

l. 9. Vease al Señor Beleña último foliag. pag. 69. ab intestatos.

El conocimiento de todas las causas de herencia, tanto por testamento, como ab intestato, toca solamente á los Jueces seculares, aunque los herederos, ó el testador sean eclesiásticos, ó la herencia se déxe para causas pias, ó en favor de la anima del testador, real cédula de 15. de noviembre de 1781. promulgada aquí en 27. de abril de 1784.

Todos los militares de América gozan para sus testamentos de los privilegios expuestos en este título, por declaracion de la real cédula de 24. de octubre de 1778. y no es necesario que el militar esté en expedicion, pues donde quiera puede usar de estos privilegios, y todo el que goce del fuero militar, d. real cédula y la ordenanza general de Ejército. *trat. 8. tit. 11.* pero las milicias urbanas, que no estan en actual exercicio, y que están sin alguna señal ó subordinacion á la disciplina militar, sino que solo estan preparadas para una necesidad muy urgente, no gozan de este privilegio. Mandam. real. de 19. de febrero de 1786. vease tambien la ordenanza citada. *c. 4. n. 1.* y el *8. n. 16.*

Supuesto que á los siervos les es permitido el tener peculio, como es constante, y se comparan en todo con los siervos conducticios, es evidente que tambien se les debe permitir el poder testar como lo ordena la real cédula de 31. de mayo de 1789.

## TITULO V.

### DE LA INSTITUCION DE HEREDERO,

#### SUBSTITUCIONES 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 vaya la herencia, cuando el testador instituye á los pobres.*
  5. *En qué partes debe dividirse la herencia.*
  6. *Puede morir en cualquiera parte testado, y*
- (1) *Tit. 13. 14. 15. y 16. lib. 2. Inst.*

- parte intestado, y cuando 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. *Se explican latamente algunas divisiones de las condiciones posibles.*
10. *Qué sea substitucion, sus especies, y se explica la vulgar.*
11. 12. *De la substitucion pupilar.*
13. *De la substitucion exemplar.*
14. *De las substituciones compendiosa, brevilocua y fideicomisaria.*
15. *Del derecho de deliberar.*
16. 17. *Del inventario.*
18. 19. *De los modos de admitir ó desechar la herencia, y cuándo deben tener capacidad los herederos.*
20. 21. 22. 23. *De la desheredacion.*
24. 25. *Modos de romperse el testamento; y penas de los que impiden testar.*
26. *De los testamentos que se rescinden por la querrela de inoficiosos.*
- A**unque según diximos en el título antecedente n. 3. no es necesaria en España la institucion de heredero, para que el testamento valga, debemos con-

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO. 285.

ferar 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 expedito 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 Hereges y los Apóstatas (1). IV. Las confradias, 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. de d. tit. 3. la muger que casare dentro de un año despues de la muerte de su marido, no podia ser instituida

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

heredera por ningun extraño ni pariente del cuarto grado en adelante; pero está corregida por la *l. 3. tit. 1. lib. 5. de la Recop.*, que concede licencia á todas las mugeres, 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 prohibicion de ser instituidos es absoluta; pero hay otros que solo la tienen respectiva, es decir, que todos les pueden instituir, á excepcion 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 dexar dichos sus padres ó madres la quinta parte de sus bienes, *l. 7. l. 10. tit. 8. lib. 5. de la Recop. (l. 9. l. 12. de Toro)*. Y sino tuvieren hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, podrán instituir á sus hijos naturales, aunque á ellos les sobrevivan sus ascendientes

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO. 287.  
legítimos, *d. l. 7. 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 dexarles 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 la pena de muerte natural, *d. l. 7.* Pero de la sucesion del padre están los espurios tan excluidos, que solo les puede dexar la quinta parte de sus bienes, si se hallaren en necesidad, y no de otra manera, como prueba bien Gutierrez, *lib. 3. pract. quæst. 94. de la ley 9. de d. tit. 8.* II. Los hijos de los Clérigos, Frayles 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. 7. y su antecedente la 6.*, que invalida cualquier privilegio que se concediere en contrario. Por Clérigos deben entenderse aquí los ordenados de orden mayor, ó *in sacris*, como suele decirse, como hace ver Azevedo en *d. l. 6. un. 3. y 4.* Y adviér-

tase que las *leyes 6. y 7. tit. 18. lib. 5. de la Recop.* que acabamos de citar, corrigen en parte lo que generalmente dispuso de los hijos nacidos de dañado ayuntamiento la *ley 4. tit. 3. P. 6. al fin;* bien que á Gregor. Lop. en la *glosa 11. de d. l. 4.* ya le pareció debía limitarse la generalidad que tiene de que no pudiesen ser instituidos, sin expresar por quienes.

