

§ VI.

¿DÓNDE DEBEN HACERSE LAS SUSTITUCIONES?

Como estas siguen la razon directa de las instituciones de herederos, y estas se hacen por ley en testamento, ó poder para testar, y se aclaran en codicilos ó memorias testamentarias; es claro que en estos mismos instrumentos, y en el mismo orden deben hacerse las sustituciones.

§ VII.

¿PUEDEN IMPONERSE CONDICIONES AL SUSTITUTO, COMO AL HEREDERO?

Para resolver esta cuestion se hace preciso saber si el sustituto es ó no descendiente ya del sustituido, ya del testador. Siendo descendiente de cualquiera de los dos, esto es, del testador ó del sustituido, solo pueden ponerse condiciones y gravámenes del modo y con las condiciones que fijé al hablar de dichas condiciones respecto de los herederos. Y siendo estraños los sustitutos ya al testador ó al sustituido, pueden imponérseles los gravámenes y las condiciones que se quieran por el testador; pues este con su propiedad puede para trasmitirla á quien no le toca, imponer los gravámenes y condiciones que guste y juzgue conveniente; siempre que dichas condiciones no sean antilegales. Para saber lo cual debe observarse lo que dije en el párrafo donde espliqué, al hablar de los derechos de los testadores y herederos, toda esta materia. Como se ve, se pueden imponer gravámenes y condiciones lo mismo al sustituto que al heredero: mas ¿la condicion impuesta á este se trasmite á aquel? Esto lo sabremos en el siguiente.

§ VIII.

¿LAS CONDICIONES IMPUESTAS A LOS HEREDEROS PASAN A LOS SUSTITUTOS?

Por regla general, dice Febrero: „puede sentarse, que la condicion impuesta al heredero instituido no se estiende al sustituto; y en consecuencia, no pasa á él. Mas esta regla tiene ecepciones.” Si la condicion causal fué impuesta restrictiva y personalmente al instituido, no se juzga repetida la condicion, y lo mismo sucederá si se impuso á cierto grado ó persona nombrada. Pero si dicha condicion fué puesta á todos los grados y personas nombradas, entonces se juzga repetida y pasará al sustituto.”

„Si la condicion fuese potestativa coherente á la persona, no se presume repetida en el sustituto, como si dijese el testador: „Instituyo por mi heredero á Juan, si se casare con María y le doy por sustituto á Pedro.” Pero se entenderá repetida si no fuese coherente á la persona, como si dijese: „instituyo á Juan, si diese cien pesos á Antonio, y del mismo Juan nombro sustituto á Pedro.” Finalmente, si la condicion ó gravámen se imponen despues de los grados de institucion y sustitucion, comprenden á los instituidos y sustituidos; y se presumen repetidos en todos y en cada uno de ellos.”

Mas ¿qué sucede cuando de los muchos gravámenes, resulta que el sustituido, queda sin la herencia, ó con una parte de ella, mas tan insignificante, que no le basta, no digo, ya, para disfrutar comodidades, pero ni siquiera para recompensarle su trabajo, fatigas y tiempo perdido, empleados en el arreglo de la herencia misma? ¿Queda así, burlado en sus esperanzas, perdido su tiempo y sin recompensa su trabajo? No: en estos casos, las leyes conceden al

sustituto sacar una cuarta parte de los bienes del testador, y ademas los frutos que percibió de la herencia, mientras la tuvo en su poder, si equivalen á la cuarta; y caso contrario, debe completarla del cuerpo de la herencia. Esta cuarta tiene el nombre de treveliánica, por haber sido concedida y reglamentada por el Senado consulto Treveliánico. Desde luego se nota que esta cuarta sigue y tiene por modelo á la cuarta falcidia; así como las sustituciones siguen y tienen por modelo á las instituciones de herederos.

§ IX.

¿QUÉ DICE LA RAZON Y LA NATURALEZA SOBRE INSTITUCIONES?

