la enagenacion, mediante á que el acto nulo del difunto igualmente que el valido demuestra y prueba su voluntad. Tampoco obsta que la substitucion pupilar inútil hecha por la madre ó á qualquiera extraño se convierta en fideicomisaria, que es contraria á la vulgar, por quanto ambas pueden tener lugar en sus respectivos casos, es á saber, la primera adiéndose la herencia y muriendo el hijo dentro de la edad pupilar, la segunda no adiéndose aquella (*un.* 31 *y* 32.) (*a*).

CAPITULO IV.

De la substitucion pupilar.

1 La substitucion pupilar es aquella que hace el padre al hijo impúbero en estos términos: *si mi hijo fallece dentro de la edad pupilar, substituyo á Diego.* La edad pupilar dura en el varon hasta los 14 años, y en la hembra hasta los 12, así con respecto á la presente materia, como con respecto al matrimonio, testamento y demas disposiciones de aquellos; bien que si legan los alimentos á cierta persona hasta que sea mayor, de mayor edad, ó tenga íntegra y perfecta edad, se entiende el legado hasta los 18 años en el varon, y hasta los 14 en la hembra (*núm.* 1. *ley* 5. *tít.* 5. *part.* 6 *y* 31. *de Toro, que es la* 5. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.*).

2 Para la forma y validacion de la substitucion pupilar han de concurrir seis circunstancias: la primera que aquel á quien se hace, sea hijo ó descendiente del que substituye: la segunda que esté en su po-

(*a*) Si alguno se substituye para despues de algun tiempo ó con condicion, y el instituido es incapaz, gozarán de la herencia en el medio tiempo los herederos abintestato (*núm.* 46.).

potestad: la tercera que sea impúbero: la quarta que se halle instituido ó desheredado legítimamente: la quinta que despues de la muerte del testador se haga padre de familias, y no recaiga en la potestad de otro; y la sexta que en virtud del testamento paterno se ada la herencia (*a*). De aquí se infiere que el testador no puede substituir pupilarmente al hijo emancipado, al natural, al consanguíneo, ni al extraño con mayor motivo; como tampoco la madre al hijo ó descendiente, por no hallarse en la potestad materna. Asimismo se infiere que el abuelo no podrá substituir pupilarmente á su nieto de su hijo casado y velado, porque habiendo este salido de la patria potestad, y teniéndose por emancipado, segun la *ley* 48 *de Toro*, que es la 8. *tít.* 1. *lib.* 5. *de la Recop.* no se hallará el nieto en la potestad del abuelo; mas reflexîonando que la citada ley requiere por forma que el hijo se case y vele para que se tenga por emancipado, si no interviene la velacion, podrá el abuelo dar substituto pupilar al nieto que se halla en su potestad, y se admitirá aquel, muriendo el hijo en vida del abuelo, por quanto de otra suerte el nieto recaeria en la potestad de su padre (*núm.* 2.).

3 Es valida la substitucion pupilar hecha al impúbero, que por ser capaz de dolo y haber cometido crímen digno de la desheredacion, es desheredado, no obstante que falte la expresion de causa, y aun tambien segun la *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* la institucion universal en el testamento paterno (*núm.* 3. *vers. Hodie y núm.* 4.).

4 La substitucion pupilar inútil hecha por la madre, ó la que se hace al hijo emancipado, consangui-

(*a*) Este requisito no es hoy necesario por la citada ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop. (*núm.* 4. *vers. Hoc requisitum.*)

guíneo ó extraño se convierte en fideicomisaria, y en su virtud el heredero abintestato que sucedió al pupilo, tiene obligacion de restituir la herencia de la madre ó testador al substituto. Esta resolucion se comprueba con otras muchas semejantes que se hallan en el derecho. Quando se da substituto pupilar directamente en los codicilos, como por defecto de solemnidad no puede valer la substitucion directa, se obliqua y vale por derecho de fideicomiso. La institucion universal y directa contenida en los codicilos ó en testamento imperfecto con la cláusula codicilar se convierte en fideicomisaria, para que los herederos abintestato restituyan la herencia al instituido. El segundo testamento desvanece *ipso jure* el primero sin revocacion alguna, y si en aquel se aprueba éste, aunque la aprobacion no confirma directamente el primer testamento, induce un fideicomiso por el que ha de restituir el heredero del segundo testamento los bienes del testador al instituido en el primero. Pero es de advertir que por la substitucion fideicomisaria, en el caso de que principalmente hablamos, los bienes contenidos en ella no se hallan sujetos á restitucion, porque la substitucion pupilar directa se convierte en fideicomisaria, vistiéndose ésta de la naturaleza, qualidad y efecto de aquella, en cuyo lugar se subroga, y es constante que por la substitucion pupilar, ni el testador ni la ley impone al pupilo el gravámen de no enagenar, segun puede hacerlo aun en perjuicio del substituto con intervencion de causa justa y decreto del Juez á causa de su menor edad. En esta atencion tendrá lugar la substitucion fideicomisaria en los bienes del testador que se encuentren al tiempo del fallecimiento del pupilo, y habiéndose enagenado en el precio ó bienes adquiridos de nuevo que se subrogáron (*núm.* 6.).

