

de testamentos los juriconsultos no estaban de acuerdo. «Nuestros preceptores, dice Gayo, hablando de los Sabinianos, creen que el legado hecho bajo una condicion imposible es válido, como si esta condicion no hubiese sido puesta; pero los autores de la escuela opuesta (es decir, los Proculeyanos) juzgan que el legado es tan nulo como sería una estipulacion: en efecto, añade el juriconsulto, á pesar de ser tan Sabiniano, apénas se puede dar una razon satisfactoria de esta diferencia (1). La opinion de los Sabinianos ha prevalecido en las disposiciones testamentarias, y las condiciones imposibles se consideran como no escritas. Lo mismo sucede con las condiciones contrarias á las leyes ó á las costumbres: *Conditiones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscripte nullius sunt momenti, velutti: SI UXOREM NON DUXERIS, SI FILIOS NON SUSCEPERIS, SI HOMICIDIUM FECERIS, SI BARBARO HABITU PROCESSERIS* (lo que es un rasgo de carácter), *et his similia* » (2). Es preciso colocar aparte las que constituyen lo que los romanos llamaban instituciones ó legados captatorios (*captatorie institutiones*), es decir, hechos para promover un rasgo de liberalidad recíproca en beneficio del testador. Por ejemplo: *Qua ex parte Titius me heredem instituerit, ex ea parte Maevius heres esto*. Una resolucion del Senado declara que tales instituciones ó tales legados sean absolutamente nulos, y que se consideren como no puestos aún en los testamentos de los militares (3).

En cuanto á las reglas acerca de las condiciones en sí mismas, acerca de sus diversas especies, y su cumplimiento ó falta de realizacion, las examinaremos en adelante al tratar en especial de las condiciones (Inst. 3. 15. 4).

XI. Si plures conditiones institutioni adscriptæ sunt: siquidem conjunctim, ut puta: SI ILLUD ET ILLUD FACTA ERINT, omnibus parendum est: si separatim veluti SI ILLUD AUT ILLUD FACTUM ERIT, cuilibet obtemperare satis est.

11. Cuando muchas condiciones han sido impuestas á una institucion; si esto se ha hecho conjuntamente, como por ejemplo: SI TAL Y TAL COSA SE HACEN, es preciso que todas se cumplan; mas si esto se ha hecho disyuntivamente, como por ejemplo: SI TAL Ó CUAL COSA SE HACE, basta que una ú otra indiferentemente se realice.

(1) Gay. 3. 98. «*Et sane, viz idonea diversitatis ratio reddi potest.*»

(2) Paul. Sent. 3. 4. 2. § 2.

(3) D. 34. 8. 1. f. Julian.—30. 1. 64. f. Gay.—28. 5. 70. f. Papin., y 17. f. Paul.—Cod. 6. 21. 11. const. de Diocl.

XII. Si quos nunquam testator vidit, heredes institui possunt, veluti si fratris filios peregrinatos, ignorans qui essent, heredes instituerit: ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

12. El testador puede instituir herederos á los que nunca haya visto, como, por ejemplo, á los hijos de su hermano nacidos en país extranjero y que le sean desconocidos; esta ignorancia del testador no vicia la institucion.

De las sustituciones.

A continuacion de las instituciones y de las condiciones que á ellas pueden ponerse, se colocan naturalmente las *sustituciones*, que no son más que instituciones condicionales de un género particular. El nombre de sustitucion procede de *sub-instituere*, instituir debajo; *sub-institutio*, institucion colocada bajo otra. En efecto, toda sustitucion no es más que una institucion condicional colocada en segundo lugar bajo una institucion principal. Se distinguan en dos clases: la sustitucion vulgar (*vulgaris substitutio*) y la sustitucion pupilar (*pupillaris substitutio*), de la que ha tomado Justiniano por analogía una tercera especie, llamada por los comentadores sustitucion cuasi-popular ó ejemplar (1). Todas las sustituciones tenian por efecto prevenir el caso de morir intestado, instituyendo un heredero para el caso en que se realizase la muerte de otro. Por esto no eran más que instituciones condicionales.

TITULUS XV.

DE VULGARI SUSTITUTIONE.

