

14. Covarrubias, 4. Decret. 2. p. cap. 8. §. 5. num. 18. y Villalobos, con Molina, ubi infra.

459 Imo, Villalobos, part. 2. tract. 30. dis. 132. num. 2. 3. advierte, y bien, generalmente, que quando la muger se escusa de culpa, porque fue oprimida por fuerza, o porque ignorava invenciblemente, que el que la tratò no era su marido por algun engaño, o por otra razon; en tal caso el hijo que engendra succede à la madre juntamente con los otros legitimos, como dize Molina, disp. 167. Y la razon que dà es; porque el negarle la sucesion es pena, y odio del delito de los padres: y donde no ay culpa, no ha de aver pena, ex cap. Sine culpa, de regul. iuris, in 6. & ex leg. Si putatur, ff. ad leg. Aquilian, leg. Gracchus, C. ad leg. Juliam, de adult. y de otras.

460 Siguese lo 4. que en Castilla, aunque el hijo espurio, concebido en pecado, por el qual incurra la madre en pena de muerte natural, no pueda suceder à la dicha madre, ni por testamento, ni ab intestato: Puede empero la madre dexarle el quinto de sus bienes, como expressamente consta de la dicha ley 9. de Toro. Lo qual es verdadero, aunque el tal hijo, nacido de dañado, y punible ayuntamiento, sea aliàs riquissimo; como con Matienço, Tello, y otros, lo tiene Sanchez, tom. 2. cons. lib. 4. cap. 3. dub. 13. num. 3. y esto, aunque la dicha madre tenga hijos legitimos. Y la razon es, porque la dicha ley 9. de Toro absolutè, y univèrsalmente permite, que la madre pueda mandar à dichos hijos el quinto, assi como le pudiera mandar à vn extraño: Ergo, &c.

Y si subpregütores aqui lo 4. Si los hijos, nacidos de dañado, y punible ayuntamiento, ya que no pueden suceder à la madre, pueden à lo menos suceder à los consanguineos de parte de madre?

461 Respondo afirmativamente. Assi lo tiene, con Matienço, Socino, y otros, contra Tello, Antonio Gomez, y otros, Sanchez, ubi supra, dub. 14. num. 2. Y la razon es, porque la tal sucesion era permitida por Derecho comun, y no se corrige el tal Derecho por la dicha ley 9. de Toro, pues esta solo excluye à los dichos hijos de la sucesion materna: luego siendo, como es odiosa, no se debe ampliar à los consanguineos por parte de madre: Ergo, &c.

Y si subpregütares lo 5. Si lo que dispone la dicha ley 9. de Toro (y lo mismo la ley 10. de Toro) de que los padres puedan dexar à los hijos naturales, y espurios, aunque sean nacidos de punible ayuntamiento, la quinta parte de sus bienes, tenga lugar adhuc en caso que la dicha quinta parte sea mayor que aquella que tocara à qualquiera de los hijos, o descendientes legitimos?

462 Pongamos exemplo. Antonio, v. g. tiene cinco hijos legitimos, y vno ilegítimo, si dexasse el quinto de los bienes al ilegítimo, tendrà este mayor parte que qualquiera de los legitimos, si estos llevaren partes iguales. Preguntate, pues, si lo dicho se pueda hazer? Q si los padres podran dexar-

le enteramente toda la dicha quinta parte al tal espurio, aunque sea mayor, que la que les toca à los hijos legitimos?

463 Respondo afirmativamente, con tal que à los hijos legitimos les queden vnos congruos alimentos. Assi lo tiene, con Matienço, Gutierrez, Suarez, Antonio Gomez, y otros, Sanchez, tom. 2. cons. lib. 4. cap. 3. dub. 15. num. 4. y 5. y contra otros muchos. Y se prueba.

464 Lo 1. porque las dichas leyes 9. y 10. de Toro, que permiten à los padres dexar libremente el quinto à los hijos ilegítimos, y à qualesquiera extraños, hablan absolutamente: ni ponen la limitacion, que puso la ley Communium, §. Ultim. C. de natural. liberis (en la qual eñtiva vno de los fundamentos de la parte contraria.) Ergo, &c.

