

IV. Et unum hominem, et plures in infinitum, quod quis velit heredes facere, licet.

4. Se puede instituir á un solo heredero ó á muchos, en todo el número que se quiera, hasta el infinito.

Pero se necesita que todos ellos tengan toda la herencia y nada más que la herencia, sin que quede vacante ninguna parte ni pueda atribuírseles de más. Si, pues, el testador en las instituciones que ha hecho ha comprendido ménos de la herencia ó más de ella, dichas instituciones deben aumentarse proporcionalmente todas en el primer caso, ó reducirse en el segundo, de modo que en su totalidad comprenda toda la herencia y nada más. Esto nos conduce á examinar cómo podía hacerse á voluntad del testador esta distribución de la herencia entre muchos instituidos. Para mayor claridad expondremos esto en su totalidad con independencia del texto, cuya inteligencia se nos hará más fácil de esta manera.

Si el testador ha instituido muchos herederos, declarando que sea por partes iguales (*ex æquis partibus*), ó, lo que viene á ser lo mismo, sin ninguna declaracion, entónces no habrá ninguna dificultad: la herencia se dividirá entre ellos por partes iguales, haciendo tantas partes cuantos sean los herederos.

Pero puede querer el testador que se les trate con desigualdad. La idea más natural es designar á cada uno alguna porcion de la herencia: por ejemplo, en caso de instituir tres herederos, designando á uno la cuarta parte, á otro la mitad, y al tercero el cuarto restante. En este ejemplo y otros semejantes se ve fácilmente que formando un entero con un cuarto, una mitad y otro cuarto, el testador ha distribuido toda su herencia ni más ni ménos. Pero si hubiese asignado á cada uno fracciones diferentes por su denominador; como, por ejemplo, á uno un tercio, á otro un cuarto, á éste un quinto y á aquél otros dos séptimos, sucedería: 1.º que rara vez estas fracciones de diversa naturaleza formarían en su conjunto un entero exacto, es decir, la herencia, y que, por el contrario, casi siempre valdrian más ó ménos: 2.º que sería precisa una operacion matemática para reconocer si eran iguales á un entero, si lo excedían ó eran menores; y en estos dos últimos casos, para reducir ó aumentar cada una proporcionalmente, de manera que formasen toda la herencia y nada más que la herencia:

cualquier otro objeto determinado, serían simplemente legatarios de aquel fundo ó de este objeto: la palabra *instituidos*, de que se hubiese servido el testador respecto de ellos, sólo sería en este caso una expresion impropia.

3.º que el mismo testador no se haria bien cargo de sus disposiciones, y que se hallaria por otra parte embarazado con estas diversas consideraciones.

Los romanos habian hallado un sistema ingenioso, que permitia al testador designar tantas partes como quisiese á otros tantos herederos que tuviese por conveniente instituir, aumentar ó disminuir su número, sin molestarse por el valor total, que en definitiva debia siempre ser equivalente á toda la herencia sin nada de más ni de ménos. Consistia este sistema en atribuir á cada heredero un número cualquiera de partes, una parte cuota á voluntad del testador: por ejemplo, á Ticio tres partes, á Cornelio cinco, á Estico dos, á Gayo cuatro (y así á otros, ya hubiese dos, tres, cinco ó más herederos), sin designar respecto de ninguno de ellos el valor de dichas partes. Para conocer su valor, cuando llegase el caso de la distribución de la herencia, bastaba hacer la suma del número de partes distribuidas en el testamento, y si entre todas llegaban á catorce como en nuestro ejemplo, ó á diez, ó á quince, ó á otro número cualquiera, cada parte valia entónces un catorceavo, un décimo, un quinceavo ó cualquiera otra fraccion de la herencia, que de esta manera no podía ni ser excedida ni quedar en parte vacante.

El testador era absolutamente libre en este punto; podia distribuir dos, tres, cuatro, cinco partes ó más, y el valor de cada parte se determinaba siempre por su número total. Sin embargo, un uso tomado del sistema de medidas de los romanos, hacía comunmente distribuir las partes en doce, y por consiguiente dividir la herencia en dozavos. En efecto, por comparacion se consideraba la herencia por un *as*, es decir, como un entero, como una unidad cualquiera, para pesarlo y distribuirlo al peso entre los herederos. La distribución de las partes entre los herederos era, por decirlo así, un peso que habia que hacer (*pondius*) de la herencia. Mas como la unidad de peso se componia entre los romanos de doce onzas, se consideraba que se pesaba y distribuía la herencia por onzas; á éste dos, á aquél cuatro, cinco, hasta las doce regularmente; y cada onza (*uncia*) valia entónces una dozava parte.

Esto era solamente un uso, y no una ley, porque siempre eran la voluntad del testador y la distribución hecha por él las que determinaban si debia haber cinco, siete, doce, quince onzas ú otro número cualquiera en su herencia, y si por consiguiente, cada

onza debia valer una quinta, una sétima, una duodécima, una décimaquinta parte ó cualquiera otra fraccion hereditaria.

Pero habia casos en que la division comun por doce onzas se presumia necesariamente, y se hacia una division legitima. En efecto, miéntras que el testador haya asignado á cada uno de los herederos un número cualquiera de partes, no hay dificultad alguna; el total de las partes distribuidas indicará la division hereditaria que el testador ha querido. ¿Pero qué se decidirá si haciéndolo está designacion para los unos ha dejado á los demas sin parte determinada? Por ejemplo, que sean herederos Gayo, Valerio y Sempronio; Gayo en tres onzas y Valerio en dos; evidentemente no puede decirse en este caso que la herencia no tiene más que cinco onzas, porque Gayo y Valerio tendrán cada uno su parte, pero Sempronio no tendrá ninguna, y sin embargo es heredero. En este caso se presumirá legalmente que el testador ha seguido la division comun, la division del *as* hereditario en doce onzas; Gayo y Valerio tomarán el número de onzas que les ha sido asignado, el uno tres y el otro dos; y el exceso hasta doce onzas, es decir, las siete restantes, pertenecerán á Sempronio; ó bien, si hay más de un heredero sin parte, á todos estos herederos igualmente. Tal será en este caso la distribucion, el peso de la herencia; y en efecto, según el uso de los romanos, no ha sido otra la intencion del testador.

¿Pero si el total de las onzas asignadas por el testador iguala ó excede ya la division comun del *as*, es decir, si este total es ya de doce ó más, qué resolveremos? ¿Que sean, por ejemplo, Gayo y Valerio herederos, Gayo en ocho onzas y Valerio en cuatro, ó bien Gayo en diez onzas y Valerio en seis? Habiendo ya distribuido el testador doce onzas en el primer caso y diez y seis en el segundo, ¿qué le queda á Sempronio? Se juzgará entónces que el testador, en vez de hacer un solo peso de su herencia, ha hecho dos, compuesto cada uno de doce onzas, según la division comun; será lo mismo que si hubiera separado desde luégo su herencia en dos ases, para pesar y distribuir sucesivamente cada uno de ellos en doce onzas entre los herederos instituidos, lo que constituirá veinticuatro onzas para toda la herencia, y cada onza sólo valdrá una vigésimacuarta parte. Así en el ejemplo citado, habiéndose gastado y aun excedido el primer peso de doce onzas para Gayo y para Valerio, pertenecerá á Sempronio el segundo peso entero ó el

resto de este segundo peso, es decir, doce onzas si Gayo y Valerio tienen ya doce para los dos, ó solamente ocho si tienen diez y seis. Esto era lo que los romanos llamaban un doble peso (*dupondius*).

Continuando este sistema, habia tambien respecto de la herencia entera un triple peso (*tripondius*), cada uno de un *as* ó doce onzas, entre todo treinta y seis onzas; ó bien un peso cuádruplo que compusiese en todo cuarenta y ocho onzas; y así sucesivamente, si ocurriese que el testador, habiendo ya distribuido ó excedido veinte y cuatro ó treinta y seis onzas, hubiese dejado sin embargo á algun heredero sin parte.

En resúmen, la herencia se divide siempre en tantas partes iguales cuantas ha distribuido el testador; pero si ha dejado sin parte á uno ó muchos herederos, sólo entónces se juzga que ha seguido necesariamente la division comun, la division legal del *as* en doce onzas, por simple, doble ó triple peso, según es preciso hacerlo, para fijar la parte de los que no la tienen.

V. Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur. Habent autem et hæ partes propria nomina, ab uncias usque ad assem, ut puta hæ: uncia, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet: nam tot uncias assem efficiunt, quot testator voluerit, et si unum tantum qui ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. Et e contrario potest quis in quantascumque voluerit plurimas uncias suam hereditatem dividere.

5. La herencia se divide con mucha frecuencia en doce onzas, comprendidas todas con el nombre de *as*. Cada una de estas diversas partes tiene su nombre propio, desde la onza hasta el *as*, á saber: *onza*, *sextans*, *quadrans*, *triens*, *quincunx*, *semis*, *septunx*, *bes*, *dodrans*, *dextans*, *deunx*. Sin embargo, no es necesario que haya siempre doce onzas; porque tantas onzas cuantas quiere el testador, forman un *as*; si ha instituido un solo heredero para seis onzas, por ejemplo, estas seis onzas formarán un *as* entero, porque una misma persona no puede morir, parte atestada y parte abintestada, á no ser que se trate de un militar, cuya voluntad se considera únicamente en materia de testamentos. Puede dividirse en sentido inverso la herencia propia en tantas onzas como se quiere.

Sextans, una sexta parte del *as* ó doce onzas; — *quadrans*, una cuarta parte ó tres onzas; — *triens*, una tercera parte ó cuatro onzas; — *quincunx*, cinco onzas; — *semis*, la mitad ó seis onzas; — *septunx*, siete onzas; — *bes* (contraccion de *bis-triens*), dos terceras partes ú ocho onzas; — *dodrans* (contraccion de *de* privativo

y de *quadrans*), el as ménos una cuarta parte, esto es, tres cuartas partes ó nueve onzas; — *dextans* (contraccion de *de* privativo y de *sextans*), el as ménos una sexta parte, es decir, cinco sextos ó diez onzas; — *deunx* (contraccion de *de* privativo y de *uncia*), el as ménos una onza, es decir, once onzas.

VI. Si plures instituantur, ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex æquis partibus heredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis æquis partibus eos heredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fit: et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrent. Si vero totus as completus sit, si qui nominatim expresas partes habent, in dimidiam partem vocantur, et ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest primus an medius an novissimus sine parte heres scriptus sit; ea enim pars data intelligitur, quæ vacat.

Æquis ex partibus eos heredes esse. Segun hemos dicho poco ántes, se harán otras tantas partes iguales como herederos haya. Añádese, sin embargo, que si muchos han sido instituidos conjuntamente, es decir, en su totalidad, de manera que respecto de la herencia no formen más que una sola persona colectiva, solo serán contados en la distribucion por uno, y recibirán todos ellos una parte; «*Titus heres esto; Seius et Mævius heredes sunt.*» La opinion de Próculo es cierta, dice Celso; se harán dos partes iguales de la herencia, y se dará una á Seyo y á Mevio conjuntamente (1).

VII. Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit heres institutus, quid juris

6. Cuando muchos herederos son instituidos, el testador no necesita hacer una asignacion de parte sino cuando no quiere que sean herederos por partes iguales; porque no haciendo ninguna asignacion, dá á entender bastante que deben distribuirse por igual la herencia. Pero si hay asignacion de partes para algunos, y otro ha sido instituido sin parte designada, este último, si le queda alguna parte del as, será heredero de esta parte; del mismo modo, si hay muchos herederos inscritos sin ninguna fijacion de parte, concurrirán todos en la parte restante del as. Pero si todo el as ha sido distribuido, los que tengan tres partes determinadas se distribuirán una mitad de la herencia, y aquel ó aquellos que no tengan partes fijas, tomarán la otra mitad. Poco importa el lugar en que se haya inscrito el heredero sin parte; que sea el primero, el segundo ó el último, siempre se juzga que se le ha atribuido la parte vacante.

7. Veamos lo que se ha de decir cuando hay una parte vacante, y sin embargo, no carece tampoco de

sit; veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere, et perinde haberi ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent. Ex diverso, si plures in portionibus sint, tacite singulis decrescere: ut si, verbi gratia, quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur ac si unusquisque ex quarta parte heres scriptus fuisset.

VIII. Si plures unciæ quam duodecim distributæ sint, is qui sine parte institutus est, quod dupondio deest, habebit. Idemque erit si dupondius expletus sit: quæ omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.

4.º *Modos y condiciones que pueden ó no imponerse á la institucion de heredero.*

IX. Heres et pure et sub conditione institui potest; ex certo tempore, aut ad certum tempus, non potest: veluti, POST QUINQUENNIIUM QUAM MORIAR, vel EX CALENDIS ILLIS AUT USQUE AD CALENDAS ILLAS HERES ESTO. Denique diem adjentum haberi pro supervacuo placet; et perinde esse ac si pure heres institutus esset.

ella ninguno de los instituidos. Por ejemplo, si tres herederos han sido instituidos cada uno en un cuarto, es claro que la parte vacante debe acrecer tácitamente á cada uno de ellos en su parte hereditaria, siendo considerados como instituidos cada cual de ellos en un tercio. Si, por el contrario, han sido instituidos más herederos que partes, el excedente debe tácitamente decrecer á cada uno en parte proporcionada: por ejemplo, si cuatro herederos han sido instituidos cada uno de ellos en un tercio, se les considerará como instituidos á cada uno sólo en una cuarta parte.

8. Si el testador ha distribuido más de doce onzas, el que ha sido instituido sin parte tendrá lo que falta para completar el doble peso; lo mismo sucederá si este doble peso ha sido agotado; por lo demas, todas estas porciones se refieren en definitiva á un solo as, aunque comprendan más de doce onzas.

9. La institucion de heredero puede hacerse puramente, ó bajo condicion, pero no desde un término fijo, ni hasta un término fijo; por ejemplo, QUE SEA HEREDERO CINCO AÑOS DESPUES DE MI MUERTE, ó DESDE TALES CALENDAS, ó HASTA TALES CALENDAS: se considera la fijacion de semejante término como superflua, y al heredero como instituido pura y simplemente.

Pure. En este caso principia para el heredero el derecho á la herencia el mismo dia de la muerte del testador.

Sub conditione. Aquí depende la institucion del cumplimiento de la condicion. Si este cumplimiento ha tenido lugar en vida del testador, no siendo ya incierto el derecho del heredero instituido, principia aquél, como en el caso de una institucion pura y simple, el mismo dia del fallecimiento. Pero si al tiempo de dicho establecimiento no se halla cumplida la condicion, el derecho del here-

(1) Dig. 28. 5. 59. § 2.—Ib. 11. f. Javolen.

dero instituido permanece todavía dudoso y en suspenso, y no puede ejercitarse hasta el día del cumplimiento de la condicion. Así el día del cumplimiento de la condicion de las instituciones condicionales ocupa el mismo lugar que el día del fallecimiento del testador en las instituciones puras y simples. Todas las reglas que en este último caso apliquemos al día de la muerte del testador, relativamente á la capacidad del heredero, deben aplicarse respecto de las instituciones condicionales, al día del cumplimiento de la condicion; y si el instituido muere ántes de dicho día, como que muere ántes de que principie su derecho, este derecho, ó más bien esta esperanza de derecho, fenece absolutamente con él, del mismo modo que si siendo instituido pura y simplemente, hubiese muerto ántes del fallecimiento del testador.

Mas cuando el cumplimiento de la condicion ha tenido lugar, ¿habrá de decirse, como veremos al tratar de las obligaciones, que dicho cumplimiento tiene un efecto retroactivo, y que el derecho del heredero condicional se considera haber principiado el día mismo de la muerte del testador? No, no hay ningun efecto retroactivo en este sentido: nunca nacen los derechos sino del cumplimiento de la condicion; sólo á esta época, es decir, á esta fecha y al principio de los derechos, se arreglan las condiciones de capacidad de heredero condicional; y la herencia, y no él, se considera hasta este momento que ha continuado y sostenido la persona del difunto. Esto no impedirá, sin embargo, que se aplique á este caso, como á todos los demas, esta regla general: que una vez hecha la adición, en cualquier tiempo que sea, se halla el heredero en la misma situacion que si hubiese sucedido al difunto inmediatamente despues de su muerte. «*Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte succesisse defuncto intelligitur*» (1). Pero éste es un efecto de la adición y no del cumplimiento de la condicion; este efecto, que explicaremos en adelante al hablar de la adición, es general y tiene lugar lo mismo respecto del heredero puro y simple que respecto del heredero condicional, cualquiera que sea el intervalo que dichos herederos hayan dejado transcurrir entre el momento en que puede principiar á ejecutarse su derecho (que para el uno tiene lugar desde el fallecimiento, y para

(1) D. 29. 2. 54. f. Florent.

el otro desde el cumplimiento de la condicion) y la época posterior en que hayan hecho la adición.

Ex certo tempore aut ad certum tempus. Se pregunta: ¿En qué consiste la diferencia entre la institucion bajo condicion y la institucion por término? ¿Porqué la una podria tener lugar, mientras que no la otra? La explicacion es fácil, sin que para darla sea necesario suponer ningun efecto retroactivo en la institucion condicional. La institucion por término no podia tener lugar, porque no se podia quedar en parte con testamento y en parte sin él. Mas ¿qué habria sucedido en el caso de una institucion que debiese principiar á tener efecto en un tiempo determinado (*ex certo tempore*): «que Ticio sea heredero cinco años despues de mi muerte», ó de una institucion hasta cierto tiempo (*ad certum tempus*): «que Ticio sea heredero por cinco años?» En el primer caso, mientras no han terminado los cinco años, no hay ni debe haber ningun heredero testamentario: ninguna incertidumbre hay en este particular; esto es evidente: la herencia testamentaria no empezará sino dentro del plazo de cinco años; sería, pues, necesario, esperando este plazo, deferir la herencia *ab intestato*, á la cual no se opondria ningun derecho, ninguna esperanza de derecho, y esta herencia cesaria cuando empezara el otro. En el segundo caso, cuando la herencia testamentaria ha durado cinco años, ha fenecido; ya no habrá heredero, ni esperanza de heredero testamentario; tambien, pues, sería preciso deferir la herencia *ab intestato*. De manera que la misma herencia habrá sido por un tiempo testada, y por otro intestada. El heredero instituido por término (*ex certo tempore*), no habrá realmente sucedido al difunto, sino más bien á los herederos *ab intestato* que lo habian precedido: la persona del difunto no habria sido continuada hasta él por la herencia vacante, sino más bien por los herederos *ab intestato*; en fin, no podria aplicárseles la regla general de que por la adición hecha se encuentra como si hubiera sucedido al difunto, desde el instante de su muerte, hasta que hubiese herederos intermediarios. Las mismas consecuencias se aplicarán en sentido contrario á los herederos *ab intestato*, si se tratase de institucion hasta un cierto tiempo (*ad certum tempus*). En fin, en uno y otro caso habria herederos que sólo lo serian por un tiempo, á saber: los herederos *ab intestato* en el primer caso, y el heredero testamentario en el segundo; con infraccion del principio de que no se puede hacer que el que ha sido una vez heredero deje

de serlo : « *Non potest efficere*, dice Gayo, *ut qui semel herese atitit, desinat heres esse* » (1). Por todas estas razones decisivas, que se resumen en ésta, no se puede estar en parte con testamento y en parte sin él; la institucion con término no podia tener lugar.

Pero nada de esto se hallaba en la institucion condicional, porque, aunque no se hubiese realizado la condicion, mientras que podia hacerlo habia esperanza de un heredero testamentario, y esta esperanza bastaba para excluir la sucesion *ab intestato*, no pudiendo ésta verificarse sino en el caso de que la falta de heredero testamentario llegase á ser cierta, por no haberse en manera alguna realizado la condicion (2).

Las diferencias y razones que acabamos de exponer son de tal modo exactas, que las hallamos expresamente manifestadas en un fragmento de Trifonino. Podian los militares por privilegio morir en parte con testamento, y en parte sin él; podian tambien, segun el testimonio de este jurisculto, instituir á un heredero desde cierto tiempo y hasta cierto tiempo. ¿Qué sucederia, pues, si un militar hubiese testado en estos términos: *Titus usque ad annos decem heres esto?* Al cabo de diez años, continúa Trifonino, habria lugar á la herencia *ab intestato* (*intestati causa post decem annos locum habebit*). ¿Y si ha testado *ex certo tempore*? Hasta que este tiempo haya llegado, la herencia *ab intestato* será deferida: *Consequens est, ut antequam dies veniat, intestati hereditas deferatur* (3). Todo esto no habria tenido lugar si este militar hubiese hecho una institucion, no por tiempo, sino condicional; en esto hallamos un ejemplo patente de la diferencia que habia entre la institucion por tiempo, y la institucion bajo condicion; y del motivo que en los testamentos no privilegiados hacia la una imposible y la otra posible.

El texto dice, *ex certo tempore*; en efecto, si se tratase de un plazo no fijo y determinado en su época, sino incierto bajo este aspecto solamente, aunque debiendo ocurrir necesariamente la institucion hecha desde semejante tiempo, sería válida. Así se podia instituir válidamente en estos términos: cuando muera su tutor; cuando muera tal persona. « *Etiám, cum quis moreretur, he-*

(1) D. 28. 5. 88.— De aquí se ha tomado el adagio: *Semel heres, semper heres.*
 (2) D. 29. 2. 39. f. Ulp.—50. 17. 88. f. Paul.
 (3) D. 29. 1. 41. pr.

redem scribe placuit (1). ¿Y por qué esta diferencia entre el término cierto y el incierto? Porque en un testamento el término incierto forma condicion: « *Dies incertus conditionem in testamento facit* », dice Papiniano (2). Sin embargo, es indudable que el tutor y que la persona designada morirá; únicamente el momento de la muerte es incierto. Verémos, por consiguiente, que en las obligaciones no habria en esto una condicion, pues el hecho no admite duda; ¿por qué sucede otra cosa en los testamentos? Porque segun las reglas particulares acerca del principio de adquisicion de las herencias, no basta, para que pueda ejercitarse el derecho á la institucion, que el tutor ó la persona designada muera; es preciso que mueran ántes del instituido, pues en otro caso morirá éste sin ningun derecho. Esto es como si el testador hubiese dicho: « *Ticio será heredero si su tutor ó si tal persona mueren ántes que él* »; es decir, que es una verdadera condicion. Lo mismo tiene lugar respecto de los delegados (3); con razon, pues, se dice: « *Dies incertus conditionem in testamento facit.* »

Pro supervacuo; observamos las consecuencias: el término impuesto ilegalmente no hace nula la institucion. Pero se considera como no puesto, y la institucion como pura y simple.

Lo mismo se verifica respecto de las condiciones que no pueden imponerse legalmente.

X. *Impossibilis conditio* in institutionibus et legatis, nec non fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur.

10. La condicion imposible en las instituciones, legados, fideicomisos y manumisiones, se considera no escrita.

Impossibilis conditio. Se dice que la condicion es imposible, cuando el hecho mismo que la constituye es imposible, siendo repugnante á la naturaleza misma de las cosas: *Possibilis est*, dice Paul, *quæ per rerum naturam admitti potest; impossibilis quæ non potest* (4); por ejemplo, si toca el cielo con el dedo, ó si bebe toda el agua del Tyber. En materia de obligaciones, una condicion de esta naturaleza habria producido la nulidad de la misma obligacion, como verémos más adelante (Inst. 3, 9, 11); pero en materia

(1) Cod. 6. 24. 9. cons. de Diocleciano y Maxim.

(2) D. 35. 1. 75.—Ulpiano repite, hablando de los legados: « *Dies incertus appellatur conditio.* » D. 30. *De legat.* 1. 30. § 4.

(3) D. 35. 1. 1. § 2. f. Pom.—79. § 1. f. Pap.—36. 2. 4. f. Ulp.

(4) Paul Sent. 8. 4. 