

ley 7. d. tit. 49. Y para que valga el poder para testar, debe estar otorgado con las mismas solemnidades que hemos visto ser necesarias para los testamentos, *l. 8. d. tit. 49.*

44 Muerto el testador que hubiese otorgado testamento cerrado, puede pedir ante el juez, cualquiera á quien se mande, algo en él, que se abra, *l. 4. l. 2. tit. 2. P. 6.*, y añade Gregor. Lóp. en la *glosa 1. de d. l. 4.* citando á otros, que tambien puede pedirlo el que tuviese en ello algun interes, aunque nada se le deje, como el hijo preterido que quisiere probar ser nulo el testamento; y el que lo pide debe jurar primero, que no lo hace maliciosamente, sino por el interes que tiene, *d. l. 4. (1)*. Si el testamento estuviere en el lugar donde se pide que se abra, debe mandar el juez se lo lleven á su presencia, y que se abra luego. Y si estuviere en otra parte, señalar plazo á los que lo tengan en su poder para que se lo lleven, y mandar abrirle. Y si por ventura el que le tuviese en su poder, fuese rebelde, de manera que no le quisiese mostrar por mandato del juez, debe pagar al que lo demandase, todo cuanto le fuese mandado en el testamento, y todo el perjuicio que le hubiese causado por su resistencia, *d. l. 2.* Y debe ser abierto delante del juez y los testigos que son escritos en él. Pero ántes que el juez lo mande abrir, debe saber de ellos, si es aquel el testamento en que pusieron sus firmas. Y si la mayor parte dijere ser así, debe ser abierto ante ellos y leído, aunque no estuviesen presentes todos. Y si los testigos no pudiesen ser habidos por estar todos ó la mayor parte en otras tierras, puede el juez, si entendiere que la tardanza habia de causar perjuicio á los interesados, hacer venir ante sí á hombres buenos, y abrir el testamento ante ellos (2). Y de esta manera se puede abrir, aunque no estuviere delante ninguno de los testigos ante quienes fué hecho. Pero despues que vinieren los testigos, se les debe enseñar el testamento para que reconozcan sus firmas, y jurando ellos ser aquel testamento el que firmaron, se debe mandar trasladar el testamento en el registro ó protocolo, *l. 3. d. tit. 2.*, la cual en lugar de firmas dice sellos, porque eran necesarios atendido el derecho de las Partidas. Si el testador mandare que no se abra alguna

(1) *l. 5. C. quemad. test. aper.* (2) *l. 7. quemad. test. aper.*

parte del testamento hasta cierto tiempo, deberá hacerse así, *l. 5. l. 6. d. tit. 2.* De los modos de romperse ó rescindirse los testamentos, tratamos en el *título siguiente.*

TÍTULO V.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO, SUSTITUCIONES Y DESHEREDACIONES.

Títulos 3. 4. 5. 6. y 7. P. 6. (1).

1. *Qué sea institucion de heredero, y quiénes tienen prohibicion absoluta para ser instituidos herederos.*
2. 3. *Quiénes la tienen respectiva á algunos testadores.*
4. *Cómo debe hacerse la institucion de herederos; y á quién va la herencia cuando el testador instituye á los pobres.*
5. *En qué partes debe dividirse la herencia.*
6. *Puede morir cualquiera parte testado, y parte intestado, y cuándo tiene lugar el derecho de acrecer entre los herederos.*
7. *Qué sea condicion, su division en posible é imposible, con los efectos que esta causa.*
8. 9. 10. *Se esplican latamente algunas divisiones de las condiciones posibles.*
11. *Qué sea sustitucion, sus especies, y se esplica la vulgar.*
12. 13. *De la sustitucion pupilar.*
14. *De la sustitucion ejemplar.*
15. *De las sustituciones compendiosa, brevilocua y fideicomisaria.*
16. *Del derecho de deliberar.*
17. 18. *Del inventario.*
19. 20. *De los modos de admitir ó desechar la herencia, y cuándo deben tener capacidad los herederos.*
21. 22. 23. 24. *De las desheredaciones.*
25. 26. *Modos de romperse el testamento, y penas de los que impiden testar.*