5 La

5 La legítima se debe á los padres, no por derecho natural, sino por el positivo, y de aquí proviene que los ascendientes puedan renunciar sin juramento la herencia de sus descendientes: que entre aquellos no tenga lugar la colacion: que se pueda instituir al hijo natural excluyendo al ascendiente de su legítima conforme á la *ley* 10 *de Toro* (*hoy lá* 8. *tit.* 8. *lib.* 5. *de la Recop.*); y asimismo que el padre, mediante la substitucion pupilar y compendiosa, pueda excluir á la madre de la legítima que le corresponde en los bienes del hijo, segun la *ley* 12. *tit.* 5. *part.* 6. pudiendo el substituto percibirla y retenerla con seguridad de conciencia, sin embargo de que el hijo en su testamento no puede privar á la madre de su legítima, porque el padre no hace la substitucion en nombre del hijo sino en el suyo, disponiendo de los bienes de éste en fuerza de la patria potestad (*núm.* 7.) (*I*).

6 Pe-

(*I*) Abrazan esta opinion el doctísimo Señor Covarrubias (*cap. cum esses de testament.*), el Señor Gregorio Lop. (*ley* 7. *tit.* 5. *part.* 6. *glos.* 3.) y casi todos nuestros Regnícolas, pronunciándose con arreglo á ella á favor del substituto en los tribunales superiores é inferiores, de lo qual es un recomendable testigo el erudito D. Joseph Febrero en su Librería de Escribanos (*cap.* 1. *n.* 15.). Pero yo con la venia de tan ilustres AA. no puedo ménos de admirar que haya logrado tanta aprobacion una sentencia contra la equidad, destituida de toda razon, y casi desnuda de autoridad legal. La equidad clama eficazmente por los privilegios naturales y civiles de la maternidad, mayormente quando el grande Agustino (lo que no es tan considerable) no dexa salva la conciencia del que dispone de su hacienda á favor de un extraño en perjuicio de su hermano pobre, segun dice en el tercer tomo de su *práctica universal forense* (*fol.* 85. *núm.* 6.), y exclamó en estrados á presencia mia con la mas enérgica eloqüencia el Señor D. Francisco Antonio de Elizondo, Fiscal de lo civil en la Real Chancillería de Granada. Se halla destituida de toda razon la expre-

6 Pero esta doctrina no puede admitirse en la substitucion pupilar tácita, que no tiene la eficacia de excluir á la madre (*núm.* 8.), á no ser que haya presunciones para creer que el testador quiso excluirla. Por tanto se preferirá el substituto á la madre, si el testador expresó á presencia de varias personas no queria que su consorte y madre del pupilo percibiese cosa alguna de la herencia de este: si legó alguna cosa á su muger, expresando que con ella se contentase y no pidiera mas al substituto pupilar: si habia entre los dos enemistad por adulterio ú otro motivo; y si es substituto vulgar del impúbero un hermano de este é hijo del testador, ó por la substitucion pupilar tácita viene alguna causa pia (*núm.* 10); bien que por virtud de la substitucion pupilar tácita no se excluirá la madre, si pasa á segundas nupcias (*núm.* 11.).

7 El

presada sentencia, porque la substitucion pupilar, bien deba su ser á la costumbre, bien traiga su orígen de las leyes de las doce tablas, fué introducida en favor de los impúberos para evitar que los consanguíneos, á quienes pertenecia su herencia abintestato, no les privasen de la vida con el fin de sucederles ántes que llegasen á la pubertad, en cuyo tiempo podian hacer testamento desheredándolos; y ningun perjuicio se sigue á los pupilos de no privar de las legítimas á las madres, en quienes por el particular afecto que profesan á sus hijos, nunca es presumible la impiedad ó crímen que pueden cometer los parientes. Este fundamento aun es mas eficaz, si se considera, que los hijos en sus disposiciones testamentarias conforme á lo prevenido en la *ley* 6 *de Toro*, que es *la* 1. *tít.* 8. *lib.* 5. *de la Recop.* forzosamente han de dexar á sus madres las dos terceras partes de todo su caudal, que componen la legítima: siendo así que por derecho Romano la legítima materna consistia solo en la quarta parte de lo que habian de heredar abintestato. Y aun en el caso de que sin embargo de lo dicho pueda concebirse alguna sospecha contra la madre, respecto de la otra tercera parte, puede muy bien el padre

7 El padre que substituye puede gravar al substituto pupilar, ó al heredero abintestato del pupilo si no le dió substituto, así en la legítima como en los bienes propios del impúbero que obtuvo de su madre, ó adquirió por otros medios, por quanto uno y otro reciben beneficio considerable del testador: y no en otro caso será válido el gravámen que en el de que fallezca el pupilo ántes de la pubertad, y de consiguiente en el caso que surtió ó pudo surtir efecto la substitucion pupilar (*núm.* 12.).

