

cesaria la desheredacion, con tal que no se instituya en su lugar á persona torpe. Mas si alguno, por ejemplo, instituye heredera á una mujer pública ó alcahueta, pueden los hermanos y hermanas rescindir el testamento por la queja de inoficioso, á no ser que fuesen desheredados con justa causa. Tales causas justas se hallan en número de tres en la *Nov. XXII. c. 47.* 1ª si el hermano asechase contra su vida; 2ª si le acusase de algun crimen, y 3ª si le perjudicase sobremas en sus bienes.

§. DXXXIII. Estas son las causas justas de desheredacion, y se pregunta: *si se admiten otras mas atrozes?* Lo cual parece debe negarse, porque Justiniano quiso que solamente estas bastasen. Así, por ejemplo, no valdria la desheredacion del hijo, porque hubiese cometido un homicidio; pues aunque estos delitos sean atrozes, sin embargo no se hallan entre las causas de desheredacion. Se ha de distinguir pues entre las causas *diversas*, aunque mas atrozes, y causas del *mismo género*: estas se admiten; aquellas de ningun modo. Así, por ejemplo, si puedo desheredar á mi padre por haber dado veneno á mi madre, claro está que valdria lo mismo la desheredacion, si fuese por haberla muerto con una espada. De este asunto trató diligentemente Ulr. Hubero en sus *Præl. ad. Inst. h. t.*

TITULO XIV.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO.

§. DXXXIV. Dijimos que á la desheredacion era contraria la *institucion de heredero*, de la cual se trata en este titulo. Manifestaremos, 1º quiénes pueden ser instituidos herederos; 2º cómo se divide el *as* hereditario; 3º de cuántos modos puede hacerse la institucion de heredero.

§. DXXXV y DXXXVI. Supuesto que la solemnidad interna del testamento consiste en la institucion de heredero, de suerte que es como el principio y fundamento del testamento, §. 34. *Inst. de legat.*, (1) se pregunta ante todas cosas, qué es heredero? Heredero es *el sucesor en todos los derechos que tuvo el difunto*. En cuya definicion se distingue el heredero del *legatario* y *fideicomisario singular*, pues ninguno de estos sucede en todo el derecho del difunto, sino en una cosa singular, por ejemplo, en una casa, un prado, una biblioteca, etc. Por lo cual, no pagando el legatario y fideicomisario ninguna deuda contraída por el difunto, incumbe esta carga solamente al heredero, porque es el sucesor en todos los derechos del difunto, *L. 24. ff.*

(1) En España, segun ya queda dicho, no es necesaria la institucion de heredero para que valga el testamento, segun la *L. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.*

De verb. sign. Supuesta esta definición, fácilmente se entenderá la primera cuestion de nuestro título, *quiénes pueden ser instituidos herederos*; lo cual explicamos con un axioma general derivado de la definición: *puede ser instituido heredero todo aquel que puede suceder en los derechos de ciudadano romano al tiempo de hacerse el testamento, de la muerte del testador y de la admision de la herencia.* Nada hai mas claro que este axioma, pues el hacer testamento es derecho quirritario, esto es, propio de los ciudadanos romanos, y por tanto ninguno puede percibir algo del testamento, sino el que puede suceder en los derechos del testador como ciudadano romano. Mas deben tenerse presentes tres tiempos para saber si uno puede ser instituido heredero; pues conviene que sea capaz 1º *al tiempo de hacerse el testamento*, 2º *al morir el testador*, 3º *al adir ó admitir la herencia.* No importa que en los tiempos intermedios sea inhábil, *L. 49. §. 4. ff. h. t.*; por ejemplo, miéntras Ciceron estuvo desterrado por Clodio, era incapaz de la herencia, ya le instituyese alguno heredero, ya muriese el testador estando él desterrado, ya que en calidad de tal entrase en la herencia. Y en nada hubiera perjudicado á Ciceron su destierro, si en las tres épocas mencionadas se hubiese hallado en la ciudad.

