

53 *Como el objeto de la precitada ley de Partida fué, que lá muger que habia disfrutado comodidad en vida de su marido, no se viesse en su muerte reducida á la indigencia, al paso que sus hijos podian abundar en riquezas, opina Alvarez ¹, que atendida la reciprocidad de sucesion que ha establecido la ley ² entre ascendientes y descendientes, se puede dudar con fundamento que tenga ya lugar la cuarta marital, pudiendo bastar á aquel objeto la mitad de gananciales que debe haber la viuda. Sala ³ sin embargo cree que subsiste, fundado en que la ley de Recopilacion no puede ser derogatoria de la de Partida, porque aquella nada estableció en perjuicio de los acreedores, entre los cuales reputa á la muger por la cuarta marital; la cual debe sacarse de todos los bienes del marido, como deuda legal á cuyo pago estan sujetos todos, aunque el marido haya muerto testado, si no es que fuese tan rico, que dejándole ménos le dejase con que vivir. De este mismo principio deduce Escriche ⁴ que dicha cuarta tendrá lugar aun cuando queden hijos del matrimonio, ó la viuda con su trabajo pueda ganar el sustento, ó adquiera algunos bienes despues de la muerte de su marido, y por último, aun cuando este le legue el quinto, si no alcanzare para sus regulares alimentos*.

1 Alvarez Instituc. lib. 3. tit. 1. § 1. en la nota. | 3 Sala Ilustrac. al der. lib. 2. apénd. al tit. 8. n. 7.
 2 L. 1. tit. 8. lib. 5. R., ó 1. tit. 20. lib. 10. N. | 4 Lug. cit.

CAPITULO X.

De las sustituciones de herederos.

- | | |
|--|---|
| 1 ¿Qué es sustitucion, y en cuantas especies se divide? | 9 Puede el padre sustituir pupilarmente á un hijo desheredado. |
| 2 ¿Qué es sustitucion vulgar? | 10 ¿Qué sucede en la sustitucion pupilar de un hijo arrogado? |
| 3 ¿Qué debe hacerse cuando la institucion es desigual? | 11 El sustituto pupilar queda dueño absoluto de los bienes del pupilo. |
| 4 De la sustitucion pupilar. | 12 El padre por medio de la sustitucion pupilar puede privar á la madre de la sucesion de sus bienes. |
| 5 De la sustitucion del póstumo. | 13 ¿Por cuántas causas fallece la sustitucion pupilar. |
| 6 La sustitucion pupilar es manifiesta ó tácita. | 14* Cuando el padre sustituye á su hijo pupilarmente se dice que hay dos testamentos.* |
| 7 Si tiene el testador dos hijos, uno mayor y otro menor, de catorce años, muerto el segundo no le heredará el primero por sustitucion pupilar, sino por parentesco. | 15 ¿Qué es sustitucion ejemplar? |
| 8 No puede el abuelo sustituir pupilarmente á su nieto. | 16 ¿Qué orden debe guardarse en es- |

- | | |
|--|---|
| ta sustitucion? | 32 toda la porcion en que fué instituido este. |
| 17 Puede ser instituido ejemplarmente el que tuviere incapacidad de testar. | 33 Excepcion de esta regla general. |
| 18 ¿Por cuántas causas fallece esta sustitucion? | 34 Un grado de sustitucion declara otro grado |
| 19 ¿Qué es sustitucion compendiosa? | 35 Resolucion de varios casos. |
| 20 ¿En qué bienes heredará la madre al pupilo, si estando sustituido muere impúbero? | 36 Otro caso resuelto. |
| 21 Se aclara el punto antecedente. | 37 La designacion de los sustitutos por su propio nombre ó por el apelativo no induce diferencia. |
| 22 ¿Qué es sustitucion brevilocua? | 38 Observacion de la particula con en las instituciones. |
| 23 ¿Qué es sustitucion fideicomisaria? | 39 Caso dudoso de varios herederos y sustitutos. |
| 24, 25, 26, 27 y 28. Casos relativos á la doctrina de esta sustitucion. | 40 Excepcion de la doctrina antecedente. |
| 29 ¿Qué han establecido nuestras leyes en este punto? | 41 Otro caso y su resolucion. |
| 30 Autores que lo han tratado mas extensamente. | 42 Sobre si la condicion impuesta al heredero comprende tambien al sustituto. |
| 31 El sustituido sucede al heredero en | |

