

be tener mas derecho que el que tenía aquel en cuyo lugar sucede.

La sustitucion vulgar fallece 1.º si el sustituto muere antes del testador: 2.º si acepta la herencia el instituido.

TITULO XVI.

De la sustitucion pupilar y de las demas sustituciones.

La sustitucion pupilar decimos que es una sustitucion directa hecha por el padre de familias á sus hijos impuberes que se hallan bajo su potestad, para que no carezcan de heredero en el caso de que mueran antes de llegar á los años de la pubertad. (1) Tres diferencias se encuentran entre la sustitucion vulgar y la pupilar. 1.ª Sustituir vulgarmente pueden todos los testadores; pupilarmente solo los padres de familia. 2.ª Vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos: pupilarmente solo á los hijos impuberes. 3.ª En la primera se sustituye para un caso negativo, esto es, si el instituido no

(1) Ll 1. y 5. tit. 5. P. 6.

fuere heredero; en la segunda para un caso afirmativo: si mi hijo fuere heredero y muriere antes de llegar á la pubertad. (1)

Hemos visto la definicion de esta sustitucion: resta ahora ver varios axiomas que de ella nacen. 1.º *El fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad.* (2) Este axioma es claro si atendemos á que las leyes solamente conceden al padre que sustituya pupilarmente, y esto cuando tiene al hijo en su potestad. 2.º *La causa de esta sustitucion es la poca edad del hijo: es decir, la impubertad.* Y es la razon, porque como los impuberes no pueden hacer testamento, (3) para que no mueran intestados ha parecido justo que sus padres testen por ellos, la cual razon cesa luego que los hijos llegan á la edad de catorce ó doce años. (4) 3.º *Cuando se sustituye pupilarmente hay dos testamentos.* Pero no se ha de entender que son dos por razon de la forma y solemnidades, pues

(1) Ll. 1. y siguientes del d. tit. 5.

(2) L. 5. ya cit.

(3) L. 13. tit. 1. P. 6.

(4) Vease toda la ley 5. tit. 4. P. 6.

no se requieren mas testigos que los necesarios en cualquier testamento, sino por la doble institucion de heredero que se hace. De suerte, que en este caso el padre hace primeramente su testamento é instituye en él á su hijo por heredero: despues testa por este y establece quien lo herede si muere antes de llegar á la pubertad: por lo qual equivalentemente hay dos testamentos. (1)

Siendo pues el fundamento de esta sustitucion la patria potestad, se sigue: 1.º que la madre no puede sustituir pupilarmente, pues nunca tiene á los hijos en su potestad. (2) 2.º Que ni el padre podrá hacerlo á sus hijos emancipados: porque habiendo estos salido de la patria potestad por la emancipacion, (3) y siendo el fundamento de la sustitucion pupilar la patria potestad, es evidente que carece de facultad para hacerla. 3.º Que ni el abuelo paterno puede sustituir pupilarmente aun á fal-

(1) L. 7. del mismo tit.

(2) L. 2. tit. 17. P. 4.

(3) L. 15. tit. 18. P. 4.

ta del padre, pues aunque antiguamente tenia patria potestad en los nietos, (1) hoy no tiene. (2) 4.º Que el padre puede sustituir pupilarmente aun á su hijo desheredado. La razon se infiere de lo dicho: el fundamento de esta sustitucion es la patria potestad, la qual no se pierde por la desheredacion. (3) 5.º Que se acaba la sustitucion en el caso de que el hijo sea emancipado despues de hecha, lo que no necesita de prueba.

Hemos dicho en el segundo axioma que la causa de esta sustitucion es la poca edad del hijo, es decir, la impubertad, y de aqui se infiere: 1.º Que no se puede sustituir al hijo, sino para todo el tiempo que le resta hasta cumplir la edad prefinida por derecho. 2.º Que se acabará luego que la cumpla, pues no hay cosa mas natural sino que cese el efecto cesando la causa.

El tercer axioma es, que la sustitucion pupilar es doble testamento:

(1) L. 1. tit. 13. P. 4.

