El sustituto del sustituto, dice el art. 632 del Código español, se entiende serlo tambien del heredero de primer grado.

PUNTO V.

¿Dónde deben hacerse las sustituciones?

Como éstas siguen la razon directa de las instituciones, y éstas se hacen por la ley en testamento, ó poder para testar, y se aclaran en codicilos ó en las memorias testamentarias; las sustituciones deben hacerse en los mismos instrumentos y términos que las instituciones directas. Así opinan, entre multitud de respetabilísimos autores, Escaño, en su obra de *Testamentos y Cancerii Variae Resolutiones utriusque juris.*

PUNTO VI.

¿Pueden imponerse condiciones al sustituto como al heredero?

Si el sustituto es heredero legítimo del sustituido ó del testador, solo pueden imponérsele las condiciones que fijamos al hablar de esta materia en la segunda parte de esta obra, cuando estudiamos lo relativo á herederos. Pero siendo el sustituto estraño al sustituido y al testador, éste puede imponerle los gravámenes y condiciones que quiera, supuesto que de todas maneras es una gracia que le hace al dejarlo de heredero.

Sobre la materia de este punto nada hemos encontrado en los códigos estranjeros; pero creemos que como nuestra legislacion, admiten tales gravámenes, puesto que los admiten respecto de las herencias, en los términos y casos que vimos en su lugar.

PUNTO VII.

¿Las condiciones puestas á los herederos pasan á los sustitutos?

Por regla general, dice Febrero, "puede sentarse, que la condicion impuesta al heredero instituido no se estiende al sustituto, y en consecuencia no pasa á él. Mas esta regla tiene escepciones. Si la condicion causal fué impuesta restrictiva y personalmente al instituido, no se juzga la repetida condicion; y lo mismo sucederá si se impuso á cierto grado ó persona nombrada. Pero si dicha condicion fué puesta á todos los grados y personas nombradas, entónces se juzga repetida y pasará al sustituto."

"Si la condicion fuese potestativa coherente á la persona, no se presume repetida en el sustituto, como si dijese el testador: "instituyo por mi heredero á Juan, si se casare con María, y le doy por sustituto á Pedro." Pero se entenderá repetida, si no fuese coherente á la persona, como si dijese: "instituyo á Juan, si diese cien pesos á Antonio, y del mismo Juan nombro sustituto á Pedro." Finalmente, si la condicion ó gravámen se imponen despues de los grados de institucion y sustitucion, comprenden á los instituidos y sustituidos, y se presumen repetidos en todos y en cada uno de ellos." Lo mismo sucederá cuando el sustituto lo sea aun en las mejoras dejadas al instituido; pues respecto de ambos tiene el testador la facultad de imponer gravámenes en materia de mejora, dice la ley 11 tít. 6 lib. 10 de la Nov. Recop. Mas, ¿qué sucede cuando de los muchos gravámenes, resulta que el sustituido ó en su caso el sustituto queda sin la herencia ó con una parte de ella pero tan insignificante que no le basta, no ya para disfrutar comodidades, pero ni siquiera para recompensarle su trabajo, fatigas y tiempo perdido, empleados en el arreglo de la herencia misma? ¿Queda así burlado en sus esperanzas, perdido su tiempo y sin recompensa el trabajo? No: en estos casos, las leyes conceden á éste, sacar una cuarta parte de

los bienes del testador ó de los frutos que percibió de la herencia, miéntras la tuvo en su poder, si equivalen á la cuarta; y caso contrario, debe completarla del cuerpo de la herencia. Esta cuarta tiene el nombre de trebeliánica, por haber sido concedida y reglamentada por el Senado-consulto Trebeliánico. Desde luego se nota que esta cuarta sigue y tiene por modelo á las instituciones de herederos. Mas como hemos visto en otra parte, está prohibida por el art. 18 de la ley de 10 de Agosto de 1857; y por lo mismo no tiene lugar entre nosotros, estando vigente esta ley; ni es necesaria porque por ésta se les conceden los derechos en ella fijados, y que estudiamos en su respectivo lugar.

