

## TITULUS XVI.

DE PUPILARI SUBSTITUTIONE.

La sustitucion pupilar es la institucion de un heredero hecha por el jefe de familia en su propio testamento para la herencia del hijo impúbero sometido bajo su potestad, en caso que este hijo, sobreviviéndole él, muera antes de haber llegado á la edad de la pubertad. Es, propiamente hablando, el testamento del hijo hecho por el jefe como accesorio del suyo.

Esta, como todas las sustituciones, no es más que una institucion condicional, porque la condicion bajo que se hace es : si el hijo muere antes de ser púbero (*si prius moriatur quam in suam tutelam venerit*). Se coloca en segundo lugar bajo una institucion principal, porque el jefe de familia no puede hacerla sino como una parte accesorio de su mismo testamento, de su propia institucion, á la que se halla subordinada, y cuya suerte sigue. Tiene, en fin, por objeto prevenir el caso de morir intestado : sólo en la sustitucion vulgar provee el testador á su propia sucesion ; en la sustitucion pupilar extiende más léjos su solicitud, y pretende evitar á su hijo la desgracia de morir intestado ; porque quedando este hijo *sui juris*, si llegaba á morir impúbero, moria sin la capacidad necesaria para hacer testamento, y por necesidad moria intestado : con esta prevision los romanos, extendiendo más allá del sepulcro la omnipotencia paternal, habian admitido que el jefe de familia hiciese, al mismo tiempo que hacía el suyo, el testamento que el hijo impúbero no podia practicar por sí mismo. Podia decirse que el impúbero que llegase á ser *sui juris* tenía el derecho de tener un testamento ; pero que no teniendo el ejercicio de este derecho, suple lo que á éste falta su jefe de familia, ejerciéndolo antes por él en su propio testamento.

Sabemos que la sustitucion pupilar ha sido introducida por el uso y por las costumbres : *moribus institutum est*, nos dice el texto en el párrafo siguiente, sin que nos sea posible determinar la época en que principió. Ciceron en su *Tratado del Orador* habla de una y otra.

El párrafo que sigue nos da un ejemplo de sustitucion pupilar.

*Liberis suis impuberibus quos in potestate quis habet, non solum ita ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si heredes ei non extiterint alius ei sit heres; sed eo amplius, ut et si heredes ei extiterint, et adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis heres: veluti si quis dicat hoc modo: TITIVS FILIVS MEVS HERES MIHI ESTO; ET SI FILIVS MEVS HERES MIHI NON ERIT, SIVE HERES ERIT ET PRIVS MORIATUR QUAM IN SVAM TVTELAM VENERIT (id est, pubes factus sit), TVNC SEIVS HERES ESTO. Quo casu si quidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres; si vero extiterit heres filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Nam moribus institutum est ut, cum ejus ætatis filii sint in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.*

Respecto de los hijos impúberos que se tienen bajo su potestad, se les puede sustituir, no sólo como acabamos de exponer, es decir, en el sentido de que si no son herederos, lo sea otro, sino además en el sentido de que si después de haber sido herederos, mueren impúberos, sea otro heredero de ellos. Por ejemplo, en estos términos: QUE TICIO MI HIJO SEA MI HEREDERO, Y SI NO ES MI HEREDERO, Ó SI HABIÉNDOLO SIDO, MUERE ANTES DE HABER LLEGADO Á SU PROPIA TUTELA (es decir antes de ser púbero), QUE SEYO SEA HEREDERO. En este caso, si el hijo no es heredero, el sustituto se hace heredero del padre; pero si el hijo, después de haberlo sido, muere siendo aún impúbero, el sustituto se hace heredero del hijo. Porque es uso introducido por las costumbres que los jefes de familia hagan el testamento de sus hijos, cuando éstos no se hallan todavía en edad de hacerlo por sí mismos.

*Quos in potestate quis habet* : esta condicion es indispensable; el derecho de hacer el testamento de un impúbero se deriva únicamente de la patria potestad; de donde se deduce que sólo el jefe de familia puede ejercerlo; que no lo puede respecto de sus hijos emancipados, ni respecto de ninguno la madre, ni los ascendientes que carecen de potestad.