(1) *Tit. 45. 44. et 46. lib. 2. Inst.*

27. *De los testamentos que se rescinden por la querrela de inoficiosos.*

1 Aunque segun dijimos en el *título antecedente n. 3.*, no es necesaria en España la institucion de heredero, para que el testamento valga, debemos confesar ser su parte mas principal, y que es muy raro que no la haya. Instituir heredero es *Nombrar sucesor á otro, para que muerto el que le nombró, quede dueño de sus bienes ó de alguna partida de ellos, l. 1. tit. 3. P. 6.* Pueden ser instituidos todos aquellos á quienes no les está prohibido por las leyes, *l. 2. d. tit. 3.* : por lo que para saber quiénes puedan serlo, es lo mas espedito referir los prohibidos, y son : I. Los desterrados para siempre llamados en latin *deportati*. II. Los condenados á trabajar para siempre en las minas de los metales del rey ; pero á estos se les puede legar. III. Los herejes y los apóstatas (1). IV. Las cofradías, cuerpos ó sociedades que se hubiesen formado contra Derecho y contra la voluntad del rey, *l. 4. d. tit. 3.* Y adviértase, que aunque *esta ley* no hace mencion de los moros ni de los judíos, están tambien prohibidos, como lo convence la *ley última tit. 7. d. P. 6. vers. Eso mesmo.* Por la *ley 4. d. tit. 3.* la mujer que casare dentro de un año despues de la muerte de su marido, no podia ser instituida heredera por ningun extraño ni pariente del cuarto grado en adelante ; pero está corregida por la *l. 4. tit. 2. lib. 40. de la Nov. Rec.*, que concede licencia á todas las mujeres que puedan casarse con quien quisieren dentro de dicho año, sin incurrir en pena alguna.

2 A los que acabamos de referir ninguno puede instituir herederos, porque su prohibieion de ser instituidos es absoluta ; pero hay otros que solo la tienen respectiva, es decir, que todos les pueden instituir, á escepcion de ciertas y determinadas personas que no pueden hacerlo, y son los siguientes : I. Los hijos naturales del testador, aunque estuviesen legitimados por rescripto del rey, no pueden ser instituidos por sus padres ni madres, si tuviesen hijos ó descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio ; pero les podrán dejar dichos sus padres ó madres

(1) L. 3. C. de apost. l. 4. C. de hæret.

la quinta parte de sus bienes, *l. 5. y 7. tit. 20. lib. 40. de la Nov. Rec. (l. 9. l. 12. de Toro)*. Y si no tuvieren hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, podrán instituir á sus hijos naturales, aunque á ellos les sobrevivan sus ascendientes legítimos, *d. l. 5. con la siguiente*. Y lo mismo debe decirse de los hijos espurios respecto á la sucesion de sus madres, salvo si fueren nacidos de dañado y punible ayuntamiento, que no pueden ser instituidos por su madre, bien que esta puede dejarles en vida ó en muerte la quinta parte de sus bienes, y no mas. Y entónces se dice dañado y punible ayuntamiento, cuando la madre por el tal ayuntamiento incurre en la pena de muerte natural, *d. l. 5.* Pero de la sucesion del padre están los espurios tan escludidos, que solo les puede dejar la quinta parte de sus bienes, si se hallaren en necesidad, y no de otra manera, como prueba bien Gutiérrez, *lib. 3. pract. quæst. 94.* de la *ley 1. tit. 5. lib. 40. de la Nov. Rec.* II. Los hijos de los clérigos, frailes ó monjas profesas no pueden ser instituidos ni gozar de legados, donaciones ó ventas que les hicieren sus padres ni parientes por parte de padre, *d. l. 5.* y su *antecedente la 4.*, que invalida cualquier privilegio que se concediere en contrario. Por clérigos deben entenderse aquí los ordenados de órden mayor, ó *in sacris*, como suele decirse, como hace ver Azevedo en *d. l. 2. §. 3. y 4.* Y adviértase, que las *leyes 1. y 2. tit. 3. y 6. lib. 9. de la Nov. Rec.* que acabamos de citar, corrigen en parte lo que generalmente dispuso de los hijos nacidos de dañado ayuntamiento la *ley 4. tit. 5. P. 6. al fin*, bien que á Greg. Lóp. en la *glosa 11. de d. l. 4.* ya le pareció debía limitarse la generalidad que tiene de que no pudiesen ser instituidos, sin espresar por quiénes.

3 IV. Nada pueden percibir por disposicion del testador, el que le hubiere confesado en la enfermedad de que murió, sea clérigo ó religioso, ni sus parientes, ni su iglesia ó religion, segun el *auto acordado 3. tit. 40. lib. 5. de la Rec.*, confirmado por *cédula publicada en 18 de agosto de 1771.*, que es la *ley 15. tit. 20. lib. 40. de la Nov. Rec.*, en la que se añade la pena de privacion de oficio del escribano que autorizase cualesquiera instrumentos en su contravencion ; declarando ser nulos los que se hicieren en contrario. Se refiere en *d. auto acordado* la justa causa de

esta prohibicion de evitarse las persuasiones, sugerencias y fraudes con que se turban las conciencias de los enfermos, y se les trueca de voluntad. En esplicacion de lo que dice *esta cédula* sobre la nulidad del instrumento que declara, nos parece no deber entenderse de todo el instrumento, sino solo de aquella parte que contiene la institucion de heredero ó manda en la persona del confesor. Lo fundamos en haber observado ser este el modo de establecerse las leyes de esta naturaleza. Así vemos que la *l. 8. tit. 7. P. 6. al fin.*, al paso de disponer que es nulo el testamento en que el hijo deshereda á su padre sin espresar causa alguna de las justas, añade deber entenderse esta nulidad en cuanto á la desheredacion; pero que las mandas y otras cosas contenidas en el testamento valgan. Y al mismo tenor manda la *ley 8. tit. 6. lib. 40. de la Nov. Rec. (24. de Toro)* que si el testamento se rompiere ó anulare por causa de pretericion ó exheredacion, en el cual hubiere mejora de tercio ó quinto, no por eso se rompa, ni ménos deje de valer el dicho tercio y quinto, como si dicho testamento no se rompiese. Lo establecieron tambien así las leyes romanas (1). Y lo persuade la equidad, que no permite tenga lugar la pena mas allá del particular en que ocurrió la iniquidad ó sinrazon que la motivó.

