ser bautizados antes de morir, aunque solo fuese por medio del agua de socorro; y por ultimo han de haber venido al mundo con figura racional, en términos que no quedase duda de que pertenecian á la especie humana. Si no se verifican estas tres circunstancias no podran heredar á sus ascendientes, aun cuando expresamente los instituyan por sus herederos.

10. La institucion que los padres deben hacer en sus hijos legítimos es la directa y no la oblicua ó por fideicomiso. Llámase directa cuando en su virtud puede admitirse ó pedirse la herencia sin ministerio de otra persona, y oblicua siempre que es precisa la intervencion de tercero.

11. Dicha institucion ha de ser íntegra y sin condicion ni gravamen, por lo cual no admite coherederos extraños. Por tanto si alguno de estos fuere instituido, será su nombramiento ineficaz y nulo (3). Unicamente respecto del póstumo se verifica haber una condicion tácita, que es la de que se haya de realizar su nacimiento. Luego que esto sucede se le dan todos los

1 Ley 1. tit. 1. lib. 6. Rec.

2 Ley 4. tit. 23. Part. 4. *Lara de vita homin.* cap. 10. Menoch. lib. 2. *presumpt.* 52. *Rojas de incomp.* part. 2. cap. 4.

* Véase lo que sobre este punto se dijo

en el cap. 1. tit. 1. lib. 1.

3 Leyes 7. tit. 1. Part. 6. y 1. tit. 6. lib. 3 del Fuero Real. Leyes 17 al fin, tit. 1. 4 y 7. tit. 11. y 11. tit. 4. Part. 6,

remedios posesorios de tenuta y restitucion *in integrum*, que le competen (1), para lo cual basta que no tengan impedimento legal al tiempo de morir el que los instituye, aun cuando antes le tuvieran.

12. Lo dicho hasta aqui no solo se entiende de los hijos legítimos, sino tambien de los nietos, biznietos, y demas descendientes directos del testador, todos los cuales son sus herederos forzosos en su caso, excluyendo los de mas próximo grado á los mas remotos, y pueden anular el testamento de su ascendiente, si no los instituye, ó si los olvida en él, que es lo que se llama pretericion. Asi en caso de tener hijos vivos no podrá instituir por herederos á sus nietos, hijos de estos, sino que los hijos distribuirán entre si la herencia á partes iguales (salvas las mejoras de que se hablará despues). Esto es lo que se llama heredar *in capita* ó *por cabezas*. Pero si los nietos del testador son hijos de algun hijo difunto, deberá el abuelo instituirles en la parte que hubiera correspondido á su padre si viviera, y esta la dividirán entre sí á partes iguales: de modo que entre todos juntos en representacion de su padre muerto heredarán tanta porcion como cada uno de sus tios. Esto es lo que se llama heredar *in stirpem* ó *por stirpes*.

13. Explicado el orden y forma en que el testador debe instituir á sus descendientes, legítimos resta decir qué parte de herencia debe dejarles; pues aunque las leyes reconocen en ellos un derecho á la totalidad del caudal de sus ascendientes, sin embargo han permitido siempre á los padres el que puedan disponer en favor de extraños ó de su alma de alguna parte de sus bienes. La ley 17. tit. 1. Part. 6., que en este particular daba á los ascendientes bastante amplitud, fué moderada por otras del Fuero Real, que solo les concedian la facultad de disponer libremente de un quinto de su caudal en vida, y de otro en muerte (2). Pero despues la ley 28 de Toro redujo la facultad de aquellos á disponer en vida ó muerte de solo el quinto (3), prohibiendo que la suma empleada en ambas ocasiones exceda de la cuota referida (*).

1 Lara de vita homin., cap. 2.

2 Leyes 9. tit. 5, y 7, tit. 12, lib. 3 del Fuero Real.

3 Ley 8, tit. 20, lib. 10. Nov. Rec.

* En el obispado de Ciudad Rodrigo es costumbre inconcusa que los ascendientes puedan legar la cuarta parte de sus bienes, aun cuando tengan hijos legítimos. Y

no faltan autores que concedan la misma facultad fuera de dicho obispado á los padres que no dejan mas hijos, que un póstumo, fundándose en la ley 3. tit. 12. lib. 3 del Fuero Real: pero no es así, porq e estas leyes no tienen lugar sino donde estan en constante observacion, como lo manda la 1 de Toro, y la citada no lo es

14. De lo dicho se infiere que los bienes todos de sus ascendientes, á excepcion del enunciado quinto, forman la *legítima* de sus descendientes, y se llama asi porque está designada por la ley, no pudiendo defraudarles el testador de la parte mas mínima de ella. Pero puede aumentar en vida ó en muerte la porcion de alguno ó algunos de ellos, con menoscabo de los demas, en la tercera parte de su caudal, y esto es lo que se llama mejorarlos en el tercio. Cuando la legítima consiste en la totalidad de la herencia distribuida por igual entre los descendientes se llama *plena ó completa*: cuando algunos de estos la reciben con el menoscabo del tercio, por haber el ascendiente mejorado en él á otro ú otros, se llama *legítima corta ó diminuta*. Asi se ve que aunque el tercio se considera legítima por cuanto toca necesariamente á los herederos forzosos, no tiene en realidad concepto de tal sino respecto del mejorado. Como el padre es libre en dejar el quinto de sus bienes á un extraño, con mayor razon puede disponer de él en favor de alguno ó algunos de sus hijos, aun cuando lo haya mejorado en el tercio, y esto es lo que se llama mejorarle en tercio y quinto. De todo lo cual se habla extensamente en el capítulo de las mejoras.