465 Lo 2. porque por Derecho comun era menor la legitima de los hijos, y las leyes del Reyno la aumentaron hasta las quatro partes, dexando à los padres solamente la quinta, para que puedan disponer ad libitum de ella: luego no es justo, ni razonable, por la multitud de hijos, cohartarle al padre la tal potestad, y hazer mayor la legitima de los hijos: Ergo, &c.

466 Lo 3. porque por Derecho Natural, solo están obligados los padres à dar alimentos à los hijos: y dexandoles estos, pueden libremente disponer de los bienes que sobran: y las leyes del Reyno, cohartandoles dicha potestad natural, les precisan à que dexen à sus hijos todos sus bienes, menos el quinto: luego si los padres satisfacen al Derecho Natural, con dexarles à los hijos vnos alimentos congruos, y à las leyes del Reyno, disponiendo solamente del quinto, no haràn injuria à los hijos, ni obraràn contra Derecho alguno, aunque la dicha quinta parte sea aliàs mayor, que la que toca à qualquiera de los hijos: Ergo, &c.

467 Lo 4. porque assi està recibido en practica, pues los padres disponen indiferente del quinto ad libitum, ora tengan mas, ora menos de cinco hijos: Ergo, &c. Y lo 5. porque por la parte opuesta no ay fundamento que no tenga solucion facil, como se verá respondiendole al principal en que se funda la contraria sentençia, lo qual ya ha go: Ergo, &c.

468 Opondrás: Las leyes que conceden al ilegítimo el quinto, no pretenden favorecerle mas que à qualquiera de los legitimos, ni quieren hazerle de mejor condicion que al hijo legitimo: Ergo, &c.

469 Respondo: que es verdad no pretenden preferir los extraños, o los hijos ilegítimos, à los legitimos; pero per accidens, puede suceder por la multitud de hijos, que al extraño, o ilegítimo le toque mejor parte que al legitimo, y las leyes miran à lo principal, no à lo que per accidens pueda suceder, ex leg. 1. ff. de auctorit. tutor. leg. Verum, ff. de furt. l. Si quis nec causam, ff. si certum petatur, y de otras muchas; y assi se permiten per accidens muchas cosas, que se deniegan principalmente, ex

leg.

leg. Quoties, Cod. de iudic. leg. Cum creditor, §. Qui furem, ubi Bart. ff. de furt.

§. VII.

De la substitucion, y sus diferencias:

Para mejor inteligencia de lo dicho en el Parrafo 6. me ha parecido explicar aqui los modos en que puede vno substituir al heredero; lo qual harè brevemente por los siguientes Questos.

Preguntaràs lo 1. Qué sea substitucion, y en quantas maneras?

470 Respondo à lo 1. que substitucion no es otra cosa, que Secunda haredis institutio, como consta de la ley 1. ff. de vulgar. & pupilar. substitit. Y à lo 2. que ay cinco maneras de substitucion: y conviene à saber, vulgar, pupilar, exemplar, fideicommissaria, reciproca, y compendiosa. Las quatro primeras son simples, y las otras dos son compuestas de muchas. Vea se Covarrubias, cap. 16. de testamentis, per totum, y Gomez, tom. 1. à cap. 3. vs. que ad 8.

Preguntaràs lo 2. Qual sea, o se diga substitucion vulgar?

471 Respondo: que substitucion vulgar se dize aquella, Que à quolibet testatore de vulgo fieri potest, & cuilibet de populo. Assi consta de la Instituta, de vulg. substitit. y lo tiene Sylvestre, verb. Hæreditas 4. quest. 4. Como quando vno dize: Instituyo por heredero à Pedro, y si este no quisiere, o no pudiere ser heredero, substituyo à Juan.

472 Esta substitucion es en dos maneras: vna expressa, la qual se haze por esta negacion, no, como en el exemplo puesto; y otra tacita, conviene à saber, quando la tal negacion no se expresa, sino que se incluye, como si vno dixesse: Instituyo por herederos à Pedro, y Juan, y à estos mesmos los substituyo ad invicem; porque en dicho caso se entiende, que no queriendo, o no pudiendo el vno de ellos ser heredero, el otro lo sea in solidum.