En los anteriores párrafos espusimos las disposiciones legales sobre sustituciones, &c. y dimos las razones en que á nuestro ver se fundaron las leyes civiles para establecerlas, y conceder hacerlas á tales y tales personas bajo estos y aquellos requisitos. Ahora vamos á examinar si son conformes al derecho natural 1.º las sustituciones, y en que sentido; 2.º la pupilar y la ejemplar; y 3.º las razones generales que hay para que se quiten estas y aquellas, si la primera, ó en general, no se toman y usan como deben.

I.

SUSTITUCIONES EN GENERAL, Ó SEA VULGARES.

Las sustituciones hereditarias de la vieja Roma, han llegado á ser entre nosotros, verdaderamente raras; pues ya ahora no existen las razones que las hacian figurar en los testamentos; esto es, el deseo

de evitar, y la manera legal de conseguirlo, la mancha que empañaba la memoria del intestado. Sucedia frecuentemente, que los testadores dejaban las herencias tan sobrecargadas de gravámenes y deudas, que no hallando los herederos sustituidos, ninguna utilidad ni ventaja, en aceptarlas, las repudiaban con indiferencia y aun desprecio, derribando de este modo los principales puntos de los testamentos. Estas razones y las espuestas al principio de este capítulo fueron las que criaron las sustituciones, sus objetos, fines y modos de hacerlas. De este modo se introdujo la sustitucion de un segundo, tercero ó mas herederos que entrasen á la herencia sucesivamente, segun que el primero, segundo ó ulteriores dejasen de percibirla.

Ya tengo en otro lugar probado la útil legal necesidad, de que se guarden todos los puntos de un testamento, aun cuando el heredero no acepte la herencia, ó no pueda entrar en ella; y tambien, que entre nosotros el hecho de morir intestado ó sin nombrar heredero, no incluye ni trae por consecuencia, la degradante nota de ignominia, ni otra alguna; y por lo mismo parece que nuestra legislacion no debe no digo permitir, pero ni tolerar las sustituciones.

No obstante lo dicho en el párrafo anterior, como yo me he propuesto, examinar en todo caso, si la disposicion dada trae ó no su origen de la naturaleza misma, ó de otras razones de congruencia emanadas de las circunstancias á cuya vista y por cuyo influjo, se hayan espedido dichas disposiciones, ó leyes, creo que en la presente cuestion debo hacer lo mismo que con las hasta aquí ventiladas. Con este objeto desde luego concedo, que si la sustitucion se estiende á la facultad de disponer que cuando llegue á morir el heredero instituido le suceda otro y en fallecimiento este

otro tal; resulta una inhabilidad completa para la enagenacion de estos bienes respecto de los herederos, ligando con semejante precepto á las generaciones futuras, que es el caso del odioso y repugnante mayorazgo, que gracias á Dios no existe entre nosotros. Pero si ella se limita á que no recibiendo el nombrado la herencia, legado ó donacion, por cualquiera motivo que sea, pase á otro, creo que no hay inconveniente en esta disposicion. Pues con esta no se hace mas que asegurar al heredero, legatario, ó donatario, su herencia, legado ó donacion; ó mas bien, no se hace mas que una institucion, legado ó donacion: porque desde el momento en que el primer nombrado reciba la cosa, ya caducó la disposicion, respecto del segundo. Ahora, con tal explicacion, juzgo de fácil solucion los puntos de que me ocupé en este capítulo, y si son ó no adoptables.