§. DXXXVII. Veamos las conclusiones que se derivan de este axioma; á saber de aquí se sigue, 1º que *tambien los siervos pueden ser instituidos herederos.* Se ha de distinguir no obstante entre los siervos propios

y ajenos. Los *proprios* no son herederos sino con la libertad, porque de otro modo no pueden suceder en el derecho de ciudadano romano, mas los *ajenos* tambien pueden instituirse aún sin libertad. Se objetará que el siervo no puede suceder en el derecho de ciudadano romano; pero es fácil la respuesta: los siervos no se instituyen por su persona, sino por la de su dueño, *L. 34. pr. ff. h. t.*; por tanto no adquieren para sí, sino para sus señores, y por eso basta que estos puedan suceder en todos los derechos de ciudadano romano. No obstante de ser corriente en las leyes, que pueden instituirse los siervos, debe tenerse presente una escepcion que se halla en el rescripto de Severo y Antonino, *pr. Inst. h. t.* á saber, *si se sospechase que el siervo habia cometido adulterio con su señora, y esta le nombra heredero, no valdria esta institucion, hasta que se diese sentencia en la causa de adulterio.* La razon está á la vista; pues así se haria libre el siervo heredero, y no podria ser atormentado, esto es, puesto en rigurosa cuestion de tormento, y el delito quedaria impune.

§. DXXXVIII. Del mismo axioma inferimos, 2º que solamente los ciudadanos romanos, y no los extranjeros, pueden ser instituidos herederos, *L. 6. §. 2. ff. h. t.* Porque ¿cómo podria suceder un extranjero en el derecho de ciudadano romano? Se cree sin embargo vulgarmente que está derogado este derecho por la *Auth. Omnes peregrini. C. Communia de success.* Mas en esta Auténtica no establece Federico II que los estran-

jeros puedan ser instituidos herederos, sino que puedan solamente hacer testamento y dejar sus bienes abintestato á los próximos parientes. Entretanto, habiendo Eschiltero, en la *Diss. de jure peregrinor.*, observado muy bien, que hai poca diferencia hoy dia entre los extranjeros y nacionales, no es de admirar que tambien aquellos puedan ser instituidos herederos.

§. DXXXIX. Sigue III^o la cuestion de *si pueden ó no las personas inciertas ser instituidas herederas*. Ya observámos en el §. 523, que antiguamente no podian serlo, pues la institucion de heredero era un *título de honor*; y ¿quién, pregunto, querria honrar á una persona desconocida, de la que no tiene formada ninguna idea? A la verdad así se observaba en tiempo de Plinio, bajo Trajano, como se manifiesta en su *lib. V. Ep. 7.* donde espresa, *que era nulo lo que se dejaba á los municipios, no por otra razon que la de ser personas inciertas*. Sin embargo esta legislacion fué variando poco á poco, y por Derecho nuevo se distingue, *si la persona desconocida puede hacerse cierta despues de la institucion, ó no*. Si de ningun modo puede venirse en conocimiento de ella, es evidente que no vale la institucion de heredero; por ejemplo, si uno nombrase heredero á Juan, y entre tantos miles de Juanes no se sabe de quién hablaba el testador: mas si despues de hecha la institucion puede averiguarse la persona, vale aquella; por ejemplo: *instituyo heredero al que salga cónsul en el año próximo*, §. 26, 27. *Inst. De legat.* Con esto se da fácilmente la razon de

por qué puede dejarse hoy dia la herencia á los pobres, iglesias, ciudades y cualesquiera corporaciones permitidas, esto es, confirmadas por el príncipe; lo cual no podia hacerse antiguamente, segun demostrámos claramente en nuestras *Ant. rom. h. t.* §. 3.

§. DXL y DXLI. Habiendo mostrado hasta aquí quiénes pueden ser instituidos herederos, toca ahora hacer ver quiénes no pueden serlo. De estos hai dos clases; los unos están prohibidos *simpliciter*, de suerte que no pueden ser instituidos por nadie y en ningun caso; y los otros están prohibidos *secundum quid*, de manera que solo en ciertos casos son incapazes. Están prohibidos *simpliciter* 1^o *los hijos varones de los reos de Estado*, los cuales redujo á tan miserable condicion la terrible *L. 5. C. ad L. jul. maj.*, por la cual no solo se les privaba de la herencia paterna y materna, sino que no podian recibir nada de ningun extraño. Y decimos que la prohibicion solo comprendia á los hijos varones, pues la condicion de las *hijas* era algo mejor, pudiendo percibir la legítima de sus ascendientes maternos, *L. 5. C. eod.* Tambien están prohibidos *simpliciter* de tomar nada de la herencia 2^o *los apóstatas, herejes y judíos*, habiendo ya visto arriba cómo se debe entender esto. Últimamente, 3^o *nada perciben simpliciter los colegios y cuerpos ilícitos*, *L. 42. C. h. t.* Mas aquí no se llaman colegios ilícitos moralmente los que son contra las buenas costumbres, por ejemplo, los de ladrones, asesinos, etc., sino los que no están aprobados por el príncipe. De aquí es que aunque, por