PUNTO VIII.

¿Qué dice la razon y la naturaleza sobre sustituciones?

En los anteriores puntos espusimos las disposiciones legales sobre sustituciones y dimos las razones en que á nuestro ver se fundaron las leyes civiles para establecerlas y conceder hacerlas á tales y tales personas bajo estos y aquellos requisitos. Ahora vamos á examinar si son conformes al derecho natural: 1º, las sustituciones y en qué sentido; 2º, la pupilar y la ejemplar; y 3º, las razones generales que hay para que se quiten éstas y aquellas, si las primeras, ó en general, no se toman y usan como deben. Lo conseguirémos en las siguientes fracciones.

FRACCION I.

¿Las sustituciones en general son conformes al derecho natural?

Las sustituciones hereditarias de la Antigua Roma, han llegado á ser entre nosotros verdaderamente raras, pues ya no existen las razones que las hacian figurar en los testamentos; esto es, el deseo de

evitar y la manera legal de conseguirlo, la mancha que empañaba la memoria del intestado. Sucedia frecuentemente que los testadores dejaban las herencias tan sobrecargadas de gravámenes y deudas, que no hallando los herederos sustituidos ninguna utilidad ni ventaja en aceptarlas, las repudiaban con indiferencia y aun desprecio, derribando de este modo los principales puntos de los testamentos. Estas razones, y las espuestas al principio de este capítulo, fueron las que crearon las sustituciones, sus objetos, fines y maneras de hacerlas. De este modo se introdujo la sustitucion de un segundo, tercero ó mas herederos que entrasen á la herencia sucesivamente, segun que el primero, segundo ó ulteriores, dejasen de percibirla.

En otro lugar hemos probado la útil, legal necesidad de que se guarden todos los puntos de un testamento, aun cuando el heredero no acepte la herencia, ó no pueda entrar en ella, y tambien, que entre nosotros el hecho de morir intestado ó sin nombrar heredero, no incluye ni trae por consecuencia la degradante nota de ignominia ni otra alguna; y por lo mismo, parece que nuestra legislacion no debe, no ya permitir, pero ni tolerar las sustituciones.

No obstante lo dicho, como nos hemos propuesto examinar en todo caso si las disposiciones dadas traen ó no su orígen de la naturaleza misma ó de otras razones de congruencia, emanadas de las circunstancias á cuya vista y por cuyo influjo se hayan espedido, creemos que en la presente cuestion debemos hacer lo mismo que con las hasta aquí ventiladas. Con este objeto, desde luego sostenemos: que si la sustitucion se estiende á la facultad de disponer que cuando llegue á morir el heredero instituido le suceda otro, y en falleciendo éste, otro tal, resulta una inhabilidad completa para la enagenacion de estos bienes respecto de los herederos, ligando con semejante precepto á las generaciones futuras, que es el caso del odioso y repugnante mayorazgo que no existe entre nosotros y pugna con la naturaleza de las herencias. Pero si ella se limita á que no recibiendo el nombrado la herencia, legado ó donacion, por no poderlo hacer segun derecho, pase á otro, creemos que no hay inconveniente en esta disposicion, pues con ella no se hace mas que

asegurar al heredero, legatario ó donatario, su herencia, legado ó donacion, ó mas bien, no se hace mas que una institucion, legado ó donacion ya en el primer instituido, ó ya en los que éste habia de designar y no ha podido instituir por falta de capacidad, porque desde el momento en que el primer nombrado reciba la cosa, caducó la disposicion respecto del segundo, á no ser que éste sea su heredero forzoso, y que, al morir aquel le instituya, en cuyo caso no hay sustitucion. Ahora, con tal esplicacion juzgamos de fácil solucion los puntos indicados.