*Si filius heres mihi non erit, sive heres erit et prius moriatur.....*, etc. Este no es más que un ejemplo: el texto cita éste, porque es el más frecuente. En él se halla el hijo en primera línea instituido por el padre; pero veremos en el § 4 que podia ser de otro modo y encontrarse desheredado. Hay á un tiempo una sustitucion vulgar y una sustitucion pupilar terminantemente expresada; por manera que la misma persona es sustituida al hijo vulgar y pupilarmente. En otro tiempo se suscitaban graves discusiones para saber si cuando se hallaba expresa la sustitucion pupilar debia subentenderse la vulgar, y al contrario. Ciceron miraba esta cuestion como muy difícil (*ambigitur inter peritissimos*) (1). Una constitucion de Marco Aurelio declaró que siempre que se hallase

(1) CICERO, de Orat., lib. 1. §§ 39 y 57.—Brut., § 52.

expreso un caso de sustitucion debia subentenderse el otro (1). Al testador toca declarar lo contrario, si no es tal su intencion.

I. Qua ratione excitati, etiam constitutionem possuimus in nostro Codice, qua prospectum est ut, si mente captos habeant *filios vel nepotes vel pronepotes* cujus cunque sexus vel gradus, liceat eis et si puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis *certas personas* substituere: sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari, et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quæ postquam pupillus adoleverit, infirmatur.

1. Movidó por las mismas razones, hemos inserto en nuestro Código una constitucion, por la cual aquellos que tienen *hijos, nietos ú otros descendientes* en este estado de demencia, de cualquier sexo ó grado que sean, están autorizados, á ejemplo de la sustitucion pupilar, para sustituirles, con tal que sean púberos, *ciertas personas*; pero si recobran la razon, la sustitucion se invalida, y esto siempre á ejemplo de la sustitucion pupilar, que se invalida cuando el pupilo ha llegado á la edad de la pubertad.

Esta particular sustitucion es la que los comentadores han llamado *cuasi-pupilar ó ejemplar*, porque fué introducida por Justiniano á ejemplo de la sustitucion pupilar (*ad exemplum pupillaris substitutionis*, dice el texto). Tiene por objeto prevenir el caso de que el hijo púbero por su estado de demencia muera intestado. Es una institucion condicional, porque se ha hecho bajo esta condicion: si muere sin haber recobrado su razon (*si non resipuerit*); se halla colocada en segundo lugar bajo una institucion principal, porque el ascendiente no puede hacerla sino como cosa accesoria á su propio testamento.

Sin embargo, existen entre esta sustitucion y la pupilar dos diferencias notables, que el texto indica, pero sólo de un modo indirecto.

1.º *Filios, vel nepotes, vel pronepotes*: el texto pone aquí en la misma línea á los hijos, nietos y demas descendientes, sin exigir ninguna condicion de patria potestad. Ésta es, en efecto, la primera diferencia: la sustitucion cuasi-pupilar no se hace, como la sustitucion pupilar, en virtud de la patria potestad, sino en virtud de la cualidad de ascendiente; el derecho para ello pertenece no sólo al padre, sino tambien á la madre y demas ascendientes sin distincion; lo mismo respecto de los hijos emancipados que respecto de los demas.

2.º *Certas personas*: ésta es la segunda diferencia: en la susti-

(1) Dig. 28. 6. 4. pr. f. Modest.

tucion pupilar puede el jefe de familia sustituir á quien quiera por heredero de su hijo impúbero; mas el ascendiente en la sustitucion cuasi-pupilar está obligado á tomar el sustituto, á quien quiera hacer heredero de su hijo demente, primero de entre los descendientes de este último, si los tiene; y á falta de éstos, de entre sus hermanos; y por último, en defecto de unos y de otros, puede sustituir á quien quiera (1).