1 **S**ustitucion se llama el nombramiento de otro heredero para que este perciba la herencia á falta del instituido en primer lugar. Es de dos maneras, *directa y oblicua ó indirecta*. Por la primera percibe el sustituto la herencia sin intervencion de nadie, y por la segunda la obtiene por medio de otra persona. La sustitucion de heredero en general se divide en seis especies, que son: *vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria* ¹. En la primera, segunda, cuarta y quinta entra en la herencia el sustituto en representacion del heredero, por lo cual debe este ser nombrado primeramente y despues aquel. En la tercera y sexta el sustituto representa la persona del testador. Toda sustitucion de heredero debe hacerse en testamento y no en codicilo.

2 La sustitucion vulgar es *aquella que directamente se puede hacer á todos y por todos* ², la cual es de dos maneras, *expresa ó tácita*: expresa, como cuando se dice: *Instituyo á Juan por mi heredero, y si este no lo fuere á Antonio*: si el primero muere ántes de entrar en la herencia, ó no quiere aceptarla, pasará al segundo, y lo mismo sucederá si al último se hubiese nombrado otro ú otros sustitutos, los cuales deberian suceder en su respectivo caso ³. Tácita, como en el siguiente ejemplo: *Nombro por mis herederos á Pedro, Antonio y Juan para que el que me sobreviva sea mi heredero*: si á la muerte del testador viven todos, llevarán la herencia á

1 L. 1. tit. 5. part. 6. | 3 Covar. De testam. Gom. lib. 1. Var. cap. 111. n. 14.
 2 LL. 1 y 2. tit. 5. part. 6. | TOM. II. 14

partes iguales, y si uno solo estuviere vivo la percibirá íntegramente.

3 Si el testador instituye v. gr. á tres por sus herederos, al uno en la quinta, al otro en la sexta y al último en la octava parte de su caudal, y alguno de ellos muere ó no admite la suya, le heredarán los otros, no con igualdad, sino con proporcion á la cuota que á cada uno hubiese designado el testador¹: y la razon es porque la sustitucion sigue las mismas reglas que la institucion. Esta doctrina general tiene dos excepciones: 1.^o cuando el testador dispone lo contrario: 2.^o cuando del gravámen impuesto igualmente á los herederos se colige otra cosa². De todo lo dicho se infiere, que la sustitucion vulgar fallece y caduca luego que entra en la herencia el primer instituido, *ó si consiente en ser heredero aunque no la tome^{3*}.

4 Sustitucion pupilar es aquella que hace directamente el testador á sus hijos legítimos impúberos, que estan bajo su patria potestad y no han de recaer por su muerte en la de otro⁴. Nadie sino el padre puede hacer esta sustitucion, y para que sea válida se requieren seis condiciones: 1.^o que el pupilo sea descendiente legítimo del testador⁵: 2.^o que esté bajo su potestad, y no fuera de ella, á ménos que sea póstumo: 3.^o que sea menor de catorce años si es varon, ó de doce si fuere hembra, pues cumplida esta edad ya pueden testar por sí aun cuando subsistan en la patria potestad⁶: 4.^o que sea instituido ó legítimamente desheredado⁷, bien que la sustitucion valdrá aun cuando haya sido desheredado ú omitido sin causa⁸: 5.^o que despues de la muerte del testador se haga *sui juris*, es decir, que no caiga en el dominio ó potestad de otro: 6.^o que entre efectivamente en la herencia paterna⁹; pues si muere ántes que su padre, caduca la sustitucion, y este se hace dueño de sus bienes y no el sustituto. Pero advierto que aunque esta sustitucion se haga en una sola cosa ó fundo, se extiende á todos los bienes del pupilo siendo hecha directamente¹⁰, al modo que la institucion directa en una cosa se extiende tambien á la uníversalidad de la herencia¹¹.