La regla que se establece sobre que la sustitucion debe considerarse como institucion hecha por el sustituido, es poco conforme con la verdad, pues ésta es, que la herencia ó legado no se recibe por disposicion del sustituido, sino del mismo testador, puesto que el sustituido no tiene en este caso mas intervencion que, á lo sumo, la de declarar que no acepta la herencia. Otro tanto puede decirse cuando la sustitucion se estendiese al caso de la muerte del primer nombrado. Por lo mismo parecerá ser inútil lo que tambien se dice de que solo podrá darse por via de sustitucion aquella cantidad de que puede disponer el sustituido; porque es claro que debe mirarse en esto á la capacidad del testador y no de otro. Al contrario, es del todo conforme con los principios asentados, que se conceda la facultad de sustituir para solo el caso de que el primer nombrado deje de recibir la herencia, legado ó donacion por no querer ó por no poder, pero no teniendo derecho anterior alguno, y por lo mismo no para el en que habiéndola recibido una vez, deje de tenerla de cualquiera manera que esto suceda ó aun no habiéndola percibido si tuviere derecho á ella, que es únicamente lo que conforme á la naturaleza, sentimientos y leyes de eterna justicia debe reprobarse.

Lo mismo decimos en cuanto al caso en que falta el efecto de la sustitucion por recibir ó aceptar la liberalidad.

La doctrina de que la sustitucion no tiene lugar cuando el sustituto muere ántes que el testador, tambien es justa y conforme con los principios generales ántes establecidos, pues la disposicion testamentaria no tiene efecto sino hasta despues de la muerte del testador; porque como dueño de su propiedad, puede variarla ántes de morir, y por esto, para no atacarle su libertad, su propiedad y dominio, lo que dispone no se ejecuta sino despues de su fallecimiento; y el agraciado no puede trasmitir á su heredero, lo que él mismo no llegó á adquirir de quien lo iba á ser. Lo dicho nos parece suficiente para fijar un tanto las ideas sobre esta materia, y para acabarlas de aclarar recorramos la

FRACCION II.

¿Las sustituciones pupilar y ejemplar son conformes á la naturaleza?

Sin embargo de los inconvenientes espuestos en la anterior fraccion, puede replicársenos: 1º, que estos males no se encuentran respecto de un niño, pues que le está vedada la trasmisibilidad de sus bienes durante su edad pupilar: 2º, que el nombramiento de tal heredero, evitará las tentaciones de sus parientes contra la vida del sustituido, puesto que quitándole de enmedio, lo cual les es muy fácil, consiguen su herencia entrando en ella por sucesion intestada: 3º, que evita tambien la intestacion.

Decimos á lo primero: que si bien es cierto que un niño no puede hacer testamento, y trasmitir en esta virtud sus bienes á otro, como vimos en el pár. 1º cap. 3º de la 2ª parte de esta obra, no lo es ménos que no pueda y no le sea conveniente, algunas veces, enagenarlos por acto entre vivos, como por venta, con intervencion de su tutor y segun las formalidades que para ello exigieren las leyes y aun por testamento si hubiere entrado á la pubertad, segun vimos en el citado párrafo. Por lo mismo, si por una parte no es prudente dar demasiada estension á estas enagenaciones, considerando los fraudes que pueda haber, por otra es claro, que quien mas necesidad puede tener para verificar aquellas, es un huérfano que se halla en una edad de gastar y no de ganar; y de ganar y no perder, supuesta la resti-

tucion otorgada en favor de la conservacion de los medios de existencia, educacion y establecimiento del pupilo mismo.

Al segundo argumento, contestamos: que si el mal que se quiere evitar, existe en tan alto grado como se pretende y supone, no se remedia, á la verdad, con la sustitucion; y bien por el contrario, se aproxima el riesgo, y aumenta el mal, y deben por tanto, y con mas razon, temerse sus efectos por parte del sustituto, pues al fin este tiene un interés mas seguro y cercano con la muerte del sustituido. Y aun cuando se procure evitar dichos males y temores, no se logrará miéntras no seamos ángeles ó éstos nos reemplacen acá en la tierra.

