

## CAPITULO SEPTIMO.

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

- §. 1. Por nuestras leyes los ascendientes son herederos forzosos de sus descendientes á falta de sucesion en todos sus bienes, á excepcion del tercio.
2. El orden que en esto se observará es el que se expresa en la referida herencia abintestato.
3. Comprende del mismo modo á los que esten bajo la patria potestad, que á los emancipados.
4. Las leyes de Partida que permitian á los hijos disponer del total de sus bienes castrenses estan derogadas.
5. De la ley 6 de Toro nacen dos dudas: primera, sobre consignacion del tercio.
6. Resolucion de ella.
7. Segunda, sobre si en el tercio podrá un hijo disponer de la propiedad y usufructo.
8. El hijo puede disponer de sus bienes cuando el padre entró y profesó en alguna religion, y en otros casos.
9. El pacto reciproco de heredarse celebrado entre marido y muger no es permitido al hijo en perjuicio de su padre.
10. No solo sucederán los ascendientes á los descendientes á falta de hijos, sino cuando estos son desheredados.
11. Pero esta sucesion no se extiende á los mayorazgos ni al enfiteusi.
12. 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.

1. Como la patria potestad era perpetua y omnímota 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 línea recta, que es la de los ascendientes legítimos (\*), entre los herederos forzosos, im-

\* La legitimidad de los ascendientes no se ha de entender de su propia perso-

na, sino respecto de la de los descendientes á quienes han de heredar, y asi nada

hijo legítimo al natural en la sucesion de los bienes de su madre: luego tampoco deberá serlo en la de los de su hermano, y asi concurrirán ambos (1).

24. Y si el hijo natural de parte de madre falleciere sin testamento ni descendientes legítimos dejando dos hermanos, uno hijo natural de su padre y madre, y otro tambien natural de la misma madre pero de diverso padre, le heredará el hermano natural entero, por la doble conjuncion y cualidad, y preferirá al uterino, porque tiene predileccion legal como mas conjunto (2), al modo que para con los hermanos legítimos está dispuesto en derecho.

25. Los espurios, de cualquier clase que sean, no sucederán abintestato á los parientes de su padre, ni estos á ellos, porque por la máxima incertidumbre de la filiacion y parentesco por parte paterna no se reputa haber agnacion ni cognacion entre ellos (3).

26. Asimismo no sucederán los espurios de dañado ayuntamiento á los hermanos ni parientes suyos por línea materna, porque si no suceden á su madre ni ésta á ellos, tampoco deben suceder á sus parientes por su línea, ni estos heredarlos (4).

27. Entre los hijos naturales y espurios y sus padres y parientes son recíprocas la sucesion abintestato y la obligacion de darse alimentos, y asi se debe guardar igualdad entre ellos: de modo que en todos los casos en que los hijos pueden suceder á sus padres y parientes, y deben ser alimentados por ellos, es igual el derecho de los segundos para suceder á los primeros, como ya se dijo en el capítulo citado.

28. Acerca de los hijos ilegítimos de todas clases debo por último hacer dos advertencias: 1.<sup>a</sup> que aunque el padre declare en su testamento que les debe algunos frutos, dinero ú otra cosa, no estan obligados los herederos á entregársela, á menos que lo justifiquen por otros medios legales, porque se presume que lo hace por beneficiarlos perjudicando á sus herederos legítimos (5): 2.<sup>a</sup> que la ilegítimidad 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 Gom. dicho num. 48. vers. *Dubium tamen est.* Avendañ. en la ley 9 de Toro. glos. 2. num. fin. Acev. en la 7. tit. 8. lib. 5. num. 4.

2 Matienz. ley 6. tit. 8. lib. 5. glos. 4. num. 10. Greg. Lop. en la fin. tit. 13. Part. 6. glos. 6. Gom. en dicha ley 9. num. 49.

3 Gom. ibid. dicho num. 46.

4 Gom. ibi. num. 50. vers. *Sed teneo* Cifuentes en dicha ley 9 de Toro. num. 2. Tello en ella, num. 34. vers. *Ex ultimis verbis.* Matienz. en la 7. tit. 8. lib. 5. glos. 3. Acost. in cap. *Si pater*, vers. *Omnia*, num. 13. *de testam* in 6.

5 Ley 3. tit. 14. Part. 3.

poniendo á sus descendientes la obligacion de instituirlos por falta de sucesion (1) en todos sus bienes *adventicios y profecticios, castrenses y cuasicastrenses*, sin exceptuar los adquiridos por el hijo ordenado *in sacris* por razon de la iglesia (2), á excepcion del tercio de todos ellos, del cual pueden los descendientes, disponer á su arbitrio asi en vida como en última voluntad (3).

2. Asi 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 usufructo 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 adventicios (4): lo mismo entiendo de los donados por el Rey al descendiente, y de los adquiridos por razon de la iglesia (5). Igual disposicion contienen las ordenanzas militares con respecto á los que gozan del fuero de guerra (6).