La principal cuestion sobre esta especie de sustitucion consiste en saber cuál sería el ascendiente, y cuya voluntad prevaleceria en caso de haber muchos, es decir, si muchos ascendientes que hubiesen muerto ántes del hijo demente, hubiesen hecho cada uno de ellos para él una sustitucion cuasi-pupilar. No diciendo nada los textos sobre este punto, creen unos que la voluntad del padre deberia siempre prevalecer; ó que los ascendientes no tenian este derecho hasta despues de la muerte del padre, y así sucesivamente, de grado en grado; ó en fin, que el derecho únicamente pertenece al último que muera de los ascendientes. En este punto no pueden hacerse más que conjeturas.

Ántes de la constitucion de Justiniano, sólo por una gracia especial solicitada y obtenida individualmente, se podia ser autorizado por rescripcion del príncipe para hacer una sustitucion por su hijo demente (2).

II. Igitur in pupillari substitutione secundum præfatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est duarum hereditatum.

2. En la sustitucion pupilar, tal como la hemos indicado, *hay en cierto modo dos testamentos*: el uno del padre y el otro del hijo, como si este último hubiese él mismo instituido á su heredero; ó al ménos es un solo testamento, pero con dos causas; es decir, con dos herencias.

*Duo quodammodo sunt testamenta.* Hay en cierto modo dos tes-

(1) La constitucion de Justiniano se halla en el Código: 6. 26. 9. Algunos creen poder sacar de los términos de esta constitucion un tercer punto de diferencia, que consiste en que habria obligacion de dejar la porcion legitima á aquél para quien se quisiese hacer una sustitucion ejemplar, mientras que se puede sustituir pupilarmente aun á su hijo desheredado; pero veremos que la obligacion de dejar la porcion legitima existe para todos los hijos; que es independiente de toda sustitucion, y que á ménos de ocurrir una justa causa de desheredacion, todos tienen derecho á ella, y pueden impugnar como inoficioso el testamento en que no se les haya dejado aquélla, haya ó no sustitucion, ora sea pupilar, ora cuasi-pupilar. Así en el primer caso lo mismo que en el segundo el hijo desheredado sin justa causa podria igualmente rechazar el testamento, y la sustitucion feneceria con éste. Véase por qué Justiniano advierte que es preciso (á ménos de haber justa causa) dejar la porcion legitima, *ne querela contra testamentum moveatur*; advertencia aplicable á los dos casos.

(2) D. 28. 6. 43. f. Paul.

tamentos, si se consideran los efectos, y que el testamento se funda en la institucion; porque hay aquí dos instituciones distintas, dos herencias arregladas, la del padre y la del hijo. En cuanto á las formas exteriores, no hay más que una regularmente, porque la sustitucion pupilar se hace en el testamento del padre. Sin embargo, podria hacerse por un acto posterior y separado, sometido á todas las formalidades de los testamentos, en cuyo caso y bajo este aspecto habria dos; por último, en cuanto á su existencia y validez, reunidos ó separados estos dos testamentos, no forman más que uno, en cuanto á que el uno es parte accesoria del otro; en efecto, el testamento del padre es el principal; la sustitucion pupilar hecha en el mismo acto ó en otro posterior no es más que una disposicion accesoria, que fenece si el testamento fenece.

Véase por qué termina el texto con estas palabras, que en todos los casos, si no hay más que un solo testamento, es éste de dos herencias (*aut certe unum testamentum est duarum hereditatum*).

III. Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeret ne filius ejus, pupillus adhuc, ex eo quod palam substitutum accepit, post obitum ejus pericula insidiarum subjiceretur, vulgarem quidem substitutionem palam facere, et in primis quidem testamenti partibus ordinare debet; illam autem substitutionem per quam et si heres extiteris pupillus et intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere, eamque partem proprio lino propriaque cera consignare; et in priore parte testamenti cavere debet, ne inferiores tabulæ vivo filio et adhuc impubere aperiantur. Illum palam est, non ideo minus valere substitutionem impuberis filii quod in iisdem tabulis scripta sit quibus sibi quisque heredem instituisset, quamvis hoc pupillo periculosum sit.

Estas precauciones, que aconseja el texto, no exigen ninguna explicacion.

IV. Non solum autem heredibus institutis impuberibus liberis ita

3. Por lo demas, si alguno llevase su solicitud hasta el punto de temer que despues de su muerte, su hijo, todavía pupilo, por el hecho solo de haber recibido de un modo patente un sustituto, se hallaria expuesto á los peligros de algunas asechanzas, no tendria más que hacer francamente en la primera parte del testamento la sustitucion vulgar; en cuanto á aquella por la cual un sustituto es llamado para el caso en que el hijo heredero llegase á morir impubero, deberá escribirla separadamente al fin del testamento, cerrada esta última parte con un hilo y un sello separado, y prescribir en la primera que las tabletas inferiores no sean abiertas, en tanto que su hijo viva y sea impubero. Esto evidentemente no impide que una sustitucion pupilar, escrita en las mismas tabletas que la institucion, no sea muy válida, cualquiera que sea el peligro que en ello pudiera correr el pupilo.

4. La sustitucion por la cual el jefe de familia designa á sus hijos,

substituere parentes possunt, ut si heredes eis extiterint et ante pubertatem mortui fuerint, sit eis heres is quem voluerit, sed etiam exheredatis. Itaque eo casu, si quid pupillo ex hereditatibus legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinet. Quæcumque diximus de substitutione impuberum liberorum vel heredum institutorum, vel exheredatorum, eadem etiam de postumis intelligimus.

para el caso en que muriesen impuberos, á quien quiere por heredero, puede hacerse no sólo á aquellos que sean sus herederos, sino aún á los que haya desheredado. Y en este caso el sustituto tomará todo lo que el pupilo haya podido adquirir por sucesion, legado ó donacion de sus parientes ó amigos. Todo lo que hemos dicho de la sustitucion de los hijos impuberos, instituidos ó desheredados, debe entenderse igualmente á los póstumos.

Examinarémos á continuacion del párrafo anterior cuáles son aquellos á quienes se puede sustituir pupilarmente.

Á los hijos que se tienen bajo su potestad: tal es la condicion esencial. Y es preciso que la patria potestad exista no sólo al fallecimiento del testador, sino tambien en el momento en que hace la sustitucion. Si ésta fuese hecha en un acto separado y posterior al testamento, no sería necesario que la patria potestad hubiese ya existido á la formacion del testamento: únicamente es preciso considerar el tiempo de la sustitucion (1).

*Sed etiam exheredatis.* Porque el jefe de familia en la sustitucion pupilar no dispone de su propia sucesion, sino de la de su hijo, cualquiera que sea el heredero á quien atribuya la suya. Su derecho para hacer la sustitucion pupilar no lo ha adquirido porque hubiese instituido á su hijo, sino únicamente por la patria potestad que sobre él tiene. Puede, pues, sustituirlo pupilarmente aún cuando lo haya desheredado. Bien entendido que si esto lo ha hecho sin motivo legítimo, su testamento será anulado como inoficioso, y que si lo ha preterido ó guardado silencio acerca de él, su testamento será nulo, y con él la sustitucion pupilar, que sólo es una parte accesoria del mismo.

Los nietos y demas descendientes pueden tambien ser objeto de una sustitucion pupilar por parte de su abuelo, cuando se hallan bajo su potestad, sin persona intermedia.

*Eadem etiam de postumis.* Lo que debe entenderse de los póstumos, que, suponiéndolos nacidos al fallecimiento del testador, hubiesen estado inmediatamente bajo su potestad, y se hubiesen hecho *sui juris* por este fallecimiento. Puede observarse que son

(1) Tal es el ejemplo citado en el Dig. 28. 6. 2. pr. in fin. Ulp.

los mismos á quienes el testador puede nombrar un tutor por testamento.

Es preciso decir lo mismo de los cuasi-póstumos. Así el abuelo no puede dar pura y simplemente un sustituto pupilar á los nietos que no tiene bajo su inmediata potestad; pero puede dárselo eventualmente para el caso de la ley JUNIA VELEYA, es decir, para el caso en que muriendo su padre ántes del abuelo testador, llegasen á estar sin persona intermedia, bajo la potestad de este último. Bien entendido que es preciso, tanto respecto de los póstumos, cuanto respecto de los cuasi-póstumos, que hayan sido instituidos ó desheredados en el testamento, sin lo cual, roto éste por su agnación ó cuasi-agnación, seguiria la misma suerte la sustitucion pupilar (1).

Respecto de los hijos adrogados, es preciso recordar primero que no puede tratarse sino de hijos adrogados en el estado de impúberos, bajo las condiciones determinadas para estas especies de adrogacion, pues se trata de instituciones pupilares. Esto supuesto, es menester hacer una distincion, segun que se trata de una sustitucion pupilar hecha por el jefe de familia que el adrogado tenia ántes de hacerse *sui juris*, y de ser dado en adrogacion, ó de una sustitucion pupilar hecha por el antiguo jefe de familia, se hallaba rota por la adrogacion; pero sabemos que el adrogante debia dar caucion á las personas interesadas, asegurándoles la devolucion de los bienes del impúbero adrogado, si llegaba éste á morir ántes de la pubertad: el que habia sido sustituido pupilarmente por el primitivo jefe de familia, recibia esta caucion del padre adrogante, y se aprovechaba de ella si llegaba el caso; pues si el adrogado moria impúbero, su muerte daba á un mismo tiempo al adrogante la obligacion de devolver, y al primitivo sustituto el derecho de reclamar. En cuanto á la sustitucion pupilar que hubiese sido hecha por el padre adrogante, no puede por la misma razon recaer sobre los bienes personales del adrogado, pues si muere impúbero, sus bienes deben volver á aquellos que los habrian habido si no hubiese tenido lugar la adrogacion; abraza pues únicamente los bienes dados al pupilo por el adrogante ó por consideracion á éste; y áun dudaban algunos juriconsultos si no era

(1) D. 28. 6. 2. pr. f. Ulp.

preciso exceptuar la cuarta Antonina en el caso en que tuviese lugar, porque la adquiria el adrogado, no por la voluntad del adrogante, sino en virtud de la constitucion de Antonino (1).

Respecto de los hijos emancipados, no se podia sustituirlos pupilarmente, pues habian salido de la patria potestad; ni tampoco á los hijos naturales, porque nunca habian estado (2).

V. *Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi et sibi faciat*; nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti: adeo ut si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit.

5. Mas no se puede hacer el testamento de sus hijos, sin hacer tambien el suyo; porque el testamento pupilar es una parte y continuacion del testamento paterno: de tal modo, que siendo nulo el testamento del padre, el del hijo lo es igualmente.

*Nisi et sibi faciat*. Si el jefe de familia tiene por su sola patria potestad el derecho de testar por su hijo, no puede, sin embargo, ejercer este derecho sino en cuanto lo ejerza por sí mismo. La institucion de heredero que hace por su hijo es una disposicion secundaria de su propio testamento: véase por qué es una sustitucion. — No se necesitan otras formalidades que las establecidas para un solo testamento, bastando siete testigos y siete sellos (3). — Pero nada impide tampoco que se haga la sustitucion pupilar en un acta posterior con todas las formas testamentarias (4); ni que se haga con distintas solemnidades; como, por ejemplo, el testamento del padre por escrito, y la sustitucion pupilar por nuncupacion verbal, ó al contrario (5). Si el testamento del padre y la sustitucion pupilar se hacen en actos separados por diferentes intervalos, el testamento del padre debe preceder á la sustitucion; pero cuando se hacen en un solo y único acto, la inversion de la frase no viciará la sustitucion, como, por ejemplo, si se hubiese dicho primero: «*Si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Scius heres esto*», y más abajo: «*Filius heres esto*» (6).

*Nec filii quidem valebat*. Si, por ejemplo, el padre sólo ha instituido heredero en su testamento á una persona incapaz, aunque sea capaz el que ha sustituido pupilarmente á su hijo, la disposicion

(1) D. 28. 6. 10. § 6. f. Ulp.

(2) D. 28. 6. 2. pr.

(3) Dig. 28. 6. 20 pr. f. Ulp.

(4) Ib. 16. § 1. f. Pomp.

(5) Ib. 20. § 1. — 37. 11. 8. § 4. f. Jul.

(6) D. 28. 6. 2. §§ 4 y 5. f. Ulp.