[No siendo suficiente para remediar los fraudes que todavía se cometian, la *real cédula de 8 de agosto de 1774*, ántes citada, y con presencia de lo espuesto por los fiscales del estinguido Consejo de Castilla, en consulta de 12 marzo de 1830, se espidió la *real cédula de 30 de mayo del mismo*, por la que S. M. conformándose con el parecer del Consejo, tuvo á bien mandar, que la prohibicion de mandas contenida en la *ley 15. tit. 20. lib. 40. Nov. Rec.* se estienda á las herencias dejadas á los confesores, sus parientes, religiones ó conventos; mandando asimismo se llevase á efecto y circulase la soberana disposicion de su augusto Padre, en cuya conformidad, cuando los testadores dejen por herederas á sus almas, las de sus parientes, de otros cualesquiera, ó por via de mandas ó legados, señalen algunos sufragios, ó de cualquiera modo manden hacerlos, no podrán encargarse estos á los confesores en la

(1) Authent. ex causa C. de liber. præc. desump. ex Nov. 115. cap. 5. in fine.

última enfermedad, ni á sus parientes, y si fuesen religiosos ni á sus religiones ni conventos: debiendo en los casos que se contravinieren á esto, heredar lo así dejado los parientes que segun derecho sean herederos abintestato; y en su defecto será destinado todo á otras obras piadosas que señalarán las justicias, á quienes se encarga velen sobre este asunto, imponiendo privacion perpetua de oficio al escribano que autorice testamento ú otra última voluntad contra esta real disposicion.]

4 El nombramiento de heredero debe hacerse con palabras que le señalen cierta y claramente, de modo que se sepa con seguridad cuál es la persona nombrada, y que el testador quiso fuese su heredero, *l. 6. d. tit. 3. P. 6.*, que pone diferentes fórmulas ó locuciones con que pueda esto hacerse (1). Y por defecto de este seguro señalamiento, no valdria la institucion en que nombraba por heredero á Pedro su amigo, si tuviese dos amigos de este nombre, y no pudiese constar por algunas señales de cuál de los dos quiso hablar; é iria en este caso su herencia á los mas próximos parientes, que hubieren de suceder abintestato. Ni tampoco valdria, si el testador señalase al heredero por injurias ó dieterios especiales, como si dijere, nombro en heredero á Juan, que es traidor ó hereje para deshonrarle ó infamarle. Pero sí que valdria si en general dijese de él, que era malo, sin espresar la especie de maldad, *l. 40. d. tit. 3.* Y si instituyere herederos á los pobres de alguna ciudad ó villa, ó legare á los mismos sus bienes, deberán repartirse entre los que se hallaren en los hospitales de aquella ciudad, y señaladamente entre aquellos que por sus achaques no pueden salir de los hospitales. Pero si el testador no señalare lugar, deben darse á los pobres de aquel en que hizo el testamento, *l. 20. d. tit. 3.*, en cuya *glosa 7.* dice Gregor. Lóp. deber entenderse en el caso que el testador tuviese allí su domicilio.

5 Cuando instituye muchos herederos, puede dividir su herencia en las partes que quisiere; pero la comun ú ordinaria division es en 12 partes, que se suelen llamar onzas (2), porque este número es el mas proporcionado para subdividirse, completarse ó multiplicarse, respecto á que se puede partir en mas proporciones iguales que ningun

(1) L. 45. C. de testam. (2) s 5. Inst. de her. inst.

otro. Al total de 12 onzas llaman las leyes romanas *as*, á su doble *dipondium*, y á su triple *tripondium*, (1), cuyos nombres se espresan tambien en las nuestras de las *Partidas*, y su noticia es útil para el caso en que el testador, llenando ó escediendo el *as*, nombrare á otro heredero sin espresion de partes. Si nombrara á varios, sin espresar partes en ninguno, todos las tendrían iguales; y si en todos las espresare, cada cual sacaría la que le señaló. Y si en alguno ó algunos señalase partes, y en otro no, tendrían aquellos las señaladas, y éste lo que falta hasta cumplir el *as*, y llenado ó escedido el *as*, lo que faltase hasta el *dipondio*, y con la misma regla hasta el *tripondio* (2). Si por ejemplo pues dijere el testador: Juan sea heredero de 4 onzas, Pedro de 3, Diego sea heredero; tendría este 5 que faltan para completar el *as*; y si al primero señalaba 8, al segundo 7, y el tercero estaba nombrado sin partes, sacaría 9 que faltan hasta el *dipondio*; y por la misma razón tendría 12, si entre los otros dos tuviesen señaladas otras 12, como todo esto consta en las *leyes* 47. 48. y 49. *d. tit. 3.*, que en esto imitaron á las romanas, que establecieron lo mismo, fundadas en notoria equidad. También las imitó la *ley* 14. *de dicho tit. 3.*, disponiendo que si el testador instituyese heredero á uno solo en cosa señalada, como en viña ú otra cosa cualquiera, debía este llevarse toda la herencia (3). Pero como esta decision se fundaba solo en el rigor y escrupulosidad del Derecho romano, la consideramos corregida por la *ley* 1. *tit. 48. lib. 10. de la Nov. Rec.*, de la que hemos hablado en el *tit. antecedente y siguientes*, como vamos á manifestar.