ejemplo, un colegio de músicos no está prohibido moralmente, no obstante no puede dejarse ninguna parte de herencia, porque no está aprobado por el príncipe. Estos eran los incapaces de heredar simplíciter. *Secundum quid* no puede ser instituido en ciertos casos, 1º el *príncipe*, si se hace por *causa de pleito*, para oponer un rival muy poderoso á los contrarios; sobre cuyo asunto existe una elegante oracion de los emperadores Severo y Antonino, §. 8. *Inst. Quib. mod. test. infirm.*, donde se halla aquella sentencia digna de un príncipe: *aunque las leyes no nos obligan, sin embargo vivimos por ellas. Secundum quid* no puede ser instituido, 2º el *cónyuge* que se casa con la viuda ó viudo, si se le deja mas de lo que recibió cada uno de los hijos del primer matrimonio. Es de saber que las segundas nupcias eran odiosas, y por tanto las leyes miraban por los hijos del primer matrimonio, para que no se les privase de los bienes paternos y maternos. 3º Nada pueden percibir entre sí *los padres é hijos incestuosos*; y ni tampoco 4º podian ser instituidos por los padres los hijos *naturales* ó nacidos de concubina, sino á falta de hijos y padres legítimos, *L. 1, 2. C. De liber. nat.* Añadimos 5º que el *adúltero* y *adúltera* no pueden tomar nada uno de otro. Por tanto, si recíprocamente se dejaban algo, como que eran indignos de ello, lo percibía el fisco, y aún al presente lo hace así, *L. 43. ff. De his que ut indignis auf.* (1)

(1) En España no pueden ser instituidos herederos, 1º los

§. DXLII. Concluida la primera parte de este título, sigue la otra: *cómo se ha de dividir el as hereditario?* La palabra *as* es griega en su origen, y significa lo mismo que *uno, todo, integro é indivisible*. Los romanos solian llamar *as* á toda universalidad; así, por ejemplo, lo que habia de pagarse anualmente con el nombre de réditos, se llamaba *as usurario*; y de aquí es que tambien llamaban *as hereditario* á toda la masa de la herencia. Todo el *as* se dividia por los romanos en doce *onzas*, las cuales desde la primera hasta la última tenian su nombre particular. Pues

1º Si alguno recibia una onza, ó la duodécima parte de la herencia, se llamaba heredero *en una onza*.

2º Si dos onzas, ó $\frac{2}{12}$, se decia heredero *en el sesante*.

3º Si tres onzas, ó $\frac{3}{12}$, era heredero *en el cuadrante*.

4º Si cuatro onzas, ó $\frac{4}{12}$, era heredero *en el triente*.

5º Si cinco onzas, ó $\frac{5}{12}$, era heredero *en el quince*.

6º Si seis onzas, ó $\frac{6}{12}$, era heredero *en el semisse*.

7º Si siete onzas, ó $\frac{7}{12}$, era heredero *en el septunce*.

que han sufrido muerte civil, ya por razon de voto, ya por razon de pena. 2º Los que han abandonado la religion del Estado. 3º Las corporaciones ilegalmente establecidas. 4º Los alevosos y traidores, declarados tales por sentencia, todos los cuales tienen una prohibicion absoluta de ser instituidos. La tienen relativa, 1º los hijos de dañado y punible ayuntamiento, y 2º el confesor en la última enfermedad, su iglesia, convento y parientes.

8º Si ocho onzas, ó $\frac{8}{12}$, era heredero en el *bes*.

9º Si nueve onzas, ó $\frac{9}{12}$, era heredero en el *do-drante*.

10º Si diez onzas, ó $\frac{10}{12}$, era heredero en el *decunce* ó *destante*.

11º Si onze onzas, ó $\frac{11}{12}$, era heredero en el *deunce*.

12º Si doce onzas, ó $\frac{12}{12}$, se llamaba heredero en el *as*.

