

proxima. Pruébese de estas leyes, que los hijos expurios solo pueden heredar de sus padres, no siendo Clérigos ó Frayles profesos, el quinto de sus bienes, y si lo son, nada; y que de sus madres son herederos forzosos en todos casos, excepto en tres. El primero, quando tienen hijos legítimos. El segundo, quando la madre por haberlos tenido incurre en pena de muerte. Y el tercero, quando es Monja profesa. En los dos primeros casos les puede dexar su madre el quinto, y en el tercero nada. Pero se duda si los legítimos ó naturales de dichos hijos expurios podrán ser instituidos herederos por sus abuelos ilegítimos, respecto hablar la ley de sus padres, y no de ellos: sobre lo qual hay varias opiniones, que pueden verse en *Gutierr. lib. 2. Pract. quest. 110. Lugo, de Just. & jure disp. 24. n. 116.* y otros que citan. Pero acerca de este punto debo prevenir lo primero, que aunque el padre diga en su Testamento que les debe algunos frutos, dinero ú otra cosa, no están obligados sus herederos á entregarsela, á menos que por otro medio lo prueben, porque se presume que lo hace por beneficiarlos, y perjudicar á los legítimos herederos (1). Y lo segundo, que por Real Cédula expedida á consulta del Consejo en el Real Sitio de San Ildefonso á 2 de Septiembre de 1784, (ley 9. tit. 23. lib. 8. N. R.) se declara, que la ilegitimidad de que tratan las leyes, no sirve de impedimento á los hijos ilegítimos para exercer qualesquiera artes y oficios indistintamente, y que mas se dirigen las leyes á privarlos de las gracias de legitimidad como la sucesion de herencias, y otras, que á inhabilitarlos y hacerlos inútiles para todo exercicio, por lo que en esta parte se derogan las leyes y las sentencias, estatutos, usos, costumbres, y quanto sea contrario á esta declaracion; excepto para exercer los empleos de Juez y Escribano, pues para con estos queda en su fuerza y vigor lo dispuesto en las leyes. En quanto á si el Clérigo puede dotar á su hija expuria, y dar el exceso del quinto á su marido; ó á sus nietos, véase á *Parlado, lib. 1. Rer. cap. 16.* y á otros que cita.

88 Subdividense los herederos en *usufructuarios, fideicomisarios y substitutos*. Los usufructuarios son los que durante

(1) Ley 3. tit. 14. P. 3.

su vida, ó por tiempo determinado instituye el Testador, para que gocen del producto de sus bienes, y los usen, y pasado este se consolida el usufruto con la propiedad, y entran á la herencia los otros nombrados, que se llaman propietarios. Los fideicomisarios, ó por mejor decir *fiduciarios* son los que el Testador dexa por sus herederos, con tal que incontinenti, ó al tiempo que les prefine, entreguen precisamente la herencia á la persona que les manda. Tambien suele nombrarlos por herederos con el titulo de fideicomiso, dexar á su alma por heredera, sin que suene en el Testamento, y encargar al fideicomisario baxo de sigilo natural el modo de descargar su conciencia, y distribuir sus bienes, prohibiendo á qualesquiera Jueces y personas que le pidan cuenta de su inversion, y mandando que en caso de que alguno se entremeta ó quiera entremeterse no haya fideicomiso, sino que el fideicomisario herede enteramente. Y los substitutos son aquellos, á quienes pasa la herencia, porque los principales herederos la repudian ó mueren sin entrar en ella, ó en edad, y estado de no poder testar; y respecto haber entre estos algunas diferencias, y ser bastante ardua y sutil la materia de substituciones, paso á tratar de ella para instruccion del Escribano.

§. III.

De las substituciones de herederos.

89 Substituir heredero es *hacer segunda institucion, ó nombramiento de heredero, para que á falta del primero instituido entre en la herencia, y la goce*. La substitucion de heredero fué introducida por derecho de gentes, para que no caducasen las disposiciones de los Testadores (1): y rigorosamente entendida es de dos maneras, que son: *directa y obliqua, ó indirecta*. La directa es la que da la herencia al substituto sin intervencion ni restitucion de otro; y la obliqua la que se le da por medio y mano de un tercero. Divi-

(1) Ley unic. Cod. de Caduc. tollend. Begnudel. Bibliot. verb. Substitutio n. 1.

dese en seis clases que son: *Vulgar*, *Pupilar*, *Exemplar*, *Compendiosa*, *Breviloqua*, y *Fideicomisaria* (1). En la primera, segunda, cuarta, y quinta, sucede el substituto representando al heredero, y no al Testador, por lo que debe ser nombrado primeramente por heredero el hijo, y en su lugar el substituto; y en la tercera, y sexta representando al Testador. Todas deben hacerse en Testamento, y no en Codicilo.