(2) L. 8. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

(3) L. 6. tit. 5. P. 6.

por lo cual 1.º No puede el padre dar sustituto á su hijo sin hacer antes testamento para sí, pues no puede haber sustitucion sin que preceda institucion. 2.º El sustituto del hijo recibirá todos sus bienes por cualquier linea que le vengan, pues entra en todos sus derechos. (1) (*) Finalmente, anulándose el testamento del padre, no producirá efecto la sustitucion pupilar, porque faltando lo principal falta tambien lo accesorio.

Aunque ya se han dicho varios modos por los cuales se acaba ó pierde su efecto la sustitucion pupilar, para mayor claridad los resumirémos todos aqui. Estos son: 1.º Cuando el hijo sale de la patria potestad. 2.º Cuando llegue á la pubertad. 3.º Cuando el testamento del padre se anula ò se rompe. 4.º Si se verificare el caso de que el hijo renun-

(1) L. 7. tit. 5. P. 6.

(*) Acerca de si puede el padre escluir á la madre del pupilo de la sucesion de sus bienes por medio de la sustitucion pupilar espresa, es opinion que se controvierte por una y otra parte. Vease á Febrero reform. P. 1. cap. 5. 4. 1. núm. 90.

ciase la herencia, (1) y el 5.º si muere primero el sustituto que el hijo.

§. I.

De la sustitucion ejemplar.

LA sustitucion ejemplar es una sustitucion directa que los ascendientes hacen á sus descendientes fátuos, locos ó desmemoriados aunque sean mayores de veinte y cinco años, no por falta de edad para testar, sino por la de uso de su entendimiento. (2) Como esta sustitucion no tiene por fundamento la patria potestad, sino la necesidad por el estado deplorable del descendiente, la pueden hacer el padre, madre y abuelos á sus hijos legitimos de ambos secsos, ya esten en su poder ó casados ó emancipados, y tambien la madre á los naturales cuando les debe su legitima; pero no á los espurios, como tampoco el padre puede sustituirles, ni á los naturales.

Llamase esta sustitucion ejemplar,

(1) L. 10. tit. 5. P. 6.

(2) L. 11. tit. 5. P. 6.

porque se hace á imitacion y ejemplo de la pupilar, y se ordena en estos términos: instituyo por mi heredero á Ticio mi hijo legítimo, y si falleciere en la locura ó fatuidad que padece, establezco por su heredero á Cayo su hermano. En cuyo caso muriendo el hijo en la demencia ó fatuidad, heredará el sustituto todos sus bienes. (1)

Pero en esta sustitucion se ha de observar precisamente este órden. Primeramente se han de nombrar por sustitutos del loco, fátuo ó desmemoriado á sus hijos, pues aunque los tenga se les puede sustituir ejemplarmente. A falta de ellos, á los nietos y demas descendientes por su órden y grado: no teniendolos, á un hermano como quieren algunos autores, (2) ó á todos como quieren otros (3) y en su defecto á los estraños. (*)

(1) L. 11. tit. 5. P. 6.

(2) Sala en sus notas á Vinnio en la nota de derecho de España puesta á este titulo l. 1. numero 9.

(3) Febrero reform. cap. cit. num. 93.

(*) Si aun en la sustitucion pupilar es muy dudoso que pueda ser excluida de la herencia la madre, y es mas probable segun algunos la cen-

Se acaba la sustitucion ejemplar por una de estas tres causas: 1.^a Cuando el loco ó fátuo recobra su juicio. 2.^a Cuando le nace despues hijo ó hija. Y la 3.^a Cuando el que la hizo la revoca despues por testamento posterior. (1)

§. II.

De la sustitucion compendiosa.