La regla que se establece sobre que la sustitucion debe considerarse como una sustitucion hecha por el sustituido, es poco conforme con la verdad; pues esta es, que la herencia ó legado no se recibe por disposicion del sustituido, sino del mismo sustituyente; puesto que el sustituido no tiene en este caso mas intervencion que, á lo sumo, la de declarar que no acepta la herencia. Otro tanto puede decirse cuando la sustitucion se estendiese al caso de la muerte del primer nombrado. Por lo mismo parecerá ser inútil lo que tambien se dice de que solo podrá darse por via de sustitucion aquella cantidad de que puede disponer el sustituido; porque es claro que debe mirarse en esto á la capacidad del mismo sustituyente y no de otro. Al contrario, es del todo conforme con los principios asentados, el que se conceda la facultad de sustituir, para solo el caso de que el primer nombrado, deje de recibir la herencia, legado ó donacion, por no querer, ó por no

poder; y por lo mismo, no para el que habiéndola recibido una vez, deje de tenerla, de cualquiera manera que esto suceda, que es únicamente lo que conforme á la naturaleza, sentimientos &c., &c., debe reprobarse.

Lo mismo digo en cuanto al caso en que falta, el efecto de la sustitucion por recibir ó aceptar la liberalidad. La doctrina de que la sustitucion no tiene lugar cuando el sustituto muere antes que el testador, tambien es justa y conforme con los principios generales antes establecidos; pues la disposicion testamentaria no tiene efecto sino hasta despues de la muerte del testador, porque, como dueño de su propiedad puede variarla á su antojo antes de morir; y por esto, para no atacarle su propiedad y dominio, su disposicion no se ejecuta sino despues de su fallecimiento; y el agraciado no puede transmitir á su heredero, lo que el mismo no llegó á adquirir. Lo dicho me parece suficiente para fijar un tanto las ideas sobre esta materia, y para acabarlas de aclarar recorramos lo demas en el punto.

II.

SUSTITUCION PUPILAR Y EJEMPLAR.

Sin embargo de los inconvenientes espuestos en el anterior punto, puede replicárseme; primero; que estos males no se encuentran respecto de un niño; pues que le está vedada la trasmisibilidad de sus bienes durante su menor edad, y esta sustitucion solo tiene lugar mientras fallezca en dicha edad. Segundo; que el nombramiento de tal heredero evita las tentaciones de sus parientes contra la vida del sustituido, puesto que quitándole de en medio, lo cual les es muy fácil, consiguen su herencia entran-

do á ella por sucesion intestada. Tercero, que evita tambien la intestacion.

Digo á lo primero; que si bien sea cierto que un niño no puede hacer testamento y transmitir en esta virtud sus bienes á otro, no lo es ménos que no pueda y no le sea conveniente algunas veces enagenarlos por acto entre vivos con intervencion de su tutor, segun las formalidades que para ello exigieren las leyes. Por lo mismo, si por una parte no es prudente dar demasiada estension á estas enagenaciones conciderando los fraudes que aquel pueda hacer, tambien por otra es claro que quien mas necesidad puede tener para verificar aquellas, es un huérfano que se halla en una edad de gastar y no de ganar; y de ganar y no perder, supuesta la restitution.

Al segundo argumento digo: que si el mal que se quiere evitar existe en tan alto grado como se pretende y supone, no se remedia á la verdad con la sustitucion; y bien por el contrario, se aproxima el riesgo y aumenta el mal, y deben por tanto, y con mas razon temerse sus efectos por parte del sustituto; pues al fin este tiene un interés mas seguro, y cercano, con la muerte del sustituido. Y aun cuando procuren evitarse dichos males y temores, no se logrará conseguirlo mientras no seamos Angeles, ó estos no nos remplacen acá en la tierra á los hombres. Si dichos males no tuvieran por fundamento las quimeras, ni por origen las caprichosas ilusiones de la ficcion, no sé á dónde iriamos á parar, pues por decontado que entonces, y á fin de evitar dichos males, deberian prohibirse las disposiciones testamentarias, á lo menos en cuanto pudieran ser publicadas; pues claro es, que el legatario y heredero tienen interes en la muerte del testador, antes de que varíe su voluntad testamentaria manifestada: igualmente habrían de abolirse