Estos son los nombres de las onzas : y ¿qué sucede si uno no toma una onza entera, sino por ejemplo, $\frac{1}{24}$? Entónces se llama heredero *en una semiuncia*. Y si es instituido en la cuarta parte de una onza, y toma $\frac{1}{8}$? Entónces se llama heredero *en un sicílico*. Hai ademas otras palabras del mismo género, pero que se omiten aquí, por ser muy raras en nuestro Derecho : pueden leerse dos autores antiguos, *Volusio Meciano* y *Balbo* acerca del *as*, los cuales reunió en su excelente libro de las antiguas monedas Juan Fed. Gronovio.

§. DXLIII y DXLIV. Con estos antecedentes fácilmente se entenderá *cómo se ha de dividir la herencia*, especialmente si el testador ha errado en la distribución del *as*. Es un axioma general, *que la herencia se ha de dividir de modo que no sobre nada del as*; pues no pudiendo morir ninguno parte testado y parte intestado, §. 491. 3., y habiendo entre estas dos cosas una repugnancia natural, *L. 7. ff. de R. J.*, es consiguiente que se distribuya entre los herederos todo el *as* hereditario; por cuanto de otro modo la parte sobrante iría á los herederos ab intestato, y el testador moriría

parte testado y parte intestado (1). De este axioma se sigue, 1º *que si un heredero ha sido instituido en parte, percibe todo el as*. Por ejemplo, el testador deja treinta mil, é instituye á Pedro en la mitad, sin nombrar mas heredero; entónces Pedro en lugar de la mitad percibe los treinta mil. *L. 1. §. 4. ff. h. t.* 2º Se sigue, *que si son muchos los herederos, y no se les ha señalado porcion á ninguno, todos perciben partes iguales*. Por tanto si el testador instituye seis herederos sin añadir cuánto deben llevar, tomará cada uno cinco mil. Por lo demas se ha de tener presente, *que muchas personas que están juntas, siempre se tienen por una, L. 41. 43. ff. h. t.* Por ejemplo, si el testador dejase así: el *primero* sea heredero, el *segundo* y el *tercero* sean herederos, el *cuarto*, *quinto*, *sesto* y *sétimo* sean herederos; se harán tres partes, y el primero llevará diez mil, el segundo y tercero cada uno cinco mil, y cada uno de los restantes dos mil quinientos. De esto se infiere, 3º *que si sobra algo del as, acrece á cada heredero á prorata*; por ejemplo, el testador deja cuarenta mil, é instituye al primero en la mitad, y á otro en el cuadrante; restan diez mil que se dividirán

(1) Como en España no se necesita la institucion de heredero para la validez del testamento, parece consiguiente que entre nosotros cese el derecho de acrecer, de que se habla mas abajo en el testo, y por lo mismo se deben entender corregidas las leyes de Partida que tratan de esta materia. Con todo habrá derecho de acrecer, si el testador manifestó su voluntad de que lo hubiese.

entre los dos coherederos, de modo que el primero lleve al doble que el otro. 4º Dedúcese, *que si se distribuyen mas onzas que corresponden, lo que falta, se saca á prorata de cada uno de los herederos.* Por ejemplo, el testador deja doce mil, é instituye al primero en la mitad, y al segundo, tercero y cuarto, á cada uno en el cuadrante: como falta un cuadrante, debe disminuirse á prorata la parte de los herederos; y por tanto el primero llevará seis mil, el segundo dos mil, el tercero dos mil, el cuarto dos mil, lo mismo que si hubiesen sido instituídos en el sestante. 5º De aquí dimana, *que si algunos herederos tienen señalada su parte, y otros no, estos tomarán lo restante; y si no sobra nada del as, se hará un dupondio del as, esto es, se dividirá la herencia en 24 onzas.* Por ejemplo, el testador instituyó al primero en el cuadrante, al segundo en la tercera parte de la herencia, al cuarto y quinto sin porcion espresa, y la masa hereditaria es doce mil: el primero tomará tres mil, el segundo cuatro mil, y sobrando cinco mil, se dividirán en porciones iguales entre los demas herederos que no tenian parte señalada. Al contrario, si el testador hubiera dicho: el primero sea heredero en cuatro onzas, el segundo en otras cuatro, el tercero en otras cuatro, y ademas el cuarto sea heredero: entónces tomará el primero dos mil, el segundo dos mil, el tercero dos mil, y el cuarto seis mil.