90 La substitucion vulgar es cierta substitucion directa, que qualquiera Testador hace al heredero que instituye. O una substitucion directa, que puede ser hecha á todos, y por todos (2). Se llama vulgar, porque el padre, madre, abuelos, y qualquiera otra persona pueden hacerla al que no tenga prohibicion de ser heredero (3). Se hace de dos maneras, *manifiesta* y *tácitamente*: manifiestamente, v. gr. *Establezco á Pedro por mi heredero, y si no lo fuere á Antonio*; pues si el primero muere antes de entrar en la herencia, ó no quiere admitirla, la llevará el segundo, y lo mismo sucederá, respecto de los demas instituidos por su orden; por manera, que si los primeros no la aceptan, ó fallecen antes de entrar en ella, la llevará el que quede, y asi para poder obtenerla el último instituido, han de morir antes de su aceptacion, ó repudiarla los que primero lo fueron (4). Tácitamente, v. gr. *Nombro por mis herederos á Pedro, Antonio y Juan, para que el que me sobreviva, sea mi heredero*. Si á la sazón viven todos, llevarán con igualdad la herencia, y si uno solo está vivo, la percibirá íntegramente (5).

91 Si el Testador instituye por sus herederos, v. gr. á tres: á uno en la quinta, á otro en la sexta, y á otro en la octava parte de sus bienes, y alguno de ellos muere, ó no quiere la suya, le heredarán los otros, no con igualdad, sino segun la quantía en que el Testador los estableció primeramente por sus herederos (6); y la razon es, porque la substitucion debe juzgarse por el mismo derecho, y reglas

(1) Ley 1. tit. 5. P. 6 (2) Leyes 1. y 2. tit. 5. P. 6. (3) Ley Si posthumos, § Quod vulgo, ff. de Liber, & posthum. Vinn. in §. de Vulgar. Gom. lib. 1. Var. cap. 3. n. 10. vers. Septimo infero. (4) Covar. de Testam. cap. Raynutius, §. 4. Gom. lib. 1. Var. cap. 5. n. 14. (5) Ley 2. tit. 5. P. 6. (6) Ley 3. tit. 5. P. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 3. dicho, & ibi. Aill.

que la institucion. Esto se limita en dos casos. El primero, quando el Testador manda lo contrario. El segundo, quando del gravámen impuesto igualmente á los herederos se colige otra cosa (1). Fallece la substitucion vulgar luego que el primero instituido entra en la herencia, ó la acepta (2). Para mejor instruccion de ella véase á *Gom. lib. 1. Var. cap. 3.* y á *Aillon*.

92 La substitucion Pupilar es una substitucion directa y simple hecha por el Testador á sus hijos legítimos impuberos que están en su poder, y por su muerte no han de recaer en el de otro (3). Nadie puede hacerla sino el padre á los hijos de legítimo matrimonio, que tiene baxo de su dominio, ya sean varones, ó hembras, con tal que el varon sea menor de 14 años, y la hembra de 12, pues en cumpliéndolos, está privado de substituirlos pupilarmente, porque tienen facultad legal de testar, sin embargo de que estén baxo de la patria potestad (4); y asi no deben ser apremiados á recibir Curadores sino quisieren (5); antes bien pueden nombrarlos por sí siendo capaces, como se practica. Aunque el padre no tiene potestad en el póstumo (que es el que está en el vientre de su madre) hasta que nace (6): ni hasta entonces se le llama su heredero, ni se le debe la legítima (7), puede no obstante substituirlo pupilarmente (8), porque realmente existe, y en todo lo propicio se le contempla nacido, por lo qual puede ser nombrado substituto del heredero instituido (9). Para que la substitucion pupilar sea válida, han de concurrir como forma de ella seis circunstancias. La primera, que el pupilo sea descendiente legítimo del substituyente. La segunda, que esté en su poder, y no fuera de él, excepto que sea póstumo.