las sucesiones *ab intestato*; pues aquellos en quienes recaen estas tienen tambien interes en que cuanto antes fallezcan los poseedores de los bienes, para gozarlos ellos; con no menos razon puede decirse lo mismo respecto de los contratos en que se concede á alguno cierto derecho sobre los bienes del que concede, ó de otro, sobre los bienes de este: y por último, lo mismo, sin diferencia esencial alguna, habria de hacerse sobre ciertos derechos y concesiones hechas por la ley, por ejemplo, preeminencias y ascensos por antigüedad; pues en todos estos casos es evidente el interes de los mas modernos en la muerte de los mas antiguos, como en la remocion del obstáculo que habia para adquirir lo que se deseaba. Y como sabemos muy bien, que *argumentum quod nimis probat nihil probat*, es claro que dichos argumentos nada prueban, si no es en contra del objeto de su existencia.

Estos recelos á pesar de la perversidad del hombre, son exageradísimos, y creo que rarísima vez ó nunca se verificarán.

Bueno es que la ley ponga una barrera insuperable á estos posibles, á cuya vista, las pasiones del interes, la codicia, la ambicion y la perversidad, se agitan y conmueven; pero que convencidas de su insuperabilidad, se sujetan mansamente al nivel que se les haya fijado. Pero esto es objeto del derecho penal, y no del de testar.

Contesto al tercer argumento, que su fuerza es nula y de ningun valor: porque aun cuando la intestacion sea en sí un mal, no se remedia conque un tercero haga testamento por uno ni menos cuando este tiene imposibilidad, como sucede, cuando hay sustitucion pupilar ó vulgar: y que aun cuando no la tuviera, no hay voluntad verdadera del sustituido; pues que ninguna parte tiene en la disposicion; y que por lo mismo faltan las ventajas de la

testamentificación y solo se encuentran las desventajas de la sustitucion.

III.

ÚLTIMAS RAZONES SOBRE LO ANTES DICHO.

Sobre todo lo expuesto debo agregar: que si acaso la intestacion es inconveniente en algun niño lo es en alguno á quien se le ha nombrado heredero sustituto, cuya institucion no pudiendo revocarse por el menor durante la pubertad, no tiene motivos para ejercer hácia él servicios algunos, mayormente no debiéndole ni el favor del nombramiento.

Pregunto por último; con qué derecho los padres pueden hacer la sustitucion pupilar? con el de la naturaleza? Pero el derecho natural prohíbe la usurpacion y el robo; y en el caso que nos ocupa de una sustitucion pupilar existen ambas cosas. Porque en efecto, el hijo solo puede tener cuatro clases de bienes; castrenses, cuasicastrenses, adventicios y profecticios; y el padre al nombrarle sustituto á un hijo hace, ó dispone que aquel herede á este ó en todos los bienes del hijo, ó en parte: y en cualquiera de estos supuestos, el padre roba y usurpa. Usurpa, pues se abroga unas facultades que no puede ni debe tener; como es testar, á nombre y sin poder del que ni puede testar y aun cuando pudiera, lo que destruiria la sustitucion misma, no ha prestado su voluntad. Y comete ademas un robo, como paso á patentizarlo. Si el padre nombra el sustituto para todos los bienes del hijo, incluye los castrenses, y quasi castrenses, sobre los cuales, el hijo y nada mas que el hijo tiene la propiedad; porque han sido el resultado del ejercicio de sus facultades productoras, ó sea de su trabajo; y como sabemos, dis-