6 Entre las leyes romanas habia una muy famosa, que decia no poder morir uno, parte testado, y parte intestado, á cuyo tenor decidían el caso último del *n. anterior*, y otros semejantes. Pero el de *d. célebre l. 4. tit. 48. lib. 10. de la Nov. Rec.*, que arriba hemos transcrito, *tit. antecedente, n. 3.*, convence que arruinó y corrigió este decantado axioma de los romanos. Podrá pues en España, despues de esta *ley de la Recop.*, morir uno parte testado y parte intestado; y de consiguiente valdrá como suena la institucion de heredero hasta tiempo cierto ó desde tiempo cierto,

(1) D. § 5. § 8. *Inst. de her. inst.* (2) § 6. *ead.* (3) L. 4. § 4. *de her. inst.*

sin embargo de que lo prohibia la *ley* 15. *de d. tit. 3.* Este axioma, establecido formalmente en una ley de los romanos (1), les precisó á admitir el derecho de acrecer en el caso de que siendo uno solo el heredero é instituido en cosa cierta, ó parte cuotativa de la herencia, como una, dos ó tres onzas, recogía en su virtud los bienes restantes del testador por necesidad, aunque este lo prohibiese; y esta misma doctrina tuvo lugar en España por la citada *ley* 14. *de d. tit. 3.*, hasta que la corrigió, como hemos dicho, la *l. 4. d. tit. y lib.* Diremos pues, consiguiente á esta correccion, que cesa ya entre nosotros el ser necesario el derecho de acrecer en las herencias; pero que tendrá lugar cuando viene de la voluntad del testador, la que quiso *d. l. 4.* se guardase y cumpliese religiosamente; á la manera que por la misma razón siempre lo ha tenido en los legados, cuando hay conjuncion real. Y segun esta regla no habrá derecho de acrecer en las herencias, cuando uno solo es el instituido en cosa cierta, ó parte cuota de la herencia; ó son muchos los instituidos con partes espresas para cada uno que señaló el testador, en cuyos casos irán á los herederos legítimos ó abintestato los demas bienes vacantes, ó partes de que no dispuso el testador. Véase á Vela, *disput. 47. n. 58.* Pero si el testador instituyese á muchos, juntándolos, ó en toda la herencia, ó en alguna parte de ella, como por ejemplo, en el tercio ó en el quinto, diremos habria entre ellos derecho de acrecer, por juzgarse ser esta la voluntad del testador cuando les llama juntos á una cosa.

7 El testador puede instituir heredero, no solo puramente, ó á dia cierto, como hemos dicho, sino tambien bajo de condicion, la cual se suele significar por la palabra *si*, y no es otra cosa que *Añadidura que suspende ó alarga hasta algun acontecimiento incierto lo que quiere hacerse, ó se promete.* Su naturaleza es, que si se cumple ó sucede el acontecimiento, vale lo espresado, como si se hubiese establecido pura y sencillamente; si no sucede ó falta, nada vale; y mientras se espera, está en pendencia, *l. 1. tit. 4. P. 4.* (2). Es muy frecuente su uso en testamentos y en contratos, y son varias sus especies y efectos que producen: todo lo cual merece que se trate de ellas con