3. IV. Nada pueden percibir por disposición 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, *auto-acordado 3. tit. 10. lib. 5. de la Recop.*, confirmado por *cédula publicada en 18. de agosto de 1771*, en la que se añade la pena de privación de oficio del escribano, que autorizase cualesquiera instrumentos en su contravención; declarando ser nulos los que se hicieren en contrario. Se refiere en *d. auto-acordado* la justa causa de esta prohibición, de evitarse las persuasiones, sugeriones y fraudes con que se turban las conciencias de los enfermos, y se les trueca la voluntad. En explicación 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 Contador. 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 expresar causa alguna de las justas, añade deber entenderse esta nulidad en quanto 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. 5. de la Recop. (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 menos dexé 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

(1) *Autent. ex causa C. de liber. præter. desump. ex Nov. 115. cap. 3. in fine.*  
Tom. I. 40

mas allá del particular, en que ocurrió la iniquidad ó sinrazon que la motivó.

4. El nombramiento de heredero debe hacerse con palabras que le señalen cierta y claramente, de modo que se sepa con seguridad qual 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 se nombrase por heredero á Pedro su amigo, si tuviese dos amigos de este nombre, y no pudiese constar por algunas señales de qual de los dos quiso hablar; é iria en este caso su herencia á los mas próximos parientes, que hubieren de sucederle ab intestato. Ni tampoco valdria, si el testador señalase al heredero por injurias ó dictos especiales, como si dixere, nombro en heredero á Juan, que es traidor ó herege, para deshonrarle ó infamarle. Pero sí valdria, si en general dixese de él, que era malo, sin expresar la especie de maldad, *l. 10. d. tit. 3.* Y si instituyero

(1) *L. 15. C. de testam.*

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 en 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. tit. 3.*, en cuya *glosa 7.* dice Gregor. Lop. deber entenderse en el caso que el testador tuviere 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 (1), porque este número es el mas proporcionado para subdividirse, completarse ó multiplicarse, respecto á que se puede partir en mas porciones iguales que ningun otro. Al total de 12. onzas llaman las leyes romanas *as*, á su doble *dipondium*, y á su triple *tripondium* (2), cuyos nombres se expresan tambien en las nuestras de las *Partidas*, y su noticia es útil para el caso

(1) *§. 5. Inst. de her instr.* (2) *d. §. 5. §. 8. eod.*

en que el testador, llenando ó excediendo el *as*, nombrare á otro heredero sin expresion de partes. Si nombrára á varios, sin expresar partes en ninguno, todos las tendrían iguales; y si en todos las expresase, cada cual sacaría la que le señaló. Y si en alguno ó algunos señalase partes, y en otro no, tendrían aquellos las señaladas, y este lo que falta hasta cumplir el *as*, y llenado ó excedido el *as*, lo que faltase hasta el dipondio, y con la misma regla hasta el tripondio (1). Si por exemplo pues dixere 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 razon tendría 12. si entre los otros dos tuviesen señaladas otras doce, como todo esto consta en las leyes 17. 18. y 19. *d. iii.* 3. que en esto imitaron á las romanas, que establecieron lo mismo, fundadas en notoria equidad. También las imitó la ley 14. *de d. iii.* 3.