Si tales males no tuvieran por fundamento las quimeras, ni por orígen las caprichosas ilusiones de la ficcion, no sé dónde iriamos á parar, pues por de contado que entónces, y á fin de evitar cualesquiera males, deberian prohibirse las disposiciones testamentarias, á lo ménos en cuanto pudieran ser publicadas, pues claro es que el legatario y heredero tienen interes en la muerte del testador, ántes de que varíe su voluntad testamentaria manifestada. Igualmente habian de abolirse las sucesiones *ab intestato*, pues aquellos en quienes recaen éstas, tienen interés en que cuanto ántes fallezcan y sin disposicion alguna, los poseedores de los bienes, para gozarlos ellos. Con no ménos razon puede decirse igual cosa respecto de los contratos en que se concede á otro derecho sobre los bienes de éste; y por último; lo mismo, sin diferencia esencial alguna, habria de hacerse respecto de ciertos derechos y concesiones hechas por la ley, por ejemplo, preeminencias y ascensos por antigüedad, pues en todos estos casos es evidente el interés de los mas modernos en la muerte de los mas antigüos, como en la remocion del obstáculo que se les presenta para adquirir lo que se desea. Mas, como sabemos muy bien que *argumentum quod nimis probat nihil probat*, es claro que los ántes referidos nada prueban sino en contra del objeto de su existencia.

Estos recelos, á pesar de la perversidad del hombre, son exageradísimos, y rarísima vez ó nunca se verifican. Bueno es que la

ley ponga una barrera insuperable á estas pasiones del interés, la codicia y la ambicion, que se agitan y conmueven en el corazon humano; y una barrera tal, que, á su vista, queden convencidas de su insuperabilidad, y se sujeten mansamente al nivel que se las haya fijado. Pero esto es objeto del derecho penal y no del de testar, y léjos de desvanecer, corrobora nuestras ideas.

Respondemos al tercer argumento: que su fuerza es nula y de ningun valor, porque aun cuando la intestacion sea en sí un mal, lo que no comprendemos, ni ménos supuesta la ley 1ª tít. 18 lib. 10 de la Nov., no se remedia con que un tercero haga testamento por uno que tiene imposibilidad, como sucede cuando hay sustitucion pupilar ó vulgar; y aun cuando no hubiera tal imposibilidad, no hay voluntad verdadera del sustituido, pues que ninguna parte tiene en la disposicion, y por lo mismo faltan las ventajas de la testamentificacion y solo se encuentran las desventajas de la sustitucion ó testamentificacion sin la voluntad del testador, ó tal vez á pesar de ella y las mas veces sin poder ser testador el sustituido. Más se palpa la verdad de lo que dejamos dicho, si el sustituido es menor de edad pero mayor de la pupilar; pues entónces se les priva del derecho que les concede la ley 1ª tít. 18 lib. 10 de la Nov. R.

FRACCION III.

Ultimas razones sobre lo ántes dicho.

Sobre todo lo espuesto debemos agregar: que si acaso la intestacion es inconveniente en algun niño, lo es en aquel á quien se le ha nombrado heredero sustituto; cuya institucion no pudiendo revocarse por el menor, durante la edad pupilar, no tiene motivos para hacer se ejerzan hácia él por el sustituto servicios algunos, mayormente no debiéndole ni el favor del nombramiento. Por otra parte, ¿con qué derecho los padres pueden hacer la sustitucion pupilar? ¿con el de la naturaleza? Pero el derecho natural prohibe la usurpacion y el robo;