(1) L. 7. *de div. reg. jur.*

(2) L. 26 *de cond. inst. l. 8. de per. et com. rei vend.*

alguna estension. Sus divisiones son las siguientes : I. En posibles é imposibles. Posibles son aquellas, que no hay impedimento alguno para que se cumplan, y por lo contrario son imposibles las que lo tienen; y se subdividen en imposibles por naturaleza, por derecho, ó por ser perplejas ó dudosas, de modo que no pueden entenderse. Imposibles por naturaleza se llaman aquellas, cuya existencia resiste la misma naturaleza, como si el testador dijere : *Nombro heredero á Pedro, si alcanzar al cielo con la mano*; y por derecho, las que son contra honestidad, contra buenas costumbres, contra obras de piedad, ó contra derecho, *l. 4. l. 3. tit. 4. P. 6. (1)*. Es tan piadosa y digna de tenerse en memoria la razon de llamarse imposibles estas condiciones, que dió el celeberrimo juriconsulto Papiniano (2), que nos ha parecido notarla aquí, á saber : *Debe creerse que no podemos hacer aquellas cosas que ofenden la piedad, existimacion y rubor nuestro, y generalmente las que se hacen contra las buenas costumbres*, como si uno dijera : *Te establezco por mi heredero, si no sacares á tu padre de cautivo, ó no le dieres á comer*. Tanto estas como las imposibles por naturaleza, si se ponen en los testamentos, no causan embarazo alguno, ni sirven, pues se tienen por no puestas; y el heredero ó legatario cogen lo que se les deja, como si se les hubiere dejado pura y simplemente, *d. l. 3*. Lo contrario sucede en los contratos, que celebrados bajo de condicion imposible, son nulos. Así lo establecieron varias leyes romanas (3). Y aunque no hemos hallado ley alguna de nuestra España, que espresamente lo establezca, hemos querido notar aquí esta doctrina, por sentarla Greg. Lóp. en la *glosa de la ley 47. tit. 44. P. 5*. Gómez. *lib. 4. var. cap. 44. n. 60.*, y todos nuestros intérpretes que tratan de este asunto. Y es bien sólida la razon que se da de esta diferencia, de que los que así contraen se entiende que hablan de burlas, sin intencion de obligarse; cuya inteligencia no es adaptable á un acto tan serio como el testamento, que se hace pensando en la muerte; y por su favor se han constituido muchas cosas. La tercera especie de las condiciones imposibles es la de las dudosas, llamadas *perplejas*, que ellas en sí mismas

(1) L. 45. de cond. inst. (2) D. l. 45. (3) § 10. Inst. de inut. stipul.

se embarazan la existencia, y no puede entenderse lo que quiere el testador, y por ello hacen nulo cualquier testamento ó contrato en que se ponen, como si dijeres : *Pedro sea mi heredero, si lo fuere Juan; y sea Juan mi heredero, si lo fuere Pedro, l. 5. d. tit. 4. P. 6. (1)*. Tambien hará nulo el testamento la condicion imposible de hecho, *l. 4. d. tit. 4.*, que pone un ejemplo, sobre el cual puede verse la *glosa 1.* de esta ley de Gregorio López, y la *4.* de la *l. 6. tit. 4. P. 4.*, en que trata latísimamente de este asunto.

8 Dejando ya á un lado las condiciones imposibles, que si se habla con rigor, no son propiamente condiciones, como ni tampoco las que se confieren en tiempo pasado ó presente, por no contener suspension ó alargamiento, á causa de no poder estar en duda la cosa en que se ponen, requisito necesario de toda condicion, *l. 2. d. tit. 4.*; pasamos á las posibles, á las cuales pertenecen las otras divisiones que se siguen, á saber, II. En potestativas, casuales y mezcladas. Son las primeras las que están en nuestro poder, como si dijera Pedro, que te lega cien pesos, si fueres á Madrid. Casuales las que penden de la casualidad ó aventura, como que te los legaba, si te hacian obispo. Y mezcladas ó mistas, las que en parte están en nuestro poder, y en parte penden de otro, ó de la casualidad, como que te los lega, si te casares con Fulgencia; lo que no puedes cumplir sin que con tu voluntad concorra la de esta, *ll. 7. 8. y 9. de d. tit. 4.* III. En espresas y tácitas. Son espresas las que manifiestan claramente las palabras, como lo son las de los ejemplos que hemos referido; y tácitas las que así no se manifiestan; pero se entienden espresadas. De estas unas se sobreentienden, porque así lo exige la misma necesidad, como cuando uno lega ó promete los frutos que nacerán tal año en su campo, en cuyo caso se entiende la condicion, *si nacieren, l. 20. tit. 44. P. 5. (2)*. Y otras nacen de la presunta voluntad del testador, que aunque no las espresó, se entiende que las quiso. De esta clase es la condicion, *si muriese sin hijos*, que se entiende, cuando el testador instituyó á dos hijos, ambos legítimos ó naturales, sustituyendo el uno al otro simplemente, en cuyo caso para pasar al segundo la parte que perteneció al que

(1) L. 46. eod. cond. instit. (2) L. 4. § ult. de cond. et demonst.