Potest autem quis in testamento suo *plures gradus* heredum facere, ut puta, SI ILLE HERES NON ERIT, ILLE HERES ESTO; et deinceps, in quantum velit testator substituere. Potest et novissimo loco in subsidium vel *servum necessarium* heredem instituere.

Tal es la sustitucion vulgar, así llamada porque es la más comun, y porque, segun Teófilo, se puede sustituir de esta manera á

TÍTULO XV.

DE LA SUSTITUCION VULGAR.

Se pueden constituir en un testamento *muchos grados* de herederos, como, por ejemplo: SI AQUÉL NO FUESE HEREDERO, QUE LO SEA ÉSTE; y así en otros casos, haciendo tantas instituciones cuantas quiera el testador. Puede aún éste, en último lugar, y como recurso subsidiario, instituir á uno de sus esclavos heredero necesario.

(1) La palabra sustitucion en el derecho frances se emplea especialmente para designar las disposiciones con el cargo de dar. Veremos en adelante que en el derecho romano estas especies de disposiciones que entran en la clase de los fideicomisos no se hallaban clasificadas entre las sustituciones.

todo el mundo. De todas las sustituciones, ésta es la que más naturalmente ha debido ocurrirse á los testadores. Su origen debe confundirse con el de las mismas instituciones hereditarias. Vigente en tiempo de la República, como se ve por los escritos de Ciceron (1), su uso se hizo mucho más frecuente bajo los emperadores cuando las leyes caducarias, las leyes JULIA y PAPIA de que hemos hablado (*Hist. del der.*, p. 253), multiplicaron tanto las incapacidades para recibir; porque en esta época los testadores, á fin de prevenir en cuanto fuese posible las numerosas causas de caducidad que amenazaban sus disposiciones y que habrían hecho caer sus bienes en manos del tesoro público (*erarium*), se consideraron en el caso de instituir muchos herederos, á falta unos de otros (2). Por otra parte, ya la importancia que daban los romanos á la circunstancia de no morir intestado, ya la de que si la institucion caducaba, todas las demas disposiciones caducaban tambien, bastaban para hacer frecuente entre ellos las sustituciones vulgares.

Plures gradus. Los herederos llamados en primera línea forman el primer grado, y son los propiamente instituidos; los llamados á falta de los primeros forman el segundo grado, y éstos son los sustitutos; y así en el tercero, cuarto y demas grados, si hay muchas sustituciones sucesivas.

Si ille heres non erit. Ésta es la condicion particular que caracteriza la sustitucion vulgar. Esta especie de disposicion es una institucion condicional para el caso en que los primeros instituidos no llegasen á ser herederos, ya por negarse á ello, ya por ser incapaces, porque la generalidad de estos términos *heres non erit* comprende igualmente todos los casos (3).

Servum necessarium heredem. Instituyendo así en último lugar (*novissimo loco*) á su esclavo, que por fuerza habrá de ser heredero necesario, se asegura el testador para el caso en que todos los grados anteriores le falten contra la eventualidad de que su herencia deje de ser admitida por parte del último grado subsidiario. Por lo demas, nada impide instituir á su esclavo, no en último

(1) CICER. Brut. c. 52.—*De Or.* I. 39, 57.

(2) «... Sed et ipsis testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est ut et substitutiones introducerent ne fiant caduca.» (Cod. 6. 5. 1. pr. const. Just.).

(3) ¿Pero qué se decidirá si el testador no hubiese expresado sino uno de estos casos: *Si heredem esse noluerit*, ó recíprocamente? ¿Sería el otro subentendido? Sí. Argum. D. 28. 2. 29.—28. 6. 4. pr.—35. 1. 101. pr.—Cod. 6. 24. 3.—6. 26. 4.—V. por tanto, contra esta opinion, Dig. 28. 2. 10.

lugar, sino en el grado que mejor parezca al testador, y aunque sea en el primero. Sólo si se tratase de un testador insolvente sería preciso aplicar lo que hemos dicho acerca de la ley *Ælia Sentia*. El esclavo, cualquiera que fuese el lugar de su institucion, no sería heredero sino á falta de cualquiera otro instituido ó sustituido (*solus et necessarius heres*), como si hubiese sido inscripto despues de todos los demas y como en último recurso (1).

I. Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli singulis, vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt. 1. Se puede sustituir muchos á uno solo, y uno solo á muchos, ó bien tal á cual otro, ó sustituir entre si los mismos instituidos.

Vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt; es decir, que si uno, ó cualquiera, ó alguno de los instituidos no son herederos, les serán sustituidos los otros. Así, la parte de los que falten pasará en justa proporcion á los que sean herederos (2). Pero observemos que pasará á ellos, no por título de acrecion, sino por sustitucion; es decir, no en virtud de su primera institucion y como consecuencia precisa de ésta, sino en virtud de su segunda institucion condicional, *si heres non erit*, que se habrá realizado; no por ejecucion de su primer título de heredero, sino con nuevo y distinto título. Es verdad que si no hubiese habido sustitucion, las porciones vacantes habrían pasado á cada uno proporcionalmente por derecho de acrecion; pero entre esta acrecion y la adquisicion por sustitucion hay notables diferencias: 1.º, la acrecion es forzada, y la adquisicion por sustitucion, voluntaria; porque como es una segunda institucion distinta de la primera, no está obligado el heredero, por haber aceptado la primera, á aceptar tambien la segunda: puede repudiarla ó adirla (3); 2.º, la acrecion tiene lugar de pleno derecho en virtud de la primera adición, y se arregla, ya para las condiciones de capacidad, ya para la adquisicion, á la época de esta primera adición; la adquisicion por sustitucion sólo tiene lugar por la adición que de ella se hace, y sólo se arregla por la época de la segunda adición (4).

(1) D. 28. 5. 57. f. Paul.

(2) Y sólo aquéllos: D. 28. 6. 23. f. Pap.

(3) Cod. 6. 26. 6. const. Diocl. y Maxim.—Dig. 29. 2. 35. pr. f. Ulp. «*Ex causa substitutionis addeant.*»—Ib. 79. § f. 1. Javol.

(4) De modo que puede hacerse que en esta segunda época la adquisicion no sea ya para la misma persona (D. 29. 2. 35. pr.); ó tambien que no existiendo ya las condiciones de capacidad para tal ó cual heredero, cuando se abre la sustitucion, la adquisicion no pueda hacerse por él. (V. adelante 3. 4. § 4.)

Establezcamos, pues, como principio, que léjos de confundirse con el derecho de acrecer, toda sustitucion, ya de un tercero, ya de herederos entre sí, impide que tenga lugar la acrecion, pues impide que haya porciones vacantes. Sólo en el caso de que la sustitucion fuese repudiada ó feneciese de cualquier otro modo, tendria lugar el derecho de acrecion.

Bajo el imperio de las leyes caducarias, cuya abrogacion total por Justiniano es tambien posterior á las Institutas, el derecho de acrecion no tenía lugar indistintamente en beneficio de todos los herederos; sólo entre los herederos instituidos, los ascendientes ó hijos del testador hasta el tercer grado, y despues de ellos los instituidos con hijos, podian recoger las partes caducas ó cuasi-caducas, si no volvian éstas al Tesoro público (*ærarium*) (1). Ésta era, pues, una razon más para recurrir á las sustituciones, ya de los terceros, ya de los herederos entre sí.

II. Et si ex disparibus portionibus heredes scriptos invicem substituerit, et nullam mentionem in substitutione partium habuerit, eas videtur in substitutione dedisse, *quas in institutione expressit*. Et ita divus Pius rescripsit.

Quas in institutione expressit. Pero es igualmente dueño de señalarles en la sustitucion partes muy diferentes que las que aquéllos tienen en la institucion; y esto produce una nueva diferencia entre esta sustitucion de los herederos entre sí y el derecho de acrecion.

III. Sed si instituto heredi, et coheredi suo substituto dato, alius substitutus fuerit, divi Severus et Antoninus *sine distinctione* rescripserunt *ad utramque partem* substitutum admitti.