Preguntaràs lo 3. Qué sea substitucion pupilar?

473 Respondo: que es aquella, Qua quis proli impuberi in sua potestate constituta, aliquem substituit. O como dizen otros, es aquella que se haze solamente al pupilo, como, instituyo à mi hijo por heredero; y si este no viere dentro de la edad pupilar, substituyo à Pedro. Y la razon es; porque como ninguno pueda hazer testamento antes de llegar à la edad de la pubertad, conceden los Derechos, que el padre del impubere pueda en alguna manera en su testamento testar en su lugar, substituyendole directamente otro heredero, en caso que muera dicho pupilo antes de la pubertad.

474 Por la qual substitucion pertenece al substituto, no solo lo que heredare el hijo de su padre, sino tambien qualesquiera otros bienes que tuviere el tal hijo, como si el mismo hiziera testamento; como consta, ex Instit. de pupulari substituitioe, §. Igitur, donde se dize, que en la pupilar substitucion ay en alguna manera dos testamentos: vno del padre; y

Tom. 1.

otro del hijo; como si el mismo hijo sibi haredem instituisset.

475 Advierto empero lo 1. que para que esta substitucion sea valida, son necessarias dos cosas: la 1. que el testador tenga en su potestad aquel à quien le dà substituto. De donde es, que la madre no puede substituir con substitucion pupilar; porque los hijos no están en la potestad de la madre. Ni el padre puede substituir al hijo ilegítimo por la mesma causa: y lo 2. que el pupilo, à quien se haze la substitucion, no recayga despues de la muerte del testador en la potestad del otro. De aqui es, que el abuelo no puede substituir pupilariter al nieto, si el padre vive; porque el nieto, despues de la muerte del abuelo, recae en la potestad del padre: ni el padre al hijo, si todavia vive el abuelo; porque muerto el padre, cae en potestad de este.

476 Advierto lo 2. que en esta substitucion siempre se expresa, o à lo menos sub intelligitur la condicion, si muriere en la edad pupilar; esto es, antes de la pubertad.

477 Advierto lo 3. que por esta substitucion el substituto excluye à la madre del pupilo, aunque sea legitima, de la herencia, si el pupilo muriere en la edad pupilar; ex leg. 12. tit. 5. partit. 6. Y lo prueba latamente Antonio Gomez, tom. 1. variat. cap. 4. num. 7. respondiendole à los argumentos contrarios.

478 Advierto lo 4. que en el mismo punto; que llega el hijo à la edad de la pubertad, aunque no haga testamento, se acaba la substitucion pupilar; como bien Acurcio, recibido comunmente, in leg. 2. ff. de vulgar. & pupilar.

Preguntaràs lo 4. Qué sea substitucion exemplar?

479 Respondo: que es aquella, Que fit cum filio amenti, vel surdo simul, & imuto, vel prodigo, cui honorum administratio interdicta est. Como si el testador, que tiene vn hijo, con las calidades dichas, dixesse: Instituyo à mi hijo Ticio, y substituyo-le à Sempronio.

480 Y es de advertir lo 1. que si el tal hijo estuviere todavia dentro de la edad pupilar, la misma substitucion será tambien pupilar; y si el tal hijo muriere antes que el testador, será tambien substitucion vulgar, y sucederà por ella el substituto.

481 Advierto lo 2. que si el tal hijo bolviere à su juyzio despues de la pubertad, en tal caso cessaria la substitucion exemplar, que de el se hizo; ex leg. Ex facto, vers. Nam est, ff. de vulgar. leg. Humanitatis, vers. Ita tamen, C. de impu. y de otras. Pero si despues bolviere à estar furioso, o mentecato, bolverà tambien à revalidarle la substitucion, porque no fue exinta del todo; como consta, ex d. leg. Humanitatis, & ex leg. pen. §. si in C. de cura. sui. danti. Pero si quando estuvo en su juyzio hizo testamento, este será valido, porque cessa la razon de la substitucion; como con Alberico, y Antonio Gomez, lo tiene Villalobos, part. 2. tit. 30. dis. 14. numer. 8. en quien se pueden ver otras cosas acerca de esta substitucion hasta el numer. 13. Vi-

Mm

da