15. No se debe á los hijos su legítima sino despues de la muerte de su padre, y asi no está obligado á dársela en vida, ni aun cuando esten presos y la necesiten para pago de alguna multa ó condena que se les haya impuesto (1). Sin embargo creen algunos que hay casos en que tienen los padres obligacion de satisfacer ciertos gastos ó penas impuestas á sus hijos, fundándose en razones que no son despreciables (2).

16. Pero si el padre quiere es dueño de entregar á sus hijos en vida la legítima que les corresponderia en caso de muerte, aun cuando estos lo resistan y no la quieran (3), porque aquel plazo se estableció en favor de los padres, y por tanto lo pueden renunciar. Sin embargo no deberán hacerlo cuando se expongan á que redunde en perjuicio de ellos, como si fuesen menores ó pródigos, pues estan obligados á evitarles cuanto pueda serles nocivo (4).

17. Puede por consiguiente hacer en vida la distribucion, y

tá en parte alguna. Al contrario, por las leyes 3, tit. 23, Part. 4. y 20, tit. 1, Part. 6. el póstumo en cuanto concierne á su utilidad se considera como nacido.

1 Menchac, in *Authentic. novissim.*, Cod,

de *inoffic. test.*

2 El adicionador del Febrero en nota al num. 10. §. 1, cap. 1, lib. 2, part. 2.

3 Menchac, de *succession. creat.* §. 7.

4 Velasc, de *partit.*, cap. 21, num. 6.

tambien revocarla despues de hecha y de entregados los bienes en ella contenidos, á menos que no exprese su voluntad de que sea irrevocable. Si lo expresa será considerado el acto como una donacion *inter vivos*; pero de lo contrario no tendrá otro concepto que el de última voluntad anticipada, y es sabido que las últimas voluntades son revocables hasta la muerte (1).

18. Si dice que quiere sea estable é irrevocable para siempre, se ha de distinguir: ó los hijos entre quienes se efectúa la particion estan bajo de la patria potestad ó no. Si no existen por hallarse casados ó emancipados por su padre ó por la ley ó rescrito del Príncipe, valdrá y no se podrá revocar, porque por la tradicion que les hace de los bienes, se les transfiere irrevocablemente el dominio de ellos (2).

19. Pero si existen, se podrá revocar, porque no se les transfiere su dominio, y es nula la donacion que sus padres les hacen estando en su poder (3). Previendo que si por esta particion no consiguió algun hijo la legítima íntegra que le correspondia atendidos los bienes que al tiempo de formalizarla tenia su padre, no le dañará, antes bien podrá repetir el residuo asi de ellos como de los posteriormente adquiridos ó aumentados (4).

20. Valen en tanto grado la asignacion de bienes hecha por el padre entre sus hijos mayores y la tradicion que de sus legítimas les hizo en vida con cláusula y juramento de que no han de pretender mas de los paternos, sin embargo de que se aumenten despues, renunciándolos expresamente, que ya se multipliquen ó disminuyan, ni el hijo tendrá repeticion contra los referidos bienes aumentados, ni el padre contra los dados al hijo, ni aunque la intenten deben ser oidos, porque el juramento confirma y vigoriza el pacto (5).

21. Pero si no interviene pacto jurado de no pretender suplemento de legítima de los bienes que despues de la tradicion aumente el padre, aunque esten discordes los autores acerca de si los hijos podrán ó no pedirlo, la mas segura opinion es que puedan, y que creciendo las facultades de sus padres debe crecer

1 Ayor. part. 3. quest. 10. Morquech. de *divis honor.* lib. 4. cap. 3. num. 5 y 6.

2 Gom. en la ley 17 de Toro. num. 21, vers. *Sed his non obstantibus.*

3 Ley 3. tit. 4. Part. 5. Velasc. de *partit.* cap. 21. dicho num. 13 y 14.

4 Boer. decis. 62. num. 8, Tell. en la

ley 23 de Toro, num. 13. Velasc. dich cap. 21. num. 17.

5 Palacios Rub. in *Rubr.* §. 16. num. 16. Menchac. de *succession. creat.* §. 18. num. 80. Molin. de *primogen.* lib. 2. cap. 13. num. 5.