(1) §. 6. *cod.*

disponiendo, que si el testador instituyese heredero á uno solo en cosa señalada, como en viña ú otra cosa cualquiera, debia este llevarse toda la herencia (1). Pero como esta decision se fundaba solo en el rigor y escrupulosidad del derecho romano, la consideramos corregida por la ley 1. *tit. 4. lib. 5. de la Recop.*, 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 decidian el caso último del *n. anterior*, y otros semejantes. Pero el de *d. celebre l. 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop.* 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 valdra como suena la institucion de heredero hasta tiempo cierto ó desde tiempo cierto, sin embargo de que lo prohibia la ley 15. *de d. iii.* 3. Este axio-

(1) *L. 1. §. 4. de her inst.*

ma 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 instituído en cosa cierta, ó parte cuotativa de la herencia, como una, dos ó tres onzas, recogia 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. rit. 3.* hasta que la corrigió, como hemos dicho, la *1. tit. 4. lib. 5. de la Recop.* Dirémos pues, consiguiente á esta corrección, 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. 1.* se guardase y cumpliese religiosamente; á la manera, que por la misma razón siempre lo ha tenido en los legados, cuando hay conjunción real. Y segun esta regla, no habrá derecho de acrecer en las herencias; cuando uno solo es el instituído en cosa cierta, ó parte cuota de la herencia; ó son muchos los instituídos con partes expresas para cada

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

uno que señaló el testador, en cuyos casos irán á los herederos legítimos ó ab intestato los demas bienes vacantes, ó partes de que no dispuso el testador. Véase á *Vela disp. 47. á n. 58.* Pero si el testador instituyese á muchos juntándolos ó en toda la herencia, ó en alguna parte de ella, como por exemplo, en el tercio ó en el quinto, dirémos 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 baxo de condicion, la cual se suele significar por la palabra *si*, y no es otra cosa, que: *Añadida 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 expresado, 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. (1).* Es

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

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 alguna extension. 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 perplexas ó dudosas, de modo que no pueden entenderse. Imposibles por naturaleza se llaman aquellas, cuya existencia resiste la misma naturaleza, como si el testador dixese: *Nombro heredero á Pedro, si alcanzaré al Cielo con la mano*; y por derecho, las que son contra honestidad, contra buenas costumbres, contra obras de piedad, ó contra derecho, *l. 1. 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 Jurisconsulto Papiniano (2) que nos ha parecido notarla aquí, á saber: *Debe creerse que no podemos hacer aquellas cosas que ofen-*

(1) *L. 15. de cond. inst. (2) d. l. 15.*

*den la piedad, exístimacion y rubor nuestro, y generalmente las que se hacen contra las buenas costumbres, como si uno dixera: 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 dexa, como si se les hubiere dexado pura y simplemente, *d. l. 3.* Lo contrario sucede en los contratos, que celebrados baxo de condicion imposible, son nulos. Así lo establecieron varias leyes romanas (1). Y aunque no hemos hallado ley alguna de nuestra España, que expresamente lo establezca, hemos querido notar aquí esta doctrina, por sentarla Greg. Lop. en la *glosa de la ley 17. tit. 11. P. 5. Gomez lib. 1. var. cap. 11. 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 inteligen-

(1) *§. 10. Inst. de inut. stipul.*  
Tom. I. 41

cia 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 *perplexas*, que ellas en sí mismas se embarazan la existencia, y no puede entenderse lo que se quiere, y por ello hacen nulo cualquier testamento ó contrato en que se ponen, como si dixeres: *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 exemplo, sobre el cual puede verse la glosa 1. de esta ley de Greg. Lop. y la 4. de la *l. 6. tit. 4. P. 4.* en que trata latísimamente de este asunto.

8.º Dexando 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  
(1) *L. 16. eod. de cond. instir.*

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 dixerá Pedro, que te lega cien pesos, si fueres á Madrid. Casuales, las que penden de la casualidad ó ventura, como si te los legase, si te hiciesen Obispo. Y mezcladas ó mixtas, las que en parte están en nuestro poder, y en parte penden de otro, ó de la casualidad, como si te los legare, si te casares con Fulgencia, la que no puedes cumplir sin que con tu voluntad concurra la de esta, *ll. 7. 8. y 9. de d. tit. 4*. III. En expresas y tácitas. Son expresas las que manifiestan claramente las palabras, como lo son las de los exemplos que hemos referido: Y tácitas las que así no se manifiestan; pero se entienden expresadas. De estas unas se subentienden, 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.*