5 Aunque el padre no tiene potestad sobre el póstumo hasta que nace, ni ántes de este momento se le debe la legítima, puede no obstante ser instituido pupilarmente porque en realidad existe:

1 L. 3. tit. 5. part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 3.
2 Greg. Lop. en dicha ley 3. gl. fin.
3 L. 4. tit. 5. part. 6.
4 LL. 1. y 5. id. id.
5 Greg. Lop. en la gl. 3. de dicha ley 5.
6 LL. 5. tit. 5. part. 6. y 4. tit. 4. lib. 5.
R., ó 4. tit. 18. lib. 10. N.

7 L. 6. id. id. y Greg. Lop. en su gl. 1.—E.
8 Arg. de la ley 8. tit. 6. lib. 5. R., ú 8.
tit. 6. lib. 10. N.—E.
9 Gom. lib. 1. Var. cap. 4. n. 2.
10 Gom. ibid. n. 13.
11 L. 14. tit. 3. part. 6.

tambien puede ser nombrado sustituto del heredero, y es la razon porque en todo lo favorable se le considera nacido¹.

6 La sustitucion pupilar puede ser *manifiesta* ó *tácita*: es sustitucion manifiesta la siguiente: *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, menor de catorce años; y si llega á heredarme y muere ántes de cumplirlos, nombro á Juan por su heredero.* Tácita es esta: *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, menor de catorce años, y á Juan y Francisco mis amigos, y mando que el que de estos fuere mi heredero lo sea de mi hijo.* Tambien puede hacerse tácitamente en esta forma: *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, que está en la edad pupilar; y si no fuere mi heredero establezco por tal á Francisco en su lugar:* en cuyos casos falleciendo el hijo en la edad pupilar, heredará el sustituto no solo los bienes del testador, sino los que por otra cualquier razon le toquen, y entrará en ellos por la sustitucion pupilar tácita ó manifiesta² (a).

7 Pero esto no procede cuando el testador tiene dos hijos, uno mayor de catorce años y el otro menor, y los nombra por sus herederos diciendo: *que si alguno de ellos muere ántes de entrar en la herencia, ó no quiere ser su heredero lo sea el otro en su lugar;* pues si el menor quisiere serlo, y entrase en la herencia, y muriese antes de la pubertad, no puede el mayor entrar en ella por la sustitucion pupilar tácita, sino por la proximidad de parentesco: la razon es porque debe guardarse igualdad entre ellos; y respecto no poder concurrir en el hermano mayor las dos sustituciones pupilar y vulgar, es arreglado que en el menor se observe la pupilar, y en su consecuencia que el mayor le herede abintestato como pariente mas cercano, al modo que el menor heredará si entra en la herencia paterna y su hermano muere intestado sin legítima sucesion, porque cesa la sustitucion vulgar por haber sido heredero. Lo propio se ha de observar cuando algun extraño es instituido por heredero sustituto junto con el hijo menor del testador³.

8 Por derecho comun y de las Partidas⁴ está concedida al abuelo la facultad de sustituir pupilarmente á su nieto legítimo, pero actualmente carece de ella: y es la razon, porque como su hijo por el mismo hecho de casarse y velarse sale de su poder, y se es-

1 Avendaño resp. 28. n. 2. Lara *De vita hom.* cap. 6. n. 21. y ley 3. tit. 23. part. 4.—E.

2 L. 5. tit. 5. part. 6.

(a) ¿Y expresa la sustitucion pupilar se contendrá en ella tácitamente la vulgar? La ley citada no resuelve este caso; pero nosotros con Gomez (lib. 1. Var. cap. 3. n. 13.) creemos que sí, fundándonos con Vinnio, (en el princ. *Inst. De pupil. subst.*) en que si el sustituto vulgar, que es llamado por el testador á solos

sus bienes, entra por disposicion de la ley en los del pupilo, si muere ántes de la pubertad, con mucha mas razon, el llamado expresamente para este evento, en el que le correspondieran unos y otros, se entenderá serlo tambien á la sucesion de los primeros, verificándose el caso de la sustitucion vulgar.—E.