LA sustitucion compendiosa es una sustitucion directa que comprende ó puede comprender á todos los herederos instituidos y á sus tiempos, edades y bienes que el testador les deja: ó por mejor decir: es una sustitucion que bajo el compendio de palabras contiene diferentes sustituciones segun la multitud y variedad de tiempos. Como

traria, ¿cuanto mas en esta en que no hay el fundamento de la patria potestad como en la pupilar, sino sola la determinacion de la ley? y asi parece que deberá observarse la 6.^a de Toro que llama á la herencia á los ascendientes antes que á los hermanos del loco y que al estraño, teniendose por derogada la ley 11. tit. 5. P. 6. Vease á Gregorio Lopez en dicha ley, palabra otro estraño, y á Covarrubias de Test.

(1) L. 11. al fin tit. 5. P. 6.

esta incluye en sí la pupilar, solo el padre la puede hacer á sus hijos impuberes que estan en su poder, y se ordena en esta forma: instituyo por mi heredero à Ticio mi hijo legitimo, y en cualquier tiempo que muera le sustituyo á Sempronio. En este caso, si el hijo no fuere heredero tendrá lugar la sustitucion vulgar; si lo fuere y muriere antes de la púbertad, valdrá como pupilar; y si fuere loco ó fatuo, como ejemplar. (1)

§. III.

De la sustitucion brevilocua.

ESTA sustitucion, á la que tambien llaman reciproca, es una sustitucion directa que se hace mutuamente á algunos herederos instituidos para el caso de defecto de algunos. Llámase brevilocua, porque se hace brevemente ó con pocas palabras: v. g. instituyo por mi heredero á Ticio y Cayo, mis dos hijos legitimos menores de catorce años, y los hago mutuamente sustitutos uno del otro. En

(1) L. 12. tit. 5. P. 6.

cuya sustitucion que solo puede hacer el padre, se incluyen cuatro, dos vulgares y dos pupilares, pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar, ó si habiendo salido de ella no quisiere aceptar la herencia, la percibirá toda el otro instituido. (1)

TITULO XVII.

De qué modos pierde su efecto el testamento.

EL testamento segun nuestro derecho, unas veces no produce efecto alguno desde el principio y otras habiendo sido válido en todas sus partes, se vicia á lo menos en quanto á la institucion de heredero, y entonces se dice que se rompe ó se rescinde. Cuando el testamento carece de las solemnidades esenciales que hemos explicado ya que debe tener, ó cuando el testador es de aquellas personas que estan inhabilitadas por derecho para este efecto, entonces el testamento que se hace se llama nulo, y no produce efecto alguno en

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

todas sus partes; v. g. un testamento nuncupativo hecho con solos dos testigos, ó con tres que no fuesen vecinos del lugar, ò si fuese herege ó apóstata, el que lo otorga.

El testamento válido en su principio se romperá en cuanto á la institucion de heredero, aunque valga en cuanto á las mandas, (1) de dos modos. El primero por la supernascencia de algun hijo, del cual no se hizo mencion en el testamento. El segundo por otorgamiento de otro posterior. El primer modo se verificará cuando al testador le nace de su muger legítima algun hijo ó hija, ó cuando adopta conforme á derecho ó legítima á alguno, de suerte que se haga heredero forzoso de sus bienes. En estos casos se anula la institucion de heredero extraño que se habia hecho, y entra en su lugar el hijo ó hijos á heredar toda la parte que conforme á nuestro derecho les toca escepto el quinto, y todo lo demas del testamento subsistirá, como tambien los legados hasta donde alcance el quinto,

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

que es del que tienen los padres libre disposicion. Lo mismo se debe decir en el caso de que ya el testador tenga hijos y le nazca otro, pues este sin anular el testamento entrará á la parte con los demas.

De tal suerte huyen nuestras leyes de anular los testamentos sin urgente necesidad, que fundandose en su espiritu opinan los autores, que valdría la disposicion de uno que sabiendo que tiene hijos legitimos, no los establece por herederos; pero ni tampoco á un extraño, juzgandose en este caso que tacitamente los llama, de lo cual se infiere que aun la pretericion no induce nulidad por nuestro derecho, pues en semejantes casos valen las mandas hasta aquella cantidad que alcance el remanente del quinto.