§. DXLV y DXLVI. Resta la tercera parte de este título, *de los modos de instituir heredero.* Hácese pues

la institucion ó *puramente, ó bajo condicion.* Y no se hace tambien *hasta cierto dia, ó desde tal dia?* No, porque en este caso moriria el testador parte testado y parte intestado (1). Si uno dijese: *Juan sea heredero despues de diez años;* deberia entónces permanecer la herencia hasta aquel tiempo en los herederos abintestato, lo que no permiten nuestras leyes. Sin embargo otra cosa se diria, si fuese incierto el dia que se señalase, de manera que pueda suceder el que acaso nunca llegue. Pues semejante dia incierto se tiene por condicion, y por tanto vale la institucion hecha: *serás mi heredero el dia que te hagan cónsul.* Pudiéndose hacer bajo condicion la institucion de heredero, se pregunta: *qué es condicion y de cuántas maneras puede ser?* Condicion es *la circunstancia por la que se suspende una cosa hasta algun acontecimiento incierto.* De donde claramente se manifiesta, que no es condicion la que se refiere á cosa pasada, pues ¿cómo

(1) No siendo esto de temer en España, segun la *L. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.*, parece no haber ningun inconveniente en que el heredero se instituya desde cierto tiempo, ó hasta cierto tiempo, sucediendo en este caso que despues pasa la herencia á los herederos abintestato.

Es doctrina mui esencial en el Derecho español, que el testador puede distribuir como quiera todos sus bienes, si no tiene ascendientes ni descendientes, pues si tiene hijos, nietos etc., solo podrá disponer libremente del quinto; y si no tiene descendientes, pero viven sus padres, abuelos etc., tan solo podrá disponer del tercio. Sin embargo el que tenga descendientes, podrá disponer del tercio y quinto en favor de ellos.

ha de ser incierto lo que ya sucedió? No obstante á veces surte el efecto de condicion, si respecto de nuestra noticia la cosa es incierta; lo cual se verifica frecuentemente en las promesas; por ejemplo: ¿me das ciento, si está ocupado el puerto de Santander? Dividen los doctores en seguida la condicion en *posible é imposible*; pero esta division es poco cómoda, y ni aún es conforme á la naturaleza de las divisiones, pues condicion es la que suspende el negocio hasta un acontecimiento incierto, constando ya que nunca ha de verificarse; por lo demas, prestando alguna utilidad esta division, con razon se la tolera en el Derecho.

§. DXLVII. La condicion posible se subdivide en *potestativa, casual y mista*: *potestativa* es la que está en nuestra facultad; *casual*, la que pende de la casualidad; *mista*, la que depende en parte de nuestro arbitrio, y en parte de la suerte; mas si hemos de confesar la verdad, ni aún esta division es exacta, pues apénas puede darse ejemplo de la condicion potestativa en que al mismo tiempo no intervenga principalmente la divina Providencia.

§. DXLVIII. Tambien la condicion *imposible* es de tres maneras, pues ó es imposible por las *leyes ó buenas costumbres*, por ejemplo: sé heredero, si matas á tu hermano, ó sales desnudo á la plaza; ó por *naturaleza*, por ejemplo: se heredero, si te bebes toda el agua del rio; ó por la *ambigüedad de las palabras*, si de tal manera se oponen entre sí, que la cláusula no puede tener efecto, por ejemplo: si el primero es here-

dero, séalo el segundo: siendo heredero el segundo, séalo el primero. Tantas son las especies que hai de condiciones; y no obstante puede añadirse una nueva division; á saber, que unas son *afirmativas*, por ejemplo: sé heredero, si te casas; y otras *negativas*, v. gr. sé heredero, si no mudas de religion. Las últimas tienen de singular que no suspenden la herencia, sino que el instituido puede al punto tomarla, dando caucion de restituirla con los réditos, tan pronto como obre contra la condicion. Esta *caucion* se llama *muçiana* por su inventor Q. Muçio Escévola, *L. 7. pr. ff. De condit. et demonstr.*