murió primero, es preciso que este hubiese muerto sin hijos, por entenderse ser esta la voluntad del padre testador, aunque no espresó esta condicion (1). Lo contrario será si los instituidos son estraños, *l. 40. d. tit. 4. P. 6.* Y si uno fuese hijo, y el otro estraño, juzga muy bien Greg. Lóp. en la *glosa 13. de la misma*, que se entenderia tambien la citada condicion en el hijo, si fuese él quien muriese primero. Y adviértase, que el día incierto se considera condicion cuando se duda si existirá, ó no, como si el testador dijere: *Lego á Pedro cien pesos, cuando le hicieren capitán, ó cuando cumpliere 50 años, ley 31. tit. 9. P. 6. (2).* Pero si se sabe que existirá, ignorándose solo el cuándo, como el día de la muerte, no hace condicion si se pone á la persona del interesado; y la hace si se pone á la de un estraño, como probamos en nuestras *Instituciones, lib. 2. tit. 14. §. 9. n. 5.* No encontramos tratada en las leyes de España la celeberrima cuestion de si la condicion puesta en la institucion, se entiende repetida en la sustitucion, que tanto ha dado que discurrir á los intérpretes de las romanas. Si sucediese en España, nos inclinariamos á que debería resolverse afirmativamente, al tenor de lo que decimos cuando la examinamos latamente en nuestro *Digesto, lib. 35. tit. 1. n. 4.* Y en los siguientes *nn. 5. 6. 7. 8. y 9.* esplicamos tambien la útil doctrina de la diferencia entre las condiciones dividuas é individuas, y del tiempo en que deben cumplirse las condiciones, que omitimos aqui por la propia razon de no hallarlo tratado en nuestras leyes. Pero no queremos omitir lo que dispone la *ley 14. de d. tit. 4.*, estableciendo en el *vers. Pero*, que aquel á quien se deja algo bajo de condicion de casarse con persona determinada, no lo gana, si aquel con quien debia casarse muriese ántes de cumplirse la condicion, como ni tampoco, si por no quererlo él, dejase de casar con la determinada persona (3), si no es que esta fuese su parienta, ó tal que no pudiese casarse con ella segun Derecho. Mas si queriendo casarse él, no lo quisiera la tal persona, si que lo ganaria.

9 Cuando la condicion es de las casuales, es siempre preciso que se cumpla para conseguirse lo que se deja, *l. 8. d. tit. 4.* Y lo mismo en las potestativas, si no es que su-

(1) *L. cum avus 402. eod. (2) L. 75. de cond. et dem. L. 21. cum. sec. quand. dies leg. eod. (3) L. 51. de cond. et demonst.*

ceda el no cumplirse por aventura y sin culpa de aquel á quien se imponen, *l. 7. d. tit. 4. l. 22. tit. 9. P. 6.* Pero debe advertirse, que si la potestativa consiste en no hacer alguna cosa, como por ejemplo: *Lego á Pedro cien pesos si no fuere á Cádiz*, se le habrán de entregar desde luego, si diere fiadores que los restituirá si fuese, *d. l. 7. (4)*, á cuya famosa caucion llamaron los romanos *Muciana*, por haberla inventado Quinto Mucio; y no tiene lugar en los contratos, como unánimes lo resuelven todos los intérpretes tanto estraños como nuestros, y entre estos Gómez, *2. var. cap. 44. n. 37.* En nuestras *Instituciones, lib. 3. tit. 16. §. 4. n. 6.* notamos la sólida razon de esta diferencia. Si el testador nombra dos herederos, al uno puramente, y al otro bajo de condicion, puede aquel tomar la parte de herencia que le corresponde, sin esperar el cumplimiento de la condicion, *l. 42. d. tit. 4.* Y cuando instituye heredero bajo de dos condiciones, deberán cumplirse todas, si las pone conyuntivamente, como si dijera: *Sea Pedro heredero, si se casare y fuere á Madrid*; pero si lo hace disyuntivamente diciendo, *ó va á Madrid*, bastará se cumpla cualquiera de ellas, *l. 43. d. tit. 4. (2).*

10 Y últimamente concluyendo este asunto de condiciones, queremos advertir estar recibida en la práctica, y apoyada por nuestros autores, por útil al Estado, y conforme á las buenas costumbres, la doctrina de las leyes romanas (3), de no valer y tenerse por no escrita la condicion de no casarse, cuando se impone á un célibe, y con mas particularidad si fuere mujer; pero deberá cumplirse cuando se pone á un viudo, como puede verse en Antonio Gómez, *in l. 4. Tauri n. 8.* Covar. Gutiér. y otros. Tratamos tambien con estension de ella en nuestro *Digesto, lib. 35. tit. 1. n. 11. y siguientes*, manifestando deber tambien cumplirse cuando la prohibicion de casarse no es general, ni tiene veces de tal, poniendo ejemplos sacados de leyes romanas (4). De que sea nula la condicion de no casarse, no debemos inferir que lo sean tambien las adycciones ó espresiones tan frecuentes en los testamentos de los padres, que teniendo hijas solteras, las mejoran, *miéntras se mantengan doncellas ó sin casarse*; porque no

(1) *L. 7. l. 8. eod. (2) § 41. Inst. de her. inst. (3) L. 22. et passim, de cond. et demonst. (4) L. 63. l. 64. § 4. de cond. et demonst.*

respiran el fin de dicha condicion de impedir el matrimonio con perjuicio del Estado, sino el de socorro á las hijas mientras estén destituidas del ausilio de marido; y no hacen la mejora condicional, sino modal; y de ahí es, que se debe desde luego que fallezca el testador, y mientras las tales hijas fuesen célibes, sin esperar ni dar caucion; lo que es indispensable en las condiciones. A que se añade, que las adyecciones en caso de duda, ántes deben considerarse modos, que condiciones, Castill. *lib. 4. controv. cap. 55.* Parlador. *differ. 447.* Barbos. *de dict. usufrequent. diction. Donec. 93. n. 4.*