11. P. 5. (1). Y otras nacen de la presunta voluntad del testador, que aunque no las expresó, 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, substituyendo el uno al otro simplemente, en cuyo caso para pasar al segundo la parte que perteneció al que murió primero, es preciso que este hubiese muerto sin hijos, por entenderse ser esta la voluntad del padre testador, aunque no expresó esta condicion (2). Lo contrario será si los instituidos son estraños, *L. 10. d. tit. 4. P. 6.* Y si uno fuese hijo, y el otro estraño, juzga muy bien Gregor. Lop. en la glosa 13. de la misma, que se entenderia tambien la citada condicion en el hijo, si fuese él quien muriese primero. No encontramos tratada en las leyes de España la celeberrima cuestion de si la condicion puesta en la institucion, se entiende repetida en la substitucion, que tanto ha dado que discurrir á los intérpretes de las roma-

(1) *L. 1. §. ult. de cond. et demonstr.*

(2) *L. cum avus 102. cod.*

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO. 301.  
nas. Si sucediese en España, nos inclinariamos á que deberia 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.* explicamos tambien la útil doctrina de la diferencia entre las condiciones dividuas é individuas, y del tiempo en que deben cumplirse las condiciones: que omitimos aquí 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. Pera*, que aquel á quien se dexa algo, baxo de condicion de casarse con persona determinada, no lo gana, si aquel con quien debia casarse muriese antes de cumplirse la condicion, como ni tampoco, si por no quererlo él, dexase de casarse con la determinada persona (1), sino 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, sí lo ganaria.  
9 Quando la condicion es de las casuales, es siempre preciso que se cumpla

(1) *L. 31. de condit. et demonstr.*

para conseguirse lo que se dexa, *l. 8. d. tit. 4.* Y lo mismo en las potestativas, sino es que suceda 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 exemplo: *Lego á Pedro cien pesos sino fuere á Cádiz*, se le habrán de entregar desde luego, si diere fiadores de que los restituirá si fuere, *d. l. 7. (1)*, 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 Gomez, *2. var. cap. 11. n. 37.* En nuestras *Instituciones lib. 3. tit. 16. n. 6.* notamos la sólida razon de esta diferencia. Si el testador nombra dos herederos, al uno puramente, y al otro baxo de condicion, puede aquel tomar la parte de herencia que le corresponde, sin esperar el cumplimiento de la condicion, *l. 12. d. tit. 4.* Y quando instituye heredero baxo de dos condiciones, deberán cumplirse todas, si las po-

(1) *L. 7. l. 8. eod.*

ne conjunctivamente, como si dixera: *Sea Pedro heredero si se casare y fuere á Madrid;* pero si lo hace disjunctivamente diciendo, *ó va á Madrid;* bastará se cumpla qualquiera de ellas, *l. 13. d. tit. 4. (1).*

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 (2), de no valer y tenerse por no escrita la condicion de no casarse, quando se impone á un célibe, y con mas particularidad si fuere muger; pero deberá cumplirse quando se pone á un viudo, como puede verse en Antonio Gomez, *in l. 4. Taur. n. 8.* Covar. Gutier. y otros. Tratamos tambien con extension de ella en nuestro *Digesto lib. 35. tit. 1. n. 11. y siguientes*, manifestando deber tambien cumplirse, quando la prohibicion de casarse no es general, ni tiene veces de tal, poniendo exemplos sacados de leyes romanas (3). De que sea nula la condicion de

(1) *§. 11. Inst. de her. inst.*

(2) *L. 22. et passim de cond. et demonstr.*

(3) *L. 63. l. 64. §. 1. de cond. et demons.*

no casarse, no debemos inferir que lo sean tambien las adiciones ó expresiones tan frecuentes en los testamentos de los padres, que teniendo hijas solteras, las mejoran *miéntras se mantengán doncellas ó sin casarse*; porque no respiran el fin de dicha condicion de impedir el matrimonio con perjuicio del Estado, sino el de socorro á las hijas miéntras esten destituídas del auxilio de marido; y no hacen la mejora condicional, sino modal; y de ahí es, que se debe desde luego que fallezca el testador, y miéntras las tales hijas fuesen célibes, sin esperar ni dar caucion, lo que es indispensable en las condiciones. A que se añade, que las adiciones en caso de duda, ántes deben considerarse modos, que condiciones, *Castill. lib. 4. contrav. cap. 55. Parlador. differ. 147. Barbos. de dicr. usufrequent. diction. Danec. 93. n. 4.*