Por posterior testamento puede romperse el primero, no solo en cuanto á la institucion de heredero, sino tambien en un todo, siendo el segundo perfecto. (1) Y la razon es, por-

(1) L. 21. y 23. tit. 1. P. 6.

que ninguno puede imponerse á sí mismo ley, de la que no le sea lícito apartarse, y mas permitiendolo espresamente el derecho en atencion á que la voluntad humana es variable hasta la muerte. (1)

Pero aunque el testamento posterior se haya hecho con todas las solemnidades prescritas por derecho, será valido el anterior en dos casos. El primero si creyendo el testador haberse muerto el heredero instituido en aquel, nombra á otro en este, espresando la causa de la nueva institucion, pues verificandose que el primero vive llevará la herencia y no el segundo; pero las mandas que ambos contengan valdrán en todo lo que haya lugar, (2) y la razon de esto es la falsedad de la causa que motivó la segunda institucion de heredero.

El segundo caso es, cuando el testador otorga su testamento con clausulas derogatorias generales ó especiales, y en el que hace despues no

(1) L. 25. tit. 1. P. 6.

(2) L. 21. tit. 1. P. 8.

se mencionan. (1) Pero si el testador tuviese cuidado de espresar la derogacion que hace del primero con toda la individualidad necesaria, no hay duda que quedará revocado el primero. (2)

Finalmente se rescinde el testamento cuando es inoficioso.

TITULO XVIII.

Del testamento inoficioso.

INOFICIOSO se llama el testamento que no está hecho conforme á la piedad que deben tenerse los parientes entre sí; por lo cual permite el derecho que habiendo este sido valido se rescinda, lo cual se pide con una accion que se llama *queja de inoficioso testamento*, y no es otra cosa que una accion con la cual los ascendientes ó descendientes desheredados por su nombre y con espresion de causa legítima, piden ser admitidos á la herencia en lugar del here-

(1) L. 22. del dicho tit. 1. P. 6.

(2) La misma l. 22.

dero establecido en el testamento, en atención á que la causa no ha resultado verdadera.

Como esta accion es odiosa por que denota que el padre ó el hijo han faltado á los oficios de piedad, solo tiene lugar cuando no hay otro remedio para entrar en la herencia, y asi, no será necesaria 1.º Por la pretericion ó desheredacion hecha sin las condiciones prescritas por derecho, pues en este caso es *ipso jure nulla* la institucion de heredero. (1) 2.º Tampoco será necesaria al que haya sido instituido en una pequeña parte de la herencia, pues tendrá accion á que se le complete su legitima. (2) De donde se infiere, que solo habrá lugar á la queja entre descendientes y ascendientes en el caso insinuado en la definicion: esto es, cuando la desheredacion es enteramente arreglada á derecho; pero el heredero establecido, que es á quien toca probar la causa en caso de negarla el

(1) L. 1. tit. 8. P. 6.

(2) L. 5. del mismo. tit.

desheredado, ó de no estar probada por el testador, no lo hace suficientemente. (1)

La queja de inoficioso testamento no se dá conforme á derecho á todos los parientes del testador, sino solo á los descendientes y ascendientes á quienes se debe porcion legitima. Mas los hermanos la tienen en un caso: esto es, cuando pudiendo ser herederos se les antepone una persona torpe, ó de mala fama; pero no siendolo, es libre cada hermano para dejar sus bienes á quien quiera. (2)

Visto ya que es esta queja, y quien puede usar de ella, resta examinar que efectos produce, y cuando cesa. En quanto á lo primero el efecto de esta queja es anular la institucion de heredero, entrando el que debe heredar conforme á derecho, y en la parte correspondiente, y todo lo demas del testamento queda en su vigor. (3) como son legados, fideicomi-

(1) Ll. 1. y 4. tit. 8. P. 6.

(2) Ll. 2. y 3. del mismo. tit.