3 L. 5. tit. 5. part. 6.

4 L. 5. tit. 5. part. 6.

tima por emancipado segun la ley de Toro¹, y el nieto jamas entró en él, ántes bien con la muerte de su padre se hace *sui juris*²; por eso carece de facultad para sustituirlo pupilarmente, como que esta es un efecto de la patria potestad. Por esta razon tampoco puede sustituir pupilarmente al extraño que instituye heredero, pero sí vulgarmente. Mas si el hijo no está velado, no saldrá del paterno dominio, y por consiguiente tendrá su fuerza y vigor lo dispuesto por derecho comun y de las Partidas, entrará el nieto en la patria potestad de su abuelo, y no en la de su padre, á causa de faltarle la velacion, por cuyo defecto no salió de ella (a); y aunque se vele despues de nacido su hijo, solo su abuelo tendrá el derecho sobre él de patria potestad. Si este fallece, entra el padre á ejercer sus derechos; pero si muriese tambien, entónces el hijo se hará suyo para todos los actos civiles³: todo lo cual tendrá presente el escribano, pues lo ignoran muchos que deben saberlo y se precian de hábiles.

9. Llega á tanto la patria potestad, prescindiendo de otras facultades á ella anexas, que aunque el padre desherede á sus hijos pupilos por alguna de las causas que el derecho define, puede sustituirlos pupilarmente en sus bienes, y en los que hereden de sus madres y de otros parientes, y tambien gravar al sustituto en los que adquieran por cualquier razon, con tal que no sea en los de su madre (b); pues en estos le está prohibido gravarle con manda que deje á otro, por lo que el sustituto no está obligado á obedecer al sustituyente, ni por consiguiente á entregar la manda al legatario⁴. Pero para desheredarlos han de tener á lo ménos diez años y medio cumplidos, de suerte que esten próximos á entrar en la pubertad, que empieza desde los doce y catorce años respectivamente (c); porque no presume el derecho que de menor edad cometan delitos que los hagan dignos de la desheredacion, á causa de faltarles el discernimiento y uso de la razon⁵.

10. Si alguno prohijase un hijo de otro, menor de catorce años, en aquella manera que es llamada en latin *arrogatio*, y despues le dejase sustituto en su testamento otro alguno en lugar de este menor, en aquella manera que es dicha *sustitucion pupilar*, tal sustituto como este no heredará en los bienes de menor, á excepcion de aquella

1 L. 47. de Toro que es la 8. tit. 1. lib. 5. R., ó 3. tit. 5. lib. 10. N.

2 L. 1. tit. 18. part. 4.

(a) Véase sobre este punto nuestra opinion en el lib. 1. tit. 3. cap. 3. n. 2.—E.

3 Gutier. lib. 2. *Pract.* q. 10. n. 3. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 4. n. 2. et ibi Ayllon.

(b) Febrero restringe á solos los bienes de la madre la prohibicion que tiene el padre de gravar al sustituto pupilar del hijo ex-

heredado. Creemos que dicha prohibicion debe ser general, pues aunque la ley no habla mas que de aquellos bienes, la razon en que se funda es aplicable á cualesquiera otros.—E.

4 LL. 6. tit. 5. y 3 al fin tit. 9. part. 6.

(c) Tengase presente lo explicado sobre este punto en el lib. 1. tit. 1. cap. 1. n. 7.—E.