§. DXLIX y DL. Explicadas las divisiones de las condiciones, llegamos ya á las reglas de la mismas. La 1ª es, *que á los herederos suyos no pueden ponerse mas condiciones que las potestativas, L. últ. C. De cond. et dem.* La razon es, porque á los herederos suyos la misma lei les ha destinado la herencia, y por tanto no está en el arbitrio del padre hacer mas dura la condicion del hijo. 2ª *El extraño debe cumplir las condiciones posibles, cualesquiera que sean*; pues el testador está en lugar de legislador, y por tanto puede dar á su heredero la lei que quiera. Ha de observarse, que si se imponen al heredero muchas condiciones *copulativas*, se han de cumplir todas, y si *disyuntivas*, basta que se cumpla una. Por ejemplo, si el testador dice: serás mi heredero, si te haces doctor en leyes y te casas con mi hija; se ha de llenar una y otra condicion. Al contrario, si uno dice: te instituyo mi heredero, si

te casas con mi hermana, ó si te dedicas á la jurisprudencia; no es necesario que haga mas que una de las dos cosas. 3ª *Si la condicion depende de un tercero, y este tiene la culpa de que no se cumpla, se tiene por satisfecha la condicion.* Así en el caso anterior, en que se mandó al heredero casarse con la hermana del testador, si ella le da repulsa, recibirá él la herencia lo mismo que si se hubiese casado. 4ª *La condicion imposible se considera no puesta.* Existe un ejemplo de esto en Petron. *Satyric. p. 457.*, donde Eumolpo habia instituido herederos de este modo: *todos aquellos á quienes en mi testamento se les deja algo, excepto mis hijos, lo percibirán con la condicion que les impuse, de hacer pedazos mi cuerpo, y comérselo á presencia del pueblo.* Aquí ciertamente los herederos podian percibir sus porciones, aunque no comiesen bocado tan delicado. Es digno de notarse que no sucede lo mismo en los contratos, en donde puesta una condicion imposible, no se entiende que no la hai, sino que vicia el contrato, §. 40. *Inst. De inutil. stipul.* La razon es obvia, pues el testamento es un acto unilateral, y el heredero nunca consiente en la condicion imposible; lo que no sucede en los contratos, que como actos bilaterales requieren el consentimiento de ambos. Por tanto los que consienten en la condicion imposible, ó no están en su sano juicio, ó se burlan, y ni en uno ni en otro caso puede valer el contrato. 5ª *La condicion ambigua hace que la institucion sea inútil;* pues ya manifestámos arriba en el §.

548. que no puede tener efecto. 6ª *El heredero no trasmite la herencia á sus herederos, mientras no se cumpla la condicion del testador;* porque ¿cómo ha de poder transmitir lo que él mismo no tuvo? Sin embargo se observa tambien otra cosa en los contratos, en los que hasta la esperanza pasa á los herederos, §. 4. *Inst. De V. oblig.* Por tanto si uno, por ejemplo, me instituye heredero para el caso de que la nave vuelva del Asia, y yo muero ántes que venga, no recibirán nada mis hijos, aunque llegue felizmente la nave despues de mi muerte. Al contrario si alguno me promete algo bajo esta condicion, despues de mi muerte debe cumplirse á mis hijos, si vuelve la nave.

TÍTULO XV.

DE LA SUSTITUCION VULGAR.

§. DLI. Sigue ya la materia de las *sustituciones*, que en Roma eran frequentísimas, tanto que no solo instituían segundo heredero para el caso de faltar el primero, sino tambien un tercero, un cuarto y mas. Así se ve en Suetonio, *Vit. August. c. 401.*, que Augusto instituyó herederos en primer lugar á Tiberio y Livia, en segundo á Druso Germánico y sus hijos, y en tercer grado á muchos parientes y amigos. El designio de los testadores era, que si los primeros herederos dejaban la herencia, fuesen herederos los segundos; si los se-

gundos no la querian admitir, la tomasen los terceros; y á esto llamaban *sustituir*. Dos eran las razones de esta sustitucion: *primera*, que por el temor de las deudas los herederos instituidos repudiaban frecuentemente la herencia; lo cual tenian por ignominioso los antiguos: *segunda*, que los que dejaban hijos impúberes, temian que muriendo dentro de la pubertad, quedasen intestados; por lo que se sustituía pupilarmente al que querian heredase.