(1) Ley Quoties 23. ff. ad Trebellian. y ley Utrum 7. §. fin. ff. de Rebus dub. Greg. Lop. en dicha ley 3. glos. fin. (2) Ley 4. tit. 5. P. 6. (3) Instit. de pupillar. Subst. y ley 1. §. 2. ff. de Vulg. & pupil. substitut. (4) Leyes 5. tit. 5. P. 6. y 5. de Toro, que es la 4. tit. 18. lib. 10. N. R. Mat. en la 1. tit. 4. lib. 5. R. glos. 17. n. 1. y 2. Covar. de Testament. cap. Raynutius, §. 4. n. 1. y 2. (5) Ley 13. tit. 16. P. 6. y §. Item in-viti adolescentes, Instit. de Curator. (6) Ley fin. ff. de Collation. bonor. Avendañ. res. 28. n. 2. (7) Ley 2. Cod. de Bonor. posses. contra tabul. y ley 1. §. Toties, ff. de Ventre in posses. mittend. (8) Ley ult. al fin. Cod. de Institut. & Substitution. (9) Ley Substitui 17. ff. de Vulgar. Lara de Vita homin. c. 6. n. 21.

La tercera, que sea impúbero. La quarta, que sea instituido ó legítimamente desheredado, bien que la substitucion valdrá aunque haya sido preterido, ó desheredado sin causa. La quinta, que despues de la muerte del Testador se haga *sui juris*, quiero decir, que no recaiga en el dominio ó potestad de otro. Y la sexta, que entre efectivamente en la herencia paterna (1); pues si muere antes que su padre, caduca la substitucion, y éste se hace dueño de sus bienes, y no el substituto. Pero advierto, que aunque esta substitucion se haga en una sola cosa, ó fundo, se estiende á todos los bienes del pupilo, siendo hecha directamente (2), al modo que la institucion directa en una cosa, se estiende tambien á la universalidad de la herencia (3).

93 Esta substitucion puede hacerse *manifiesta*, y *tácitamente*. Es substitucion manifiesta la siguiente: *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo menor de 14 años, y si llega á heredarme, y muere antes de cumplirlos, nombro á Juan por su heredero. Tácita es ésta: Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo menor de 14 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 substituto no solo los bienes del Testador, sino los que por otra qualquier razon le toquen, y entrará en ellos por la substitucion pupilar tácita, ó manifiesta (4).

94 Però esto no procede quando el Testador tiene dos hijos, uno mayor de 14 años y el otro menor, y los nombra por sus herederos, diciendo: *Que si alguno de ellos muere antes de entrar 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 substitucion pupilar tácita, sino por la proximidad de parentesco, la razon es, porque debe guar-

(1) Gom. lib. 1. Variar. c. 4. n. 2. al 4. & ibi. Aillon n. 5. y 6. (2) Ley Cohæredi, §. fin. ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. Gom. ibi. n. 13. (3) Leyes 1. §. Si ex fundo, ff. de Hæred. instituend. y 14. tit. 3. P. 6. (4) Ley 5. tit. 5. P. 6.

darse igualdad entre ellos, y respecto no poder concurrir en el hermano mayor las dos substituciones pupilar y vulgar, es arreglado que en el menor se observe la pupilar, y en su consecuencia que el mayor le herede *ab intestato* como pariente mas cercano, al modo que el menor le heredará, si entra en la herencia paterna, y su hermano muere intestado sin legítima sucesion, porque cesa la substitucion vulgar, por haber sido heredero. Lo propio se ha de observar, quando algun extraño es instituido por heredero substituto junto con el hijo menor del Testador (1).

95 Por derecho comun, y de las Partidas (2) está concedida al abuelo la facultad de substituir 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 estima por emancipado segun la ley de Toro (3), y el nieto jamás entró en él, antes bien con la muerte de su padre se hace *sui juris* (4); por eso carece de facultad para substituirlo pupilarmente, como que ésta es un efecto de la patria potestad. Por esta razon tampoco puede substituir pupilarmente al extraño, que instituye heredero, pero sí vulgarmente. Mas si el hijo no está velado, no saldrá del paternal dominio, y por consiguiente tendrá su fuerza y vigor lo dispuesto por derecho comun, y de las Partidas, entrará el nieto en la potestad de su abuelo, y no en la de su padre, á causa de faltarle la velacion, por cuyo defecto no salió de ella, y aunque se vele despues de nacido su hijo, solo su abuelo tendrá el derecho sobre el de patria potestad. Si éste fallece, entra el padre á exercer sus derechos; pero si muriese tambien, entonces el hijo se hará suyo para todos los actos civiles (5); todo lo qual tendrá presente el Escribano, pues lo ignoran muchos que deben saberlo, y se precian de hábiles.