5 LL. 6. tit. 5. part. 6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 4. n. 3.

parte que este debia heredar de derecho en los bienes del que le prohijó, que es la cuarta parte de lo que tenga, ó aquella que le hubiese dado algun amigo del que lo prohijó. Pero en cuanto á los otros bienes que viniesen al menor de su padre natural ó legítimo, ó de otra parte, los heredarán los parientes mas cercanos, si su padre natural no hubiese ordenado alguna cosa en razon de ellos en su testamento¹.

11. Queda tan dueño de los bienes del pupilo el sustituto que sucede en ellos por virtud de la sustitucion pupilar, como si el mismo pupilo siendo mayor de veinte y cinco años, capaz de testar y sin herederos legítimos, le instituyera por su heredero en testamento perfecto. Esto se entiende no teniendo prohibicion de serlo; pues si la tiene, no gozará la herencia, ántes bien pasará á los que deben heredar abintestato al pupilo². El sustituto, muriendo este, ha de aceptar no solo los bienes que le tocan por la parte de su padre, sino los que le correspondan por la de su madre, ó le dejen sus parientes ú otro extraño; pero esto solo tiene lugar cuando el sustituto fué establecido por heredero juntamente con el menor: entónces como que le ha de representar en el todo, no se le permite eleccion ni aceptacion parcial³. Cuando el testador diere sustituto al menor solo en la manera pupilar, y no lo estableciere por heredero juntamente con él, si este vive y quiere ser heredero en los bienes de su padre y entra en ellos, corresponde que el sustituto sea heredero, así en la herencia del testador como en los otros bienes del menor si muriese ántes que sea de edad. Tendrá muy presente el escribano esta doctrina, y extenderá la cláusula de esta suerte: *Instituyo por heredero de todos mis bienes á Pedro mi hijo legítimo, menor de catorce años; y si falleciere ántes de cumplirlos, nombro por su heredero á Juan, á quien sustituyo para que le suceda no solo en los míos, sino en los demas que durante su pupilar edad adquiriera y recayeren en él, así por parte materna, como por sus consanguíneos, y por otra cualquiera persona y título universal y particular, aceptándolos todos, y no en otros términos.*

12. Puede el padre del pupilo, segun el derecho comun⁴ y el de las Partidas, excluir á la madre de este de la sucesion de sus bienes por medio de la sustitucion pupilar; pero ha de ser expresa y no tácita⁵. Esto al parecer repugna á la ley 6 de Toro, en la cual ordenando que los ascendientes sean herederos de sus descendientes legítimos *ex testamento y ab intestato*, solo se permite al hijo que fallece bajo testamento, disponer de la tercera parte de sus bienes. Sin embargo, bien meditada la materia, hay bastantes razones para salvar esta contradiccion, que en la realidad no existe, porque son distintas perso-