41 En lugar de los que el testador instituye herederos en primer grado, puede nombrar otros en el grado siguiente, que se llaman sustitutos, y su institucion, sustitucion, que es *Institucion en segundo ó ulterior grado.* De ella pone seis especies la *ley 4. tit. 5. P. 6.* que iremos explicando, y son: I. Vulgar. II. Pupilar. III. Ejemplar. IV. Compendiosa. V. Brevilocua ó recíproca. VI. Fideicomisaria. La V. no tanto es especie de sustitucion, como modo de sustituir perteneciente á la I. y la II., y la IV. es tambien modo de sustituir, como luego veremos. La vulgar, llamada así porque la puede hacer cualquiera del pueblo, y á quien quisiere, *l. 4. d. tit. 5.*, se hace regularmente por palabras negativas bajo esta fórmula: *Pedro sea heredero; si no fuere, séalo Juan.* Y por quanto el no serlo puede suceder por no poder ó no querer, *d. l. 4. l. 2. d. tit. 5. (1)*, suelen esplicarlo los intérpretes diciendo, que el caso general de esta sustitucion comprende los particulares de impotencia y de voluntad. Se puede tambien hacer sin espresion de caso, como si el testador nombrando dos herederos dijera, que lo fuese el que quedare vivo, en cuyo caso por impotencia ó por voluntad del uno, lo seria el otro de toda la herencia, como lo establece *d. l. 2.*, manifestando con ello, que bajo del caso de la impotencia se comprende el de la voluntad: lo que era muy cuestionable entre los intérpretes de las leyes romanas. Si el testador nombrara tres ó mas herederos señalando á cada uno partes, y sustituyéndoles vulgarmente entre sí, sin espresar partes en la sustitucion, y uno de ellos no fuese heredero; tendrían los otros

(1) L. 5. C. de her. inst. princ. Inst. de vulg. subst.

su porcion vacante, segun las partes que tenían señaladas en la institucion, y no por partes iguales, *l. 3. d. tit. 5. (4)*, cuya razon es clara, por creerse que el testador les amó de la misma manera en la sustitucion, que en la institucion, á uno mas y á otro ménos, al tenor de las partes que les señaló en la institucion. Y la sustitucion vulgar hecha en estos términos de estar sustituidos entre sí los mismos instituidos, es la que se llama recíproca (2). Como para tener entrada el sustituto vulgar, es preciso que no sea heredero el que está instituido, no la tendrá si este tomare la herencia, ó diciendo que la quiere, porque de cualquiera de estos modos se hace heredero, *l. 4. d. tit. 5.*

42 Pupilar sustitucion es aquella que hace el padre á su hijo que tiene en su poder, y es impúbere, *l. 4. l. 5. d. tit. 5. (3)*. Y por quanto esta *ley 5.* en seguida de haber nombrado á los hijos del testador añade, *é á los que descienden de ellos;* de suerte que segun ella podrian los abuelos sustituir pupilarmente á sus nietos, debemos advertir no tener esto último lugar en el dia, por haber establecido despues la *l. 3. tit. 5. lib. 40. de la Nov. Rec. (47. de Toro.)*, que el hijo casado y velado no está ya en la potestad de su padre, por cuyo motivo no pueden estarlo sus hijos en la del abuelo, sino que lo han de estar en la de su propio padre, á no ser que este fuese casado y no velado, en cuyo caso poco frecuente podria servir la citada añadidura de *d. l. 5. de las Partidas.* La fórmula espresa y ordinaria de esta sustitucion es: *Mi hijo sea heredero, y si lo fuere y muriere dentro de la edad pupilar, séalo Pedro.* Y tambien puede hacerse calladamente sin esta espresion, diciendo el testador: *Sean herederos mi hijo menor de 44 años, y Pedro y Juan mis amigos; y cualquiera que sea mi heredero, lo sea tambien de mi hijo, l. 5. d. tit. 5.*, la cual establece asimismo, que bajo la sustitucion vulgar espresa se comprende tácitamente la pupilar; y de consiguiente, que si un padre instituye heredero á un hijo suyo menor de 44 años si es varon, ó de 42 si es hembra, diciendo que en el caso de no ser heredero, lo sea *Pedro*, lo será tambien este en el caso de que habiéndolo sido el hijo, murió en la referida edad. Pero pone

(4) § 2. eod. (2) L. 4. § 4. de vulg. et pup. subst.