§. DLII, DLIII, DLIV y DLV. Con esto fácilmente se entenderán la definicion y divisiones de la sustitucion. En nuestras leyes se define la *sustitucion*, diciendo, que es *la institucion de segundo heredero para el caso de faltar el primero*; por ejemplo: sea mi heredero Juan; si no lo fuese, séalo Pedro. No obstante puede añadirse á la definicion, *que tambien puede nombrarse un tercero, un cuarto y mas herederos para el caso de que falten los que preceden*, como ya lo hemos demostrado con el ejemplo del testamento de Augusto. La sustitucion es *directa ó fideicomisaria*: la *directa* se hace con palabras directas é imperativas, y la *fideicomisaria* con palabras de súplica ú oblicuas; por ejemplo: sea mi heredero Juan, y le encargo que si muere sin hijos, deje la herencia á Pedro. Mas la *sustitucion fideicomisaria* propiamente no es sustitucion; no vulgar, porque aquella se hace para el caso de que no haya heredero: no pupilar, porque en aquella puede tambien sustituirse á los adultos. Sin embargo está admitida entre los doctores la

sustitucion fideicomisaria. De mayor utilidad es la otra division en *vulgar y pupilar*. *Vulgar* es cuando un testador sustituye á un heredero para el caso de que no admita la herencia; la *pupilar*, al contrario, es cuando el padre sustituye al hijo impúber, para el caso de que sea heredero y muera ántes de salir de la pubertad. Tres son las diferencias entre estas sustituciones, pues 1º vulgarmente pueden sustituir todos los testadores; pero pupilarmente solo los padres: 2º vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos; pupilarmente solo á los impúberes: 3º sustituimos vulgarmente para el caso *negativo* de que no haya heredero, y pupilarmente en el caso afirmativo de que haya heredero y muera dentro de la pubertad. Últimamente se divide la sustitucion en *espresa y tácita*; la primera es la que se espresa con palabras; la segunda, cuando bajo la una se comprende la otra, pues siempre bajo la sustitucion pupilar se entiende tácitamente la vulgar, y la vulgar tambien abraza la pupilar, si muere impúber el sustituido vulgarmente, *L. 4. ff. h. t.*

§. DLVI. Estas son las divisiones de la sustitucion; ahora se trata en este título de *la vulgar*. Y verificándose esta en el caso de que uno no sea heredero, se pregunta: *¿se entiende esto, cuando uno no quiere ser heredero, ó cuando no puede?* Se responde que deben observarse aquí dos reglas: 4ª *las palabras*, si no es heredero, *pertenecen á ambos casos*, que los doctores llaman *caso de noluntad y de impotencia*:

2^o si uno de los dos casos está espreso, bajo él se entiende tambien comprendido el otro. Por tanto si, por ejemplo, el testador dijere: sea mi heredero Juan, y si no puede, séalo Pedro; es lo mismo que si dijese, si no quisiere; lo que segun su costumbre suelen expresar los doctores diciendo, que *el caso de voluntad abraza tambien el caso de impotencia*, y viceversa.

§. DLVII. Llegamos ya á las conclusiones que nacen de la misma definición. Dijimos que la sustitucion vulgar es la institucion de segundo heredero, etc.; de donde se sigue 1^o que *pueden ser sustituidos herederos los mismos que pueden ser instituidos*. Por tanto los que son incapazes de heredar, tampoco pueden ser sustituidos; por ejemplo: vimos en el título anterior, que los colegios ilícitos no pueden ser instituidos herederos; luego si uno dijese: sea mi heredero Juan, y en su defecto sea sustituto el colegio de música; esta sustitucion no tiene ningun valor. 2^o *Que pueden ser instituidos muchos en lugar de uno, y uno en lugar de otro y en lugar de muchos*; lo que es por sí solo tan claro, que no necesita ejemplos. 3^o *Que los mismos herederos pueden sustituirse reciprocamente*; lo cual se hace con esta fórmula: *sean herederos el primero, el segundo y el tercero, y si alguno falta, sean sustituidos los restantes*. Esta sustitucion de los coherederos se llama *reciproca ó mutua*, y por los doctores *compendiosa*; pero acreciendo comunmente á los coherederos la porcion del que falta, aunque no haya sus-

titucion, se ve mui claramente que aquella sustitucion es superflua las mas de las vezes (1).