1 L. 9. tit. 5. part. 6.

2 L. 7. tit. 5. part. 6.

3 L. 8. tit. 5. part. 6.

4 Cap. 1. in fin. *De testam.* in 6.

5 L. 12. tit. 5. part. 6. Gom. 6. lib. 1. *Var.* cap. 4. n. 8.

mas de las que hablan unas y otras leyes. La ley comun y la de Partida tratan de si el padre dando sustituto á su hijo menor podrá excluir á la madre de los bienes que debian pertenecerla por su falta; y la de Toro se dirige á decir, en qué cantidad puede disponer de sus bienes el hijo que tiene edad y poder para testar. Aun prescindiendo de las personas y contrayéndose á las mismas palabras de la ley de Toro, no se halla semejante contradiccion. En el caso, dice, que los descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que hayan derecho de heredarlos, es cuando podrán disponer de la tercera parte de sus bienes, aunque tengan ascendientes; y como el sustituto pupilar es uno de los que tienen este derecho (a), se sigue que solo cuando no haya sido el hijo sustituido pupilarmente, ó fallece dentro de la pubertad, entrarán á heredarle los ascendientes que tengan este derecho. Por lo dicho prodrá reconocerse qual es el espíritu de la ley de Toro, y que cuando el padre da sustituto á su hijo, ha excluido á la muger de este de lo que de otra manera pudiera pertenecerla. Por otra parte, el padre no tiene obligacion á dejar heredera á la madre, ni esta, como que no se la debe la legítima por derecho natural, puede decir de inoficioso el testamento por la pretericion. Lo mismo debe entenderse con respecto á los abuelos maternos. Pero como si el hijo fallece ántes, le heredan sus padres, igualmente haciendo el padre testamento por él, no puede privar á la madre de mas de la tercera parte de sus bienes, que es de lo que el mismo hijo puede disponer en uso de la permission de la ley 6 citada; y si muere despues que su padre, quieren muchos se entienda fallecer intestado, en cuyo caso le hereda su madre en el todo. Sin embargo, como hoy se hallan tan limitados los derechos de la patria potestad, y varian mucho los autores en quanto á si el padre testa en su nombre, ó lo hace en el de su hijo, de quien son los bienes; convendria para evitar dudas y pleitos que el soberano declarase lo que se debia practicar. Mientras llega este caso, si el padre quiere que el sustituto no quede privado de todo, puede añadir á la cláusula de sustitucion lo siguiente: *y en caso que esta sustitucion no se verifique en el todo, quiero que valga á lo ménos en la tercera parte de los bienes de dicho mi hijo, la que lego al citado F. en propiedad y usufruto para desde el dia siguiente al de su fallecimiento.* Con esta adiccion no se le privará de la tercera parte, como no conteniéndola he visto privarle por faltarle la voluntad expresa del hijo; circunstancia esencial para que sea válido el legado.

13. Fallece y queda ineficaz la sustitucion pupilar por siete causas. La primera, cuando los pupilos llegan á la pubertad. La segun-

[a] Me parece muy sofístico el argumento de que se vale Febrero en este lugar. Cuando la ley dice: *O que hayan derecho de los*

heredar, no se refiere á los extraños, sino á los descendientes que no sean legítimos.—E.

da, cuando pierden la libertad, v. g. siendo cautivos: ó el derecho de ciudad, por ejemplo, siendo desterrados para siempre fuera de su patria: ó el de familia, v. g. siendo emancipados ó prohijados, y pasando á poder del prohijador: ó saliendo por otro motivo del dominio de su padre natural; pero si este fuere cautivo, no espirará la sustitucion hecha ántes de serlo. La tercera, cuando pierden la ciudad y la familia, mas no la libertad. La cuarta, cuando el testamento en que se hizo la sustitucion se rompe y anula por alguna causa legal (a). La quinta, cuando el testador hace otro perfecto con revocacion de los precedentes. La sexta, por la supernacencia de algun hijo ó hija de quienes su padre no hizo mencion específica ni genérica en dicho testamento. Y la séptima, por no aceptar el pupilo la herencia paterna; pero si despues se arrepiente, se le debe restituir, y entónces revive la sustitucion¹; bien que hoy no se verifica esta causa, porque los tutores de los pupilos aceptan la herencia con beneficio de inventario, y estos en nada se mezclan (b). Para la perfecta inteligencia de esta materia conviene saber: lo primero, que la edad pupilar en los varones llega hasta los catorce años, y en las hembras hasta los doce en todos los casos, segun se ha dicho, excepto en quanto á los alimentos; por lo que si se dejan estos á algun menor hasta que llegue á la pubertad, se entiende en el varon hasta los diez y ocho años, y en la hembra hasta los catorce; lo cual se estableció así por razon de piedad á beneficio de los menores, y porque hasta esta respectiva edad no se les considera en aptitud de poder mantenerse con su trabajo ó industria²: lo segundo, que si el sustituto muere ántes que el instituido, no trasmite en otro el derecho que tenia á suceder por la sustitucion pupilar, excepto en algunos casos que pueden verse en los autores.