(5) Pr. Inst. de pup. subst.

una escepcion de esta última doctrina en el vers. *Fueras ende*, en el caso de que teniendo el testador dos hijos en su potestad, el uno mayor de 14 años, y el otro menor, les sustituye entre sí vulgarmente; porque entónces no sería el mayor sustituto pupilar del menor, aunque siendo este heredero muriese durante su menor edad. Y da la razon de la escepcion, porque se juzga les quiso hacer iguales, y por lo mismo fué su voluntad, que el mayor solo recogiese á su favor la sustitucion vulgar del menor; puesto que este no podía recoger otra, por ser el mayor incapaz de tener sustituto pupilar. Y que lo mismo sería si en lugar del hijo mayor fuese instituido un estraño, aunque menor, por la propia razon (1). No solamente puede el padre dar sustituto pupilar al hijo que instituye heredero, sino tambien al que deshereda; y entónces, muerto este en la edad pupilar, heredaría el sustituto los bienes que viniesen al tal hijo por parte de su madre ó de otros, *l. 6. d. tit. 5. (2)*. Y aunque esta ley exige en este caso, que el padre nombre algun heredero, no es ya esto preciso, atendida la *l. 4. tit. 18. lib. 40. de la Nov. Rec.*, segun la cual no es necesaria la institucion de heredero para que valga el testamento, como vimos en el *tit. 4. de este lib. n. 3.*

13 Es efecto de la sustitucion pupilar, que el sustituto recoja todos los bienes del instituido, de cualquiera parte que le hayan pertenecido, como si este le hubiese nombrado heredero en tiempo en que pudiese hacer testamento; por cuya razon se considera como testamento del hijo, *l. 7. d. tit. 5. (3)*, con total exclusion de la madre del pupilo, como espresamente lo establece la *ley 42. del mismo tit. 5. vers. E si aquel*, hablando de la pupilar comprendida en la compendiosa, y lo prueba Góm. 4. *variar. cap. 4. n. 7.* Y añade al *siguiente n. 8.* suceder lo contrario en la pupilar tácita contenida en la vulgar, fundado en testos del Derecho romano, que á nuestro dictámen no lo prueban, como hacemos ver en nuestras *Instituciones Romano-Hispanas, lib. 2. tit. 46. n. 47. y siguientes.* Solo se esceptúa el sustituto que el arrogador dió á su hijo adoptivo, el cual no heredará mas bienes, que los que el arrogado hubo del padre arrogador, ó por su contempla-

(1) *L. 2. C. de impub. et al. subst. (2) § 4. Inst. de pup. subst. (3) Pr. eod.*

cion, *l. 9. d. tit. 5. (4)*. La causa de haberse introducido esta sustitucion es, porque no pudiendo testar los que están en la edad pupilar, por no tener el correspondiente entendimiento para ello, pareció justo y útil lo pudiesen hacer por ellos sus padres, en cuya patria potestad están, *l. 44. d. tit. 5.* Y como esta es necesaria para su subsistencia, de ahí es, que siempre que cese, de cualquiera manera que sea, desfallece ó se acaba la sustitucion, como tambien por salir el hijo de edad pupilar, *l. 40. d. tit. 5.* Por esta misma ley no era admitido el sustituto pupilar, cuando el hijo instituido no queria la herencia de su padre. Pero por cuanto la famosa *ley 4. d. tit. 18.*, que acabamos de citar dispone, que si el heredero no admite la herencia, vale y debe observarse todo lo demas que se halla ordenado en el testamento, diremos que en este particular corrige á *d. l. 40.*

14 Ejemplar sustitucion se llama aquella, que hacen los padres ó las madres á sus hijos locos ó mentecatos, diciendo: *Instituyo heredero á mi hijo Pedro, y si muriese en la locura ó enajenacion de potencias que padece, establezco por heredero suyo ó en su lugar á Juan (2)*. Se llama así, por haberse introducido á ejemplo de la pupilar; por concurrir en los locos y mentecatos la propia razon que en los pupilos, de no poder testar por sí. Con la misma analogía se suele llamar tambien *cuasi pupilar*. Entre ella y la pupilar hay sin embargo algunas diferencias: I. Que esta solo la puede hacer el padre, y al hijo que tenga en su potestad, como hemos visto; y la ejemplar tanto el padre, tenga ó no tenga patria potestad, como la madre (3); y es la razon, porque la ejemplar no es efecto de dicha potestad como la pupilar, pues nace del afecto que tienen los padres á sus hijos, cuya circunstancia no puede negarse á las madres. II. Que en la pupilar puede el padre nombrar por sustituto á quien le parezca, y en la ejemplar debe nombrar á los hijos del loco, si les tuviere, y en su defecto á alguno de sus hermanos (4). III. Que la pupilar se da y acaba por razon de la edad de aquel á quien se da, y la ejemplar por la de recobrar la sanidad de su entendimiento *l. 44. d. tit. 5. (5)*. Y en el caso en que este despues de haber recobrado

(1) *L. 40. § 6. de vulg. et pup. subst. (2) § 4. Inst. de pup. subst. (3) L. 9. C. de impub. et al. subst. (4) D. l. 9. (5) § 4. Inst. de pup. subst.*