y en el caso de una sustitucion pupilar existen ambas cosas. Porque, en efecto, el hijo solo puede tener cuatro clases de bienes: castrenses, cuasi castrenses, adventicios y profecticios; y el padre al nombrarle sustituto hace ó dispone que éste herede ó suceda á aquel, ó en todos los bienes del hijo, ó en parte; y en cualquiera de estos eventos, el padre roba y usurpa. Usurpa, pues se arroga unas facultades que no puede ni debe tener, como es testar á nombre y sin poder del que ni puede testar y aun cuando pudiera, lo que destruiria la sustitucion misma, no ha prestado su voluntad. Y comete ademas un robo, como vamos á patentizarlo. Si el padre nombra sustitutos para todos los bienes del hijo, incluye los castrenses, sobre los cuales el hijo, y nada mas que el hijo, tiene la propiedad, porque han sido el resultado del ejercicio de sus facultades productoras, ó sea de su trabajo; y como sabemos, disponer de la propiedad agena sin voluntad de su dueño, sin causa de pública utilidad y sin indemnizarle de ella, ya con otra ó consu valor, es un robo. Desde luego se nota que se habla en el supuesto de que el hijo haya adquirido algo con su trabajo; pero como, en general, los hijos en la edad pupilar no trabajan, no hay en este caso cuestion respecto de esos bienes. Con el nombramiento del sustituto ¿se concederán á éste á la muerte del sustituido y por órden del testador, los bienes adventicios? Tampoco, porque siendo éstos adquiridos por parte materna ó de un estraño, forman, en cualquiera de estos supuestos, una propiedad esclusiva del hijo: disponer de ella sin su voluntad, que no puede dar por falta de conocimiento y todo por la edad, seria tambien un robo. Solo nos faltan los profecticios ó adquiridos por línea paterna; pero ni de éstos puede el padre nombrar sustitutos á su hijo, porque ó el testador muere ántes que el sustituido, ó este ántes que aquel. En el primer supuesto toda la propiedad pasa al sustituido, y muerto éste á la madre como que es su heredera natural y forzosa, en estos casos en que no hay descendientes por parte del pupilo. En el segundo, esto es, muriendo el pupilo ántes que el testador, se acabó la razon de la sustitucion, su objeto su fin, su todo: y por lo mismo pasa ó debe pasar la herencia, al padre

y á la madre; y el primero no tiene derecho para disponer de lo ageno segun dicta la razon y la ley; y en estos dos supuestos, es propiedad de la madre, en último análisis, el todo ó parte de lo que ántes fué del hijo que hoy damos por muerto.

Lo espuesto hasta aquí, nos sirve para conocer la verdad y la justicia de estas disposiciones; y para lamentar los errores legales y hermenéuticos sobre esta materia, y en vista de ellos desear que nuestros gobiernos, mejor posesionados de la equidad, corrijan tales leyes; y por último, para contestar á la opinion de aquellos intérpretes que, como Gregorio López, niegan á la madre la facultad de evitar la sustitucion pupilar, y con mas razon cuando se la escluye de ser ella la sustituta, diciendo el citado autor: "No puede exigir la madre tal cosa, porque ¿á quién reclama? ¿Al hijo? Pero ni éste es el que dispone, ni ella tiene derecho á heredar á su marido." Suponiendo como verdadero que no tenga la mujer derecho á heredar al marido, aunque esto en cierto sentido es falso, y de todo entre nosotros, conforme á la ley de 10 de Agosto de 1857, ántes citada, no por eso pierde el derecho que por la naturaleza, supuestas sus relaciones de madre con su hijo; por la ley civil, supuesto el reconocimiento y garantía de aquellos, no puede ni debe dejar de tener, á la propiedad de su hijo, cuando á ella y solo á ella pertenece la herencia de aquel; siendo esta una de las razones que hemos dado en contra de la sustitucion pupilar.

Por otra parte: es sofístico tal raciocinio, y solo sirve para eludir el cuerpo á la dificultad y no para resolverla. El sofisma consiste: en dar como probado lo que se cuestiona; á saber, si debe ó no haber sustitucion pupilar con esclusion de la madre del pupilo, y si ella tiene ó no derecho á heredar á su marido, padre del mismo pupilo de cuya sustitucion se trata.