14. *Cuando el padre sustituye á algun hijo pupilarmente se dice que hay dos testamentos³, lo cual se ha de entender no por razon de la forma y solemnidades, pues 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 le herede si muere ántes

(a) Sala en el § 5. Inst. *De pup. subst.* es de opinion, que rescindiéndose el testamento por ser inoficioso, subsistirá sin embargo la sustitucion pupilar. Se funda en la generalidad con que habla la ley 11 al fin tit. 7. part. 6, y cita tambien por via de argumento las 1. tit. 4. y 8. tit. 6. lib. 5. R., ó 1. tit. 18. y 8. tit. 6. lib. 10. N. Véase este punto tratado por Greg. Lop. en la gl. 15. de la ley 10. tit. 5. part. 6.—E.

1 L. 10. tit. 5. part. 6.

(b) Greg. Lop. en las glosas 10. al fin y 15 de la citada ley 10 se inclina á que hoy, supuesta la ley 1. tit. 4. lib. 5. R., ó 1. tit. 18. lib. 10. N., no fallecerá la sustitucion pupilar porque el pupilo no acepte la herencia paterna.—E.

2 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 4. n. 1. Menoch lib. 1. praesumpt. 157. n. 37. Escobar. compt. 4.

3 L. 7. tit. 5. part. 6.

tes de llegar á la pubertad: por tanto equivalentemente hay dos testamentos. Y se advierte que si el testador temiere que sabiéndose quién es el sustituto del pupilo quede expuesta la vida de este, puede ordenar la sustitucion pupilar por separado del resto de su testamento, y mandar en él ó en la cubierta que se ponga á aquella, que dicha parte no se publique hasta que su hijo haya llegado á la pubertad¹*

15. Sustitucion ejemplar *tanto quiere decir como otro establecimiento de heredero, que es fecho á semejanza del que es fecho al huérfano; é puédela hacer los padres é los abuelos á los que descienden de ellos cuando son locos ó desmemoriados, estableciéndoles otros por herederos si muriesen en la locura.* Pueden hacerla el padre, madre y abuelos (a) á sus hijos legítimos de ambos sexos, ya esten en su poder, ó casados ó emancipados; *porque el fundamento de esta sustitucion no es la patria potestad como en la pupilar, sino el afecto y cariño de los padres hácia los hijos, el cual se encuentra igualmente en todos aquellos²:* tambien la madre á los naturales, cuando se les debe su legítima; pero no á los espurios (b) y á los legítimos si se conserva viuda, pues pasando á segundo ó tercero matrimonio, es opinable si podrá ó no; acerca de lo cual véase á Gomez lib. 1. *Var.* cap. 6. núm. 9. et. ibi Ayllon núm. 10. El padre no puede sustituir ejemplarmente á sus hijos espurios ni á los naturales, porque no son sus herederos forzosos. Se llama *ejemplar*, porque se hace á imitacion y ejemplo de la pupilar, y se ordena en estos términos: *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo (c), y si falleciere en la locura ó fatuidad que padece, establezco por su heredero á Juan su hermano:* en cuyo caso, muriendo el hijo en la demencia ó fatuidad, heredará el sustituto todos sus bienes³

16 Pero en esta sustitucion se ha de observar precisamente es-

1 L. 6. tit. 2. part. 6.

(a) Si ambos padres sobreviven al mentecato, y uno y otro le nombran sustituto, debia prevalecer segun Vazquez y Donello el nombramiento del padre; pero como atestigua Vinnio (en el lug. cit. n. 2.) citando á Perez y á Sichardo, es mas recibido en la práctica que valgan ambos nombramientos en los bienes que el hijo haya heredado de cada uno.—E.

2 Vinnio en el § 1. *Inst. de pupillar. subst.* n. 1.

(b) Greg. Lop. en la gl. 1. de la ley 9. tit. 5. part. 6. haciendo argumento de la ley 9 de Toro, dice que la madre podrá sustituir ejemplarmente á los espurios, con tal que no sean de dañado ayuntamiento. Así parece ser consiguiente á los principios de Febrero, quien adelante asienta no tener

esa facultad el padre respecto de los naturales, porque nunca le son herederos forzosos; luego siendolo siempre los espurios de la madre, ménos en el dicho caso, no hay razon para negarle tan generalmente esa prerogativa.—E.