8 Quando alguna persona instituye por heredero á su hijo impúbero dándole substituto en estos términos: *Si mi hijo fallece dentro de la edad pupilar, sea heredero Diego en tal cosa*, muriendo el pupi-

dre prevenirlas, substituyendo en ésta á qualquiera persona al tiempo que á la madre en su legítima. Finalmente se halla casi desnuda de autoridad legal la referida opinion, porque la citada *ley de Part.* se derogó expresa ó tácitamente por la dicha *ley de Toro.* Segun ésta, los ascendientes legítimos por su órden han de suceder por testamento y abintestato á sus descendientes, y les han de ser legítimos herederos, como lo son estos de aquellos, *en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que hayan derecho de les heredar* :::::: de suerte que la ley exceptua este caso, y no el de la substitucion pupilar, llamando los ascendientes á la herencia de los descendientes. Y aunque el Gom. (en este n. *vers. octavo*) afirma que se habla de los substitutos pupilares en aquella expresion, *ó que hayan derecho de les heredar*, debe despreciarse como violenta y contraria á una buena gramática su interpretacion, reflexîonando que esta cláusula no puede dexar de hacer relacion á las palabras *hijos descendientes*, para distinguir los contenidos en ella, que son los hijos legitimados por el subseqüente matrimonio ó rescripto del Príncipe de los hijos legítimos, que anteriormente se mencionan. Esta interpretacion que se me ha ocurrido, y acaso adoptarán los eruditos Profesores, juntamente con lo que ántes tengo dicho, eleva, segun mi dictámen, al grado de probabilísima la opinion que favorece á la madre.

pilo ántes de la pubertad, conseguirá el substituto todos los bienes así de éste, como del testador (*núm.* 13.) (*I*).

9 Diciendo el padre: *Si mi hijo impúbero fallece substituyo á Pedro*; será pupilar la substitucion, porque la palabra impúbero se pone dispositiva y condicionalmente, no para significar que en el tiempo de la substitucion era pupilo la persona á quien se hace, sino es que lo contrario se deduce de algunas conjeturas ó cláusulas puestas en el testamento, como si se dixese: *Si mi hijo impúbero fallece sin hijos, substituyo á Francisco*: en cuyo caso será compendiosa la substitucion, y por virtud de ella sucederá el substituto al pupilo en qualquiera tiempo que fallezca. Asimismo calificarémos de esta especie la que se haga, no con palabras condicionales como las anteriores, sino con palabras absolutas: v. gr. *Substituyo tal persona á mi hijo impúbero* (*núm.* 14.).

CAPITULO V.

De la substitucion fideicomisaria.

1 Llámase *substitucion fideicomisaria aquella, en cuya virtud queda alguno gravado á restituir la herencia ó quota de ella.* Puede definirse diciendo que es *cierta substitucion obliqua, ó restitucion de toda la herencia ó de alguna quota que ha de hacer el heredero aunque esté repugnante, mediante la qual el fideicomisario se hace heredero efectiva y útilmente* (*ley fin.*

(*I*) En conformidad de lo que expuse en mi nota última del cap. 2. arreglándome al Derecho Español, el substituto deberá contentarse con la casa expresada.

fin. tit. 5. *part.* 6.) (*I*). Dícese *fideicomisaria* por la fe ó palabra que daba el heredero gravado de restituir la herencia ó parte de ella: *obliqua*, porque el fideicomisario no percibe directamente los bienes hereditarios sino por medio del instituido: *de toda la herencia ó de alguna quota*, por quanto el gravámen respectivo á una cosa particular no induce la obligacion de adir, y la dexacion de esta en nada se diferencia de un legado: *que ha de hacer el heredero, aunque esté repugnante*, porque contra su voluntad se le compele á la adicion y restitucion (*II*); y finalmente dícese *mediante la qual el fideicomisario, &c.* á causa de que este, habiendo sido el gravado una vez heredero, en quien residen las acciones activas y pasivas y el dominio directo, solamente puede tener las acciones y el dominio útiles (*núm.* 1.) (*III*).

2 El heredero puede retener para sí la quarta parte de la herencia ó quota en que es gravado, para que con este incentivo no repudie la herencia (*ley fin. tit.* 5. *y ley fin. tit.* 11. *part.* 6.): en cuyo even-

(*I*) Vistas las notas que se pondrán en el discurso de este cap. conceptuo fácil el formar una definicion adaptable á nuestro derecho y conforme á nuestra práctica.

(*II*) Mediante á que segun nuestro derecho no es necesaria la institucion de heredero en el testamento, como queda advertido en la *letra* B, ni de consiguiente su adicion, no será precisado á adir el heredero, y el fideicomisario no necesitará de este medio para el fin de percibir la herencia, á cuya sentencia que siguen célebres AA. se inclina el Aillon al fin del *núm.* 5.

(*III*) No adiendo el gravado sino es solamente el heredero fideicomisario conforme á lo prevenido en la nota antecedente, es regular que este adquiera las acciones y dominio directo, aunque en el caso de adir y restituir el gravado seria conveniente desterrar sus acciones y dominio directos como fútiles y fomento de disputas superfluas, segun desterró el Emperador en la *ley únic. C. de nud. jur. Quirit. toll.* el vano dominio *ex jure Quiritium.*