(3) L. 7. tit. 8. P. 6.

ses, nombramiento de tutor &c. cuanto á lo segundo cesa la queja 1.º Siempre que hay otro arbitrio para conseguir la herencia, pues este no es mas que un remedio subsidiario. 2.º Cesa siempre que se consiente en la desheredacion ya sea espresa ya tácitamente, (1) como si dejase el desheredado pasar cinco años despues que el extraño hubiese aceptado la herencia, pues si pasado este tiempo se quisiere quejar, no debe ser oido si no es que fuese menor de veinte y cinco años, que entonces tendrá accion hasta que los cumpla, y aun cuatro años despues.

Como hemos dicho que la queja de inoficioso testamento se dá á todos los ascendientes y descendientes que por derecho se les debe porcion legitima; se hace preciso esplicar que parte de la herencia sea la que con este titulo se debe dejar por los ascendientes á sus descendientes, y por estos á aquellos; y para dar toda la luz necesaria á esta materia, se tratará tambien de las mejoras de tercio y quinto.

(1) L. 6. del mismo. tit.

La legitima que se debe por nuestro derecho á los descendientes legitimos, comprende todos los bienes de sus ascendientes, esceptuando la quinta parte de la cual pueden disponer á su arbitrio en vida ó en muerte, (1) entendiéndose que solo es un quinto en ambos tiempos como está declarado. (2) De esta parte y no del cuerpo de la hacienda del testador se han de deducir los gastos de su funeral, misas, entierro y legados que haga el que tiene descendientes legitimos, aunque lo prohibiese espresamente. Mas la parte que los descendientes deben dejar á sus legitimos ascendientes sea en testamento ó *ab intestato* cuando estos no tienen descendientes legitimos, comprende solamente las dos tercias partes de los bienes que el hijo ó descendiente dejare por su muerte, y asi les queda facultad de disponer por su alma, ó entre extraños del tercio. (3)

Aunque como se ha dicho, el tes-

(1) L. 12. tit. 6. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Dicha l. 12.

(3) L. 1. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

tador que tiene hijos legítimos debe dejar á estos las cuatro partes de todos sus bienes, sin tener arbitrio para disponer en su perjuicio de mas que de la otra parte á la que llamamos quinto; con todo le concede el derecho facultad para que pueda asignar á uno ó á muchos de sus descendientes, sean hijos ó nietos &c. el tercio de sus bienes. (1) La cual doctrina se percibirá mas claramente con lo que diremos inmediatamente de las mejoras.

Decimos hacerse mejora, cuando el padre deja el tercio ó el quinto á uno ó á muchos de sus hijos ó descendientes legítimos: (2) y es la razon, porque en esta parte que les deja señaladamente, los hace mejores respecto de los otros descendientes. Pero si el padre hace ambas mejoras, primero se saca el quinto y despues el tercio para que sea mas cuantioso el quinto en favor del alma del testador. (3) Acerca de las condiciones y gravámenes que pue-

(1) L. 2. tit. 6. lib. 5. Rec. L. 10. tit. 5. lib. 3. Fuero Real

(2) Titulo 6. lib. 5. de la Rec.

(3) L. 214. del Estilo.

den ponerse por los padres en el tercio ó quinto, hemos dicho ya lo suficiente en otra parte. (1)

Como las leyes permiten á los ascendientes que mejoren á sus legítimos descendientes por contrato entre vivos ó por última voluntad, se infiere; que si aquellos hacen donacion á alguno de estos, aunque no usen de la palabra *mejora*, se entiende serlo en el tercio y remanente del quinto, contandose lo que en estos quepa para que con ningun otro pueda hacerlo en mas de su importe, pues si asciende á mas, se tendrá por legitima, y escediendo á ésta y á la mejora, deberá el donatario restituir el esceso á los coherederos. (2) Pero si mandan que lo traiga todo á colacion y particion, no se entenderá mejorado, antes bien deberá restituir lo que escediere de su legitima la cantidad recibida, pues se infiere claramente que no lo mejoraron.