(c) Esta es la fórmula de que usa la ley; pero de ella no se infiera, como algunos lo han hecho, que á los mentecatos desheredados por alguna causa de ingratitud cometida ántes de la enfermedad, no se puede sustituir ejemplarmente. La ley 5 del mismo titulo y Partida pone una fórmula semejante cuando trata de la sustitucion pupilar, y esta por otra ley tiene lugar en los desheredados.—E.

3 LL. 1 y 11. tit. 5. part. 6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 6. n. 6. et ibi Ayllon. n. 7.

ta orden: 1.º nombrar por sustitutos á los hijos del loco, fatuo ó desmemoriado; pues aunque los tenga puede ser sustituido ejemplarmente: á falta de ellos á los nietos y demas descendientes por su orden y grado: no teniéndolos, á sus hermanos (a) enteros ó medios, con tal que sean de la línea del ascendiente que los sustituye, y á los hijos que los muertos hayan dejado, pues entran en su lugar y los representan; y en defecto de todos á los extraños, como dice la ley 11. tit. 5. part. 6. *Pero si este loco á quien dan el sustituto oviere fijo ó nieto ó alguno de los otros que descendiesen por derecha línea de él, débennos sustituir en su lugar, é non otros: é si alguno de estos non oviere, entonce le pueden dar por sustituto á su hermano si lo oviere, é si non oviere hermano, puédennle dar por sustituto otro extraño¹.* De esta ley se colige, que por medio de esta sustitucion tiene facultad un ascendiente de excluir al otro de la sucesion de los bienes del loco ó fatuo, sobre lo cual hay variedad de opiniones. Yo soy de dictámen que no puede hacerlo, porque en esta sustitucion no tiene su vigor la patria potestad como la pupilar, sino solo la legal determinacion y concesion: que por lo mismo debe observarse la de 6 de Toro, que es posterior, y ser llamados á la herencia los ascendientes ántes que los hermanos del loco y que el extraño. El que quisiere instruirse de los fundamentos de estas opiniones, lea los autores que se citan², pues para evitar prolijidad omito explicarlos.

17. Pueden tambien el padre y la madre sustituir ejemplarmente, observando el orden expresado, á sus hijos mudos, y totalmente sordos por naturaleza ó por enfermedad, que no saben leer ni escribir, y que estan incapaces de testar; pero no si lo son por enfermedad, y saben leer y escribir, porque tienen aptitud para manifestar su voluntad por escrito, del mismo modo que si no lo fueran³.

18. Espira y acaba la sustitucion ejemplar por una de tres causas. La primera, cuando el loco, fatuo ó desmemoriado recobra su juicio y memoria, y no vuelve despues á su locura; pues de lo contrario convalece la sustitucion, porque es visto no haberse extinguido, sino cesado por algun tiempo (b). La segunda, cuando le nace

(a) Sala (en el § 1. *Inst. De pup. subst.*) cree que aun teniendo muchos hermanos el mentecato, se llenará la ley sustituyéndole uno solo.—E.

1 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 6. n. 7.

2 Greg. Lop. ley 11. tit. 5. part. 6. verb. *Otro extraño.* Covar. *De testam.* cap. Raynuius § 6. n. penult. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 6. ns. 7 y 9.

3 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 6. ns. 3, 4 y 10.

(b) Disputan mucho los autores si volviendo

la locura al sustituido ejemplarmente convalece la sustitucion. Nosotros, atendiendo á que el testamento surte su efecto en la muerte del testador, opinamos con Donello y Vinnio, que si cuando este muere, aquel estaba en su juicio, la sustitucion espirará, sin que convalezca por su recaida; pero si la enfermedad sobreviere, viviendo todavia el ascendiente que sustituyó, y el sustituido no hubiere hecho testamento en aquel lúcido intervalo, durará entónces la sustitucion.—E.