poner de la propiedad agena, es un robo. Desde luego se nota que hablo en el supuesto de que el hijo haya adquirido algo con su trabajo; pero como en general, los hijos en la edad pupilar no trabajan, no hay en este caso cuestion respecto de esos bienes. Con el nombramiento del sustituto ¿se concederán á este, á la muerte del sustituido y por orden del testador, los bienes adventicios? Tampoco, porque siendo estos adquiridos por parte materna ó de un extraño, forman en cualquiera de estos supuestos una propiedad exclusiva del hijo: disponer de ella sin su voluntad, que no puede dar, por falta de conocimiento, y todo por la edad, seria tambien un robo. Solo nos faltan los profecticios ó adquiridos por linea paterna; pero ni de estos puede el padre nombrar sustitutos á su hijo; porque ó el testador muere antes que el pupilo, ó este antes que aquel. En el primer supuesto, toda la propiedad pasa á la madre, como heredera natural y forzosa, en estos casos en que no hay descendientes por parte del testador ni del pupilo. En el segundo, esto es, muriendo el pupilo antes que el testador, se acabó la razon de la sustitucion, su objeto, su fin, su todo, y por lo mismo pasa la herencia al padre y á la madre; y el primero no tiene derecho para disponer de lo ageno segun dicta la razon y la ley, y aquí en estos dos supuestos, es propiedad de la madre en último análisis la que antes fué del hijo que hoy damos por muerto.

Lo espuesto hasta aquí nos sirve para conocer la verdad y la justicia de estas disposiciones; para lamentar los errores legales y herménuticos sobre esta materia; y en vista de ellos desear que nuestros gobiernos mejor posesionados de la equidad, corrijan tales leyes; y por último para contestar á la opinion de aquellos intérpretes que como Gregorio Lopez, niegan á la madre la facultad de evitar la

sustitucion pupilar; y con mas razon cuando se la excluye de ser ella la sustituta: diciendo el citado autor: „No puede la madre exigir tal cosa; porque ¿á quién reclama? ¿Al hijo? Pero este no es el testador, ¿Al marido ó testador? Pero ella no tiene derecho á heredar á su marido. „Suponiendo como sierto el que no tenga la muger derecho á heredar al marido, aunque esto en cierto sentido es falso; no por eso pierde el derecho; que por la naturaleza, supuestas sus relaciones de madre con su hijo; por la ley civil, supuesto el reconocimiento, y garantía de aquellas, no puede ni debe dejar de tener, á la propiedad de su hijo, cuando ella y solo á ella pertenece la herencia de aquel. Lo dicho basta.

CAPITULO III.

ALBACEAS.

¿Qué es albacea? ¿Cuántas especies hay de albaceas? ¿Quién puede nombrarlo? ¿Dónde? y ¿Quién puede ser albacea? ¿En qué término deben ejercer su empleo? ¿Cuáles son sus deberes y derechos? ¿Cuáles las penas en que incurren los que no cumplen con sus deberes? ¿Puede delegarse el albaceazgo? ¿Cuándo, y porqué concluye el albaceazgo? Estas cuestiones resueltas nos bastarán para concluir metódicamente este capítulo; y saber las disposiciones sobre esta materia. Lo haré en otros tantos párrafos, cuantas son ellas.

§ I.

¿QUÉ SON ALBACEAS?

La ley 1^a tít. 10 part. 6. dice: que „albacea cabezalero, &c., es la persona, que por disposicion del testador, por la ley, ó por mandato del juez, tiene el encargo de ejecutar ó hacer ejecutar lo mandado por aquel en su testamento, lo que ordena la ley ó encomienda el juez, respecto de una testamentaria.”

§ II.

¿CUÁNTAS CLASES HAY DE ALBACEAS?

De la definicion anterior se infiere que hay tres clases de albaceas; á saber: testamentarios, legítimos y dativos. Testamentarios son los nombrados por el testador. Legítimos los llamados en defecto de los primeros por la ley. Y dativos los que á falta de los primeros y segundos, nombra el juez, de oficio, ó á peticion de los herederos.

Ademas segun las facultades que les confiera el testador, objetos que designen las leyes, y motivo y fin con que los nombre el juez, pueden ser universales ó particulares: y segun que se den estas facultades á uno ó muchos; y á estos de mancomun ó separados, se dividen en mancomunados *é in solidum*. En estos casos deben proceder de mancomun á ejecutar la voluntad del testador; ó siendo *in solidum*, el primero que empiece á ejecutarla, debe continuar hasta concluir; y quedan excluidos los otros. Ley 6. tít. 10 partida 6.