96 Llega á tanto la patria potestad, prescindiendo de otras facultades á ellas anexas, que aunque el padre desherede á sus hijos pupilos por alguna de las causas que el dere-

(1) Ley 5. tit. 5. P. 6. (2) Leyes 2. ff. de Vulgar. & pupil. substit. y 5. tit. 5. P. 6. (3) Ley 47. de Toro, que es la 3. tit. 5. lib. 10. N. R. (4) Ley 1. tit. 18. P. 4. (5) Gutier. lib. 2. Pract. q. 10. n. 3. Gom. lib. 1. Variar. c. 4. n. 2. & ibi Aillon.

cho prefine, puede substituirlos pupilarmente en sus bienes, y en los que hereden de sus madres, y de otros parientes, y tambien gravar al substituto en los que adquieran por qualquier razon, con tal que no sea en los de su madre, pues en estos le está prohibido gravarle con manda que dexé á otro, por lo que el substituto no está obligado á obedecer al substituyente, ni por consiguiente á entregar la manda al Legatario (1). Pero para desheredarlos han de tener á lo menos 10 años y medio cumplidos, de suerte que estén próximos á entrar en la pubertad, que empieza desde los 12 y 14 años respectivamente, 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 razon (2).

97 Si alguno prohijase un hijo de otro menor de 14 años en aquella manera, que es llamada en latin *arrogatio*, y despues le dexase substituto en su Testamento otro alguno en lugar de este menor, en aquella manera que es dicha *substitucion pupilar*; tal substituto como éste no heredará en los bienes del menor, á excepcion de aquella parte que éste debia heredar de derecho en los bienes del que lo prohijó, que es la quarta parte de lo que tenga, ó aquello que le hubiese dado algun amigo del que lo prohijó. Pero en quanto 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 Testamento (3).

98 Queda tan dueño de los bienes del pupilo el substituto que sucede en ellos por virtud de la substitucion pupilar, como si el mismo pupilo siendo mayor de 25 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, antes bien pasará á los que deben heredar *ab intestato* al pupilo (4). El substituto muriendo éste, ha de aceptar

(1) Leyes 6. tit. 5. y 3. al fin, tit. 9. P. 6. (2) Ley 6. tit. 5. P. 6. Gom. lib. 1. Variar. cap. 4. n. 3. (3) Ley 9. tit. 5. P. 6. (4) Ley 1. tit. 5. P. 6.

no solo los bienes que le tocan por la parte de su padre, sino los que le correspondan de la parte de su madre, ó le dexen sus parientes ú otro extraño; pero esto solo tiene lugar quando el substituto fue establecido por heredero, juntamente con el menor. Entonces como que le ha de representar en el todo, no se le permite eleccion, ni aceptacion parcial (1). Quando el Testador diese substituto al menor solo en la manera pupilar, y no lo estableciese por heredero juntamente con él, si éste vive, y quiere ser heredero en los bienes de su padre, y entra en ellos, conviene que el substituto sea heredero tambien en la heredad del Testador, como en los otros bienes del menor si muriese antes 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 14 años, y si falleciere antes de cumplirlos, nombro por su heredero á Juan, á quien substituyo, para que le suceda no solo en los míos, sino en los demás, que durante su pupilar edad adquiriere y recayeren en él, así por parte materna como por sus consanguíneos, y por otra qualquier persona, y título universal y particular, aceptándolos todos, y no en otros términos.*

99 Puede el padre del pupilo segun el derecho Comun, y el de las Partidas, excluir á la madre de éste de la sucesion de sus bienes por medio de la substitucion pupilar, pero ha de ser expresa, y no tácita (2). Esto al parecer repugna á la ley 6 de Toro, en la qual ordenando: *Que los ascendientes sean herederos de sus descendientes legítimos ex testamento y ab intestato*, solo se permita al hijo que fallece baxo de 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 personas de las que hablan unas y otras leyes. La ley Comun, y la de Partida tratan de si el padre dando substituto 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 que cantidad puede disponer de sus

(1) Ley 8. tit. 5. P. 6. (2) Ley 12. tit. 5. P. 6. Gom. lib. 1. Variar. cap. 4. n. 8.

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 contradicción. En el caso, dice, que los descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que hayan derecho de heredarlos, es quando podrán disponer de la tercera parte de sus bienes, aunque tengan ascendientes, y como el substituto pupilar es uno de los que tienen este derecho, se sigue que sólo quando no haya sido el hijo substituido pupilarmente, ó fallece dentro de la pubertad, entrarán á heredarle los ascendientes que tengan este derecho. Por lo dicho podrá reconocerse cuál es el espíritu de la ley de Toro, y que quando el padre da substituto á su hijo, ha excluido á la madre de éste de lo que de otra manera pudiera pertenecerla. Por otra parte el padre no tiene obligación á dexar heredera á la muger, ni ésta como que no se la debe la legítima por derecho natural, puede decir de inoficioso el Testamento por la preterición. Lo mismo debe entenderse con respecto á los abuelos maternos. Pero como si el hijo fallece antes, le heredan sus padres, igualmente haciendo el padre Testamento por él, no puede privar á la madre de mas que 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 varían mucho los AA. en quanto á si el padre testa en su nombre, ó lo hace en el de su hijo, de quien son los bienes (a);

(a) Dice Febrero, y dice bien, que seria conveniente que el Soberano para evitar dudas y pleytos hiciese una declaracion acerca de los casos en que por la substitucion pupilar queda excluida la madre y los demas ascendientes del derecho de heredar. Esta es una materia muy controvertida entre los AA. por una cierta implicacion que al parecer se encuentra entre la ley de Partida que se cita, y la 6. de Toro. Sin embargo quando bien se medita ésta, no solo no puede sacarse de ella un argumento en favor de la madre, sino que por el contrario se reconoce que su espíritu es idéntico con la de Partida, como se infiere de sus mismas palabras, *en caso*, dice, *que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos ó otras personas que bayan derecho de les heredar*. Los AA. de mejor nota tratando de las personas que tienen este derecho, señalan en primer lugar á los hijos naturales, y á

convendría para evitar dudas y pleytos que el Soberano declarase lo que se debia practicar. Mientras llega este caso, si el padre quiere que el substituto no quede privado de todo, puede añadir á la clausula de substitucion lo siguiente: *T en caso que esta substitucion no se verifique en el todo, quiero que valga á lo menos 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 adición no se le privará de la tercera parte, como no conteniéndola he visto privarle por faltar la voluntad expresa del hijo; circunstancia esencial para que sea válido el legado.

100 Fallece, y queda ineficaz la substitucion pupilar por siete causas. La primera, quando los pupilos llegan á la pubertad. La segunda, quando pierden la libertad, v. gr. siendo cautivos; ó la Ciudad, v. gr. siendo desterrados para siempre fuera de su patria; ó la familia, v. gr. siendo emancipa-

los espurios legitimados por el subseguente matrimonio, ó por el rescripto del Príncipe, y en segundo al substituto pupilar. No es de este dictamen el Autor de las notas del Febrero Reformado, antes bien afirma que solo deben entenderse los hijos legitimados con exclusion absoluta del substituto. Funda este juicio en interpretaciones gramaticales, que para este caso son unas puras sutilezas. Dicen que no merecen confutacion las razones que se alegan por los AA. en favor del substituto, quando son en sí mismas de mucha gravedad, y despues sigue así: "¿es mas justa la ley que prefere el substituto pupilar á la madre, y ascendientes legítimos, que la que prefere éstos al primero, para que á fuerza de vanas sutilezas tomadas del derecho civil, y de las partidas que muchas veces le adoptaron ciegamente por el bárbaro siglo en que se dictaron, hayamos de apoyarla y sostenerla?," Luego hay dos leyes que en su sentir son contradictorias. Luego no habiéndose anulado expresamente la primera por la segunda, debe el legislador declarar la duda que resulta de la contradicción. Pero no es esto así. La ley de Partida declara expresa y terminantemente los derechos del substituto preferentes á los de la madre y demas ascendientes, y la de Toro, dando á estos un derecho de suceder igual en todo al que tienen respecto de ellos los ascendientes, no hace mencion de los substitutos. Segun esto podremos decir que el silencio de esta ley, prueba la subsistencia de la otra, y que el derecho de los ascendientes á suceder, es para aquellos casos en que no esté prescripta por otras leyes la sucesion de los descendientes á sus descendientes, ó de otras personas que tengan el derecho de heredarles. Como quiera que sea, todo esto no es mas que una interpretacion de la ley de Toro que realmente esta obscura y diminuta en su contexto, y por lo mismo no podemos menos de concluir con Febrero, que seria conveniente una declaracion del Soberano.