11. En lugar de los que el testador instituye herederos en primer grado, puede nombrar otros en grado siguiente, que se llaman substitutos, y su institucion substitucion, que es: *Institucion en segundo ó ulterior grado.* De ella pone seis especies la

*ley 1. tit. 5. P. 6.* que irémos explicando, y son: I. Vulgar. II. Pupilar. III. Exemplar. IV. Compendiosa. V. Brevilocua ó recíproca. VI. Fideicomisaria. La V. no tanto es especie de substitucion, como modo de substituir perteneciente á la I. y la II., y la IV. es tambien modo de substituir, como luego verémos. La vulgar llamada así, porque la puede hacer cualquiera del pueblo, y á quien quisiere, *l. 1. d. tit. 5.* se hace regularmente por palabras negativas, baxo 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. 1. l. 2. d. tit. 5.* (1) suelen explicarlo los intérpretes diciendo, que el caso general de esta substitucion comprehende los particulares de impotencia y de noluntad. Se puede tambien hacer sin expresion de caso, como si el testador nombrando dos herederos dixera, que lo fuese el que quedare vivo, en cuyo caso por impotencia ó por noluntad del uno, lo seria el otro de toda la herencia, como lo esta-

(1) *L. 3. C. de her. inst. princ. Inst. de vulg. subst.*

306. LIBRO II. TITULO V.  
blece d. l. 2, manifestando con ello, que baxo del caso de la impotencia se comprehende el de la noluntad: lo que era muy cuestionable entre los intérpretes de las leyes romanas. Si el testador nombrára tres ó mas herederos, señalando á cada uno partes, y substituyéndoles vulgarmente entre sí, sin expresar partes en la substitucion, y uno de ellos no fuese heredero, tendrían los otros la porcion vacante, segun las partes que tenian señaladas en la institucion, y no por partes iguales. l. 3. d. tit. 5. (1), cuya razon es clara, por creerse que el testador les amó de la misma manera en la substitucion, que en la institucion á uno mas, y á otro ménos, al tenor de las partes que les señaló en la institucion. Y la substitucion vulgar hecha en estos términos de estar substituidos entre sí los mismos instituidos, es la que se llama reciproca (2). Como para tener entrada el substituto vulgar, es preciso que no sea heredero el que está instituido, no lo tendrá si este tomare la herencia, ó di-

(1) §. 2. eod. (2) L. 4. §. 1. de vulg. et pup. subst.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO. 307.  
ciendo que la quiere, porque de cualquiera de estos modos se hace heredero, l. 4. d. tit. 5.  
12. Pupilar substitucion es aquella que hace el padre á su hijo que tiene en su poder, y es impúber, l. 1. l. 5. d. tit. 5. (1). 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 substituir pupilarmente á sus nietos, debemos advertir no tener esto último lugar en el dia, por haber establecido despues, l. 8. tit. 1. lib. 5. de la Recop. (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 expresa y ordinaria de esta substitucion es: *Mi hijo sea heredero, y si lo fuere y muriere dentro de la edad pupilar, séalo Pedro.* Y

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

tambien puede hacerse calladamente sin esta expresion, diciendo el testador: *Sean herederos mi hijo menor de 14. años, y Pedro y Juan mis amigos; y cualquiera que o sea mi heredero, lo sea tambien de mi hijo;* l. 5. d. tit. 5; la cual establece asimismo, que bajo la substitucion vulgar expresa se comprehende tácitamente la pupilar; y de consiguiente, que si un padre instituye heredero á un hijo suyo menor de 14. años si es varon, ó de 12. 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 una excepcion 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 substituye entre sí vulgarmente; porque entónces no sería el mayor substituto pupilar del menor, aunque siendo este heredero muriese durante su menor edad. Y da la razon de la excepcion, porque se juzga les quiso hacer iguales; y por lo mismo fué su voluntad, que el mayor solo recogiese á su favor la substitucion vulgar del menor;