§. DLVIII. Inferimos tambien de la misma definición, 4^o que *en caso de duda se entiende que el sustituto es llamado á la misma parte en que estaba nombrado el instituido*, porque sucede en su lugar: por tanto, si el primero está instituido en el sestante, el segundo, el tercero y cuarto en el cuadrante, el quinto en el sestante, y el sexto es sustituto del primero, el sétimo del segundo, y así en seguida; faltando el primero recibirá el sexto el sestante; faltando el segundo, tomará el sétimo el cuadrante, y así los demas. 5^o La sustitucion vulgar concluye en dos casos: 1^o si el sustituto muere ántes que el testador, y 2^o si el instituido admite la herencia: así suelen esplicarse los doctores. Pero Pagenstechero observó el primero, *Aphor. h. t.*, que ocurren todavía otros dos casos en nuestras leyes; á saber, 3^o si el heredero fuese contumaz en la admision de la herencia, *Nov. 1. c. 4.*: 4^o si el menor admite la herencia y despues consigue la restitucion *in integrum*, pues entónces indudablemente se acaba la sustitucion, como nos enseña la *L. 7. §. 1, ff. De minoribus*.

§. DLVIII. (*duplicado*). Resta la VI^a conclusion, que

(1) « Ca si muriese aquel que fuese establecido primeramente, ántes que hobiese tomado la heredad, ó se haya otorgado por heredero, será heredero el segundo. Eso mismo « seria si fuese vivo, é non quisiese recibir la herencia ó la « desechase. » *L. 2. tit. 5. Part. 6.*

explican así los juriscultos : *el sustituto del sustituto lo es tambien del instituido*, §. 3. *Inst. h. t.* El caso es este : sea heredero el primero ; en su defecto séalo el segundo, y á falta de este el tercero. Muerto el testador, muere tambien el segundo instituido ; el primero repudia la herencia, y por tanto se pregunta : es admitido el tercero ? La razon de dudar es, que el tercero no es sustituto del primero, sino del segundo ; y no obstante se le admite, porque el sustituto del sustituto lo es tambien del instituido, pues como advertimos en el §. 550, era ignominioso entre los romanos el que no hubiese heredero por testamento ; y por tanto se admitian todos los sustitutos, para que no quedasen destituidos los testamentos.

TÍTULO XVI.

DE LA SUSTITUCION PUPILAR.

§. DLIX. Hasta aquí de la sustitucion vulgar, acerca de la cual ya vimos en el título antecedente, en qué se diferencia de la pupilar. Ahora veremos la definicion de esta. Sustitucion pupilar es, *cuando el padre sustituye á sus hijos constituidos en su potestad, y que no han de entrar en la de otro, para el caso de que mueran ántes de llegar á la pubertad*. Si deseamos averiguar el origen de esta sustitucion, Vinio, Eschullingio y otros doctos varones niegan que provenga de la

lei de las XII Tablas, no obstante que de allí suelen derivar la vulgar. Mas no es dudoso que se equivocaron aquellos esclarecidos varones, pues la lei de las XII Tablas dice : *téngase por lei lo que disponga el padre de familia acerca de sus bienes, ó de la tutela de sus cosas*. Ahora bien, ya hemos advertido varias veces, que los hijos respecto de sus padres no son personas, sino cosas (§. 435) ; luego cuando el padre nombra heredero á su hijo, ó le sustituye, claro está que lega ó dispone de sus cosas ; y por tanto no puede dudarse que la sustitucion pupilar se deriva de las mismas XII Tablas.

§. DLX. Hemos visto la definicion y el origen de esta sustitucion ; llegamos ya á los axiomas que nos suministra la definicion, que son tres : Iº *el fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad*. Este axioma es claro desde que la lei de las XII Tablas permitió solamente al padre, y no al extraño, disponer de sus cosas. IIº *La causa de esta sustitucion es la imperfeccion de la edad ó la impubertad* ; pues no pudiendo testar los impúberes (§. 516. 7.), creían justo los romanos que testasen en su lugar los padres : esta razon cesaba desde que el hijo llegaba á la pubertad. IIIº *La sustitucion pupilar es un doble testamento*, §. 2. *Inst. h. t.* Mas esto debe entenderse bien, pues no es doble por razon de la forma ó de las solemnidades, no requiriendo ciertamente mas que siete testigos ; sino por razon de la materia ó de la institucion de herederos ; porque en primer lugar hace el padre