Las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos por

(1) Tit. 14. de este libro

(2) L. 10. tit. 6. lib. 5. Rec. de Cast.

razon de dote ni casamiento, ni se entiende serlo tácita ni espresamente; y asi aunque sus padres las mejorasen por razon de matrimonio no vale, (1) y por consiguiente tampoco el pacto ó promesa que por esta razon haga el padre à su hija, ó yerno de no mejorar à los demas hijos, porque por este pacto es visto ser mejorada respecto à privarse el padre de hacerlo con los demas hijos, y recaer precisamente en ella la parte de mejora que entre ellos se habia de partir si su padre los mejorase. Pero por testamento ù otra ultima voluntad si puede, por que no hay derecho que se lo prohiba. Lo mismo parece que sucederá por contrato entre vivos, con tal que el dotarlas, ó casarlas no sea la causa impulsiva y final de la mejora, ó aunque lo sea no esceda la dote de la renta que prefine la ley 5. tit. 2. lib. 5. de la Rec. en cuyos casos, aunque supere à la legitima que debe corresponderles atendiendo el va-

(1) L. 1. tit. 2. lib. 5. Rec. de Cast. y Auto 4. num. 24. tit. 12. lib. 7. de la Ren. de Cast.

lor de los bienes que sus padres, ó el que las mejoró dejen, parece que no tendràn obligacion de restituir el esceso, y que se les computará todo en legitima.

Mas aunque una ley de Recopilacion (1) dice, que para llamarse inoficiosas las dotes, se ha de mirar si esceden del valor del tercio, quinto y legitima, y si caben en los bienes que deja el que las dió ù ofreció, ó en los que tenia cuando las mandó, segun quisiere elegir la persona à quien fueron prometidas, hoy no tiene lugar esta eleccion, porque las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos, sino en los dos casos propuestos. Por lo qual, si la dote que dà el padre à su hija escede la legitima que la puede tocar cuando muera, atendido el valor liquido y efectivo de sus bienes, unido con el de la dote que haya dado antes à la hija ecsistente en su dominio. (2)

(1) L. 3. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Notese que los padres pudiendo, estan obligados por derecho à dotar à sus hijas légitimas ecsistentes en su dominio, sean ó no ricas, y de estas dotes y donaciones son de las que habla la ley 9. tit. 6. lib. 5.

debe restituir el esceso á sus hermanos por no trasferirsela su dominio, ni poderse la computar en tercio ni quinto, porque la ley resiste y anula esta donacion. A que se añade, que para poder dotar y que la dote sea congrua y no se gradue de inoficiosa, se ha de atender á las facultades del donante, y su calidad y condicion, y la de la dotada y su marido: á los hijos con que el dotante se halla y la costumbre del pueblo. Pero bien podrá hacerles alguna donacion simple por mera liberalidad, pues cesando todo fraude valdrá, porque la ley citada reprueba solamente las mejoras por via de dote ó matrimonio á causa de ser escesivas; mas no las donaciones provenientes de mera liberalidad, pues de lo contrario sería correctoria de las que permiten estas donaciones. (1)

Pueden los ascendientes revocar hasta su muerte la mejora hecha á sus

de la Rec. cuando dice: que el tercio ni quinto de mejora no se debe sacar de las dotes ni donaciones, pues son bienes de los hijos y no del padre. Vease, para lo primero la ley 2. tit. 11. P. 4.

(1) Vease á Febrero reform. P. 2. cap. 2. l. 2.

descendientes en contrato entre vivos ó última voluntad, por las causas porque se permite revocar las donaciones perfectas, á menos que sien lo hecha por contrato entre vivos hayan entregado al mejorado la posesion de los bienes de ella, ó á presencia de escribano la escritura, ó que el contrato se haya celebrado con tercero por causa onerosa v. g. por casamiento ó por otra causa semejante que en estos casos es irrevocable. (1)

TITULO XIX.

De la diferencia que hay de herederos.

YA hemos dicho arriba que el heredero es un sucesor universal de derechos y acciones que corresponden ó pueden corresponder al testador. La primera division de herederos que hallamos por nuestro derecho, es que unos son *ex testamento* y otros *ab intestato*. Los herederos *ex testamento* son los que el testador nombra por tales,

(1) L. 1. tit. 6. lib. 5. de la Rec. de Cast