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, num. 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

importa 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, num. 6.

1 Ley 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.  
2 Ley 12. tit. 20, lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 6 de Toro.

4 Avendañ. en dicha ley, glos. 7. Greg. Lop. en la 6. tit. 17. Part. 4.

5 Morquech. *de divis.* lib. 4. cap. 4. num. 18.

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

contrario seria imponerles gravamen; y lo otro porque dicha ley 6 no lo dice, ni otra alguna.

6. Venerando como debo su dictamen, el mio es, que ya lo deje 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, sino como legado voluntario. Y si al último no puede consignarse, ¿por que razon 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 razon, debe obrar la misma disposicion legal: es asi que cuando el ascendiente deja el quinto á extraño, lo puede consignar, no obstante ser su descendiente heredero de prerogativas mas grandes, como dejo sentado: luego no solo con igual sino con superior razon 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 és, si el hijo que está bajo la patria potestad podrá disponer del tercio de sus bienes en propiedad y usufructo, 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 usufructo de sus bienes, sino solo la propiedad de ellos. Asi 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 usufructo en manera alguna; y no menos que ni aun por testamento puede hacerlo. Los jurisconsultos que opinan de este modo se fundan en la citada ley, que reserva al padre, durante su vida, el usufructo de los bienes del hijo, por lo cual no puede enagenarle sin licencia suya, de cuyo dictamen es Sigüenza (1). Los que opinan en favor de la libertad del hijo para enagenar en su testamento el usufructo, 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

1 Sigüenz. de *clausula*, lib. 2. cap. 1.

cuando no sea cierto que por la muerte se adquiriera la exención de la patria potestad ni ningún otro derecho, la ley 5 de Toro (1), posterior á la de Partida, hace al hijo *sui juris*, ó independiente, para que teniendo la edad de doce ó catorce años (según fuere hembra ó varón) puede hacer testamento, como si estuviese fuera de su poder; y como en ella no se hace distinción alguna entre propiedad y usufructo, parece conforme á razón, que este accesorio siga la condición de lo principal.

8. Puede el hijo disponer también de sus bienes en propiedad y usufructo cuando su padre entró en religión y profesó; ó por ser disipador se le quitó la administración de los bienes de su hijo; ó si por delito que cometió es *deportado*, que se llama así al desterrado para siempre á las labores del Rey, v. gr. presidio, arsenales, minas, galeras, cárcel perpetua, ó cuando es *banido ó encartado*, que es el prófugo por delito, y porque no parece, se le emplaza por edictos, y en rebeldía es condenado, en cuyos casos espira el usufructo, y después de extinguido no renace (2).

9. Si el hijo casado y su mujer hicieron pacto recíproco de que aquel que sobreviviese hubiera de suceder al muerto en todos sus bienes en caso de no dejar descendientes legítimos, ¿valdrá este pacto, y podrá en su virtud dejar de instituir á sus ascendientes? Dicen que sí varios autores (3); pero no me adhiero á su dictamen; primero, porque siendo un honor el nombre de heredero es justo que los hijos le den á sus padres, y la desheredación 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 (\*).

10. No solo sucederán los ascendientes á sus legítimos descendientes careciendo estos de hijos ú otros descendientes legítimos, 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 preterición, 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

1. Lóg. 4.º tit. 18. lib. 10.º Nov. Rec.

2. Morquecho de *divis*, lib. 4.º cap. 4.º num. 30 al 40.

3. Gut. de *juris confirm.* part. 1.º cap.

3. num. 27. Cast. in proem. leg. *Tauri*,

num. 4.º y 5.º

\* Puede haber ciertamente hermandad y comunicación de bienes entre marido y mujer en dos casos, pero su explicación no es propia de este lugar.

(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 há lugar.

11. Pero no sucederán los ascendientes en los bienes de mayorazgos ni en enfiteusi, porque estos no se difieren por derecho hereditario, sino de sangre, á menos que otra cosa esté dispuesta en su constitucion (1). 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 hijo (2).

12. Tampoco sucederán los ascendientes á sus descendientes cuando renunciaron con juramento la herencia y derecho hereditario que tenian á sus bienes (3). Ni cuando el hijo dispone de todos sus bienes á favor de otro cualquiera, y para ello precede licencia jurada 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 cosa (4).

1 Mat. en la ley 1. glos. 3. num. 11. y glos. 5. num. 2. tit. 8. lib. 5. Rec. Greg. Lop. en la ley 7. verb. *Los que suben*. tit. 26. part. 4. y en la 4. glos. 1. tit. 13. Part. 6.  
2 Ley 7. tit. 26. Part. 4. et ibi glos. cit.

3 Acev. en la ley 1. num. 65. al 69. tit. 8. lib. 5. Rec. Gutierr. in cap. *Quamvis pactum de pact.* in 6.

4 Gutierr. y Acev. ubi supr.