puesto que este no podia recoger otra, por ser el mayor incapaz de tener substituto pupilar. Y que lo mismo sería si en lugar del hijo mayor fuese insituído un extraño aunque menor, por la propia razon (1). No solamente puede el padre dar substituto pupilar al hijo que instituye heredero, sino tambien al que deshereda; y entónces muerto este en la edad pupilar, heredaría el substituto 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 ley l. tit. 4. lib. 5. de la Recop., 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. Es efecto de la substitucion pupilar, que el substituto recoja todos los bienes del insituído, de cualquier parte que le hayan pertenecido, como si este le hubiese nombrado heredero en tiempo en que pudiese hacer testamento; por cuya razon se

(1) l. 2. C. de impub. et al. subst.  
 (2) l. 4. Inst. de pup. subst.

\* Yo decía  
 q. esto es  
 conforme  
 a lo an-  
 tigo p.  
 el q. del  
 militar  
 p. d. i. p. i.  
 van a su  
 hijo de la  
 legitima  
 q. era en-  
 tonces lo  
 de los b. i.  
 nes y a  
 y i. p. a.  
 ban de  
 4 los he-  
 red. la  
 mitud de  
 d. h. b. i.  
 nes.  
 Torres en  
 su insti-  
 tuta par.  
 raso 1.º al  
 fin d. tit.  
 16. d. tit. 5.  
 el subti-  
 tuto pupi-  
 tar no  
 succede-  
 ra en la  
 legitima de los Sui, ni Quasi  
sui heredes.

Considera como testamento del hijo, l. 7.  
 d. tit. 5. (1), con total exclusion de la  
 madre del pupilo, como expresamente lo  
 establece la ley 12. del mismo tit. 5. vers.  
 E si aquel, hablando de la pupilar com-  
 prendida en la compendiosa, y lo prue-  
 ba Gom. i. var. cap. 4. n. 7. Y añade al  
 siguiente n. 8. suceder lo contrario en la  
 pupilar tácita contenida en la vulgar, fun-  
 dado en textos del derecho romano, que a  
 nuestro dictámen no lo prueban, como ha-  
 centos ver en nuestras *Instituciones Romano-*  
*Hispanas*, lib. 2. tit. 16. n. 17. y siguientes:  
 Solo se exceptúa el substituto, que el arro-  
 gador dió á su hijo adoptivo, el cual no  
 heredará mas bienes, que los que el arro-  
 gado hubo del padre arrogador, ó por su  
 contemplacion, l. 9. d. tit. 5. (2). La cau-  
 sa de haberse introducido esta substitucion  
 es, porque no pudiendo testar los que es-  
 tán 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. 11. d. tit. 5. Y como esta es neces-  
 aria para su substistencia, de ahí es, que  
 siempre que cese, de cualquiera manera  
 que sea, desfallece ó se acaba la substiti-  
 cion, como tambien por salir el hijo de  
 edad pupilar, l. 10. d. tit. 5. Por esta mis-  
 ma ley no era admitido el substituto pupi-  
 lar, cuando el hijo instituido no queria la  
 herencia de su padre. Pero por quanto la  
 famosa ley 1. tit. 14. lib. 5. de la *Recop.* que  
 acabamos de citar dispone, que si el here-  
 dero no admite la herencia, vale, y debe  
 observarse todo lo demas que se halla orde-  
 nado en el testamento; diremos que en  
 este particular corrige á d. l. 10. d. tit. 5.  
 14 Exemplar substitucion se llama aque-  
 lla, que hacen los padres ó las madres  
 á sus hijos locos ó mentecatos, diciendo:  
*Instituto heredero á mi hijo Pedro, y si mu-  
 riere en la locura ó enagenacion de potencias,  
 que padece, establezca por heredero suyo ó en  
 su lugar á Juan (1).* Se llama así, por ha-  
 berse introducido á exemplo de la pupilar;  
 por concurrir en los locos y mentecatos la  
 propia razon que en los pupilos, de no po-  
 (1) §. 1. *Inst. de pup. subst.*