De lo que se infiere la regla general de que el que es sustituido á un sustituto, se cree serlo igual y tácitamente al mismo instituido. Ejemplo: *Primus* es instituido heredero; *Secundus* le es sus-

(1) Ulp. Reg. tit. 17 y 18.

tituido, y á éste *Tertius*; este último, aunque sólo sea expresamente sustituido á *Secundus*, se juzga serlo tácitamente á *Primus*.

Sine distinctione. Es decir, sin distinguir en qué época ha fenecido la primera sustitucion, ya sea ántes ó despues de la misma institucion. Si fué despues, no hay para qué dudar; por ejemplo: la institucion cesa primero, ya por la negativa, ya por la muerte de *Primus* ó por otra causa cualquiera; entónces la sustitucion se abre y el derecho de herencia vuelve á *Secundus*; posteriormente éste no puede ó no quiere ser heredero; desde el momento mismo su sustituido ocupa su lugar y llega por este medio á la herencia. Pero si el primer sustituido, *Secundus*, muere, ó pierde la capacidad el primero ántes que la institucion que le precede fenezca, cuando más adelante fenezca esta institucion, *Tertius*, al ocupar el lugar de *Secundus*, al cual ha sido sustituido, sólo ocuparia el lugar de un incapaz, muerto ántes de principiar á poderse ejercer los derechos; es preciso, pues, suponer que procede de su jefe, como si hubiese sido él mismo sustituido directamente del instituido *Primus*, cuyos derechos acaban de fenecer. En este segundo caso habia dudas; sin embargo, los juriscnsultos las resolvieron en favor del sustituto. «*Verius puto*, decia Juliano, *in utramque partem substitutum esse*» (1). Las Institutas nos dicen que Severo y Antonino disiparon todas las dudas, diciendo que no se hiciesen distinciones en adelante.

Ab utramque partem admitti. En el ejemplo citado, ya aquí, ya en el Digesto (2), hay un heredero que está sustituido en primera línea á otro de sus coherederos y que tiene el mismo en segundo orden de su instituto. Éste, si le llega su caso, tomará dos partes, á saber, la del heredero de quien era directamente sustituto, y la del heredero de quien este último era tambien sustituto, cuya parte, en vez de acrecer proporcionalmente á él y á los demas herederos, si hubiese algunos, les corresponderá exclusivamente por derecho de sustitucion, sin distinguir si ántes ó despues de la otra ha sido repudiada ó ha caducado.

Se puede observar que la sustitucion de que acabamos de tratar aquí es una sustitucion tácita, esto es, no expresada, sino subentendida en la disposicion; esto podria ocurrir áun en otros casos,

(1) D. 28. 6. 27.

(2) Ib. 41. pr. f. Papin.

y, por ejemplo, en el que cita Celso: «*Titius et Sejus uterque eorum vivat, heres mihi esto*», en el cual, como dice este juriconsulto, «*Tacita substitutio inesse videtur institutioni*» (1).

Siendo la sustitucion vulgar una especie particular de institucion, exige de parte del sustituto las mismas condiciones de capacidad que de parte de cualquier otro instituido. Fenece, pues, por las mismas causas que hacen fenecer una institucion ordinaria; por ejemplo, si el sustituto muere ó sobre él recae alguna incapacidad ántes del fallecimiento del testador ó ántes de poderse principiar á ejecutar sus derechos. Además, como sólo es una institucion condicional *si heres non erit*, fenece tambien si dicha condicion llega á fenecer, es decir, si el instituido se hace heredero. Por lo contrario, el derecho de sustitucion principia despues de principiar la sucesion cuando la condicion se ha realizado, es decir, cuando es cosa cierta que el instituido no es heredero.

El párrafo siguiente trata acerca de este punto de un caso particular.

IV. Si servum alienum quis patrem familias arbitratus, heredem scripserit, et si heres non esset, Mævium ei substituerit, isque servus jussu domini adierit hereditatem, Mævius substitutus *in partem admittitur*. Illa enim verba *SI HERES NON ERIT*, in eo quidem quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur: si neque ipse heres erit neque alium heredem effecerit. In eo vero quem patrem familias esse arbitratur, illud significant: si hereditatem sibi, eive cujus juri *postea* subjectus esse coeperit, non adquisierit. Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi sui constituit.

4. Cuando alguno, juzgando por jefe de familia á un esclavo extraño, lo ha instituido heredero, y para el caso en que no fuese heredero le ha nombrado á Mevio por sustituto, si dicho esclavo hace adición por orden de su señor, el sustituto Mevio será admitido en parte. En efecto, estas palabras *SI NO FUESE HEREDERO*, aplicadas á aquel que el testador sabe estar bajo el poder de otro, significan: si no es él ni hace á ningun otro heredero; pero respecto de una persona á quien el testador juzga jefe de familia, significan dichas palabras: si no adquiere la herencia ni para sí ni para aquel bajo quien despues llegase á estar sometido; así lo ha decidido Tiberio César, respecto de Partenio, su propio esclavo.

Aquí se trata de determinar el sentido de estas palabras: *Si heres non erit*. ¿Será considerada como realizada esta condicion, ó como fenecida en el caso en que el instituido no pudiese adquirir para sí mismo la herencia, sino sólo para otro? Acerca de esto es

(1) D. 28. 5. 24 y 25.

preciso distinguir si el testador conocia ó no la situacion del instituido.

Si él sabia que era esclavo, es claro que cuando éste adquiere despues, para sí, si ha sido manumitido, ó para su señor, si no lo ha sido, es heredero en el sentido en que el testador lo ha entendido; porque para el testador, *si heres non erit* significaba aquí, segun las expresiones del texto, *si neque heres erit, neque alium heredem effecerit*.

Pero ¿deberia suceder lo mismo si el testador lo hubiese instituido heredero juzgándolo libre y jefe de familia, y siendo en realidad un esclavo? Aquí el testador no tenía presente un modo de adquisicion que no podia sospechar; ha comprendido en su disposicion al instituido ó á su futuro señor, si llegaba aquél á caer en poder de otro, pues esto se hallaba en el orden de cosas posible; pero no á un señor actual, pues lo juzgaba en otra situacion diversa. *Si heres non erit* significaba aquí para el testador, siempre segun las expresiones del texto, *si hereditatem sibi, eive cujus juri postea* (en adelante, pero no á un señor actual, cuya existencia ignoraba el testador) *subjectus esse coeperit, non adquisierit*. No hallándose cumplida esta intencion, deberia tener lugar la sustitucion (1).

En este sentido decide Tiberio, juzgando en su propia causa, es decir, tratando de uno de sus esclavos. En efecto, no siendo nula la primera institucion, permanece siempre; pero como no se realiza en el sentido que el testador la ha entendido, se considera llegado el caso de la sustitucion: y entónces llegando los dos, el instituido y el sustituto, es preciso que partan entre ambos.

In partem admittitur: pero ¿qué parte? Por mitad cada uno, como dice acerca de este párrafo expresamente la paráfrasis de Teófilo, y como resulta por necesidad de la explicacion anterior (2).

(1) Vemos en Gayo, 2. § 117, una particion semejante en otro caso, que prueba que en las sustituciones condicionales la manera con que debe entenderse el cumplimiento de la condicion es una cuestion de intencion.

(2) El fragmento de Juliano (D. 28. 5. 40), de donde se ha querido deducir que sólo parten una mitad de la sucesion, sin decir á quién va la otra mitad, no debe oponerse; habia probablemente en esta especie otro heredero por mitad. La interpretacion de las palabras *si heres non erit* da lugar á otras muchas controversias: ¿falta esta condicion, y la sustitucion fenece, si sólo el padre es el que ha hecho la adición de la herencia deferida al hijo de familia, y de la que sólo tiene el usufructo? (Por la afirm. arg. Cod. 6. 30. 18. § 1.—6. 61. 8. pr. §§ 1 y 2.)—¿Si habiendo hecho el instituido primero adición, obtiene contra esta adición la restitucion *in integrum* por razon de minoria? (Aff. Dig. 4. 4. 7. § 10.—38. 9. últ. *in fin.*—Neg. Dig. 42. 1. 44.) Si el instituido es un hijo, heredero necesario, ¿quién se abstiene? Teófilo resuelve esta cuestion negativamente, porque el hijo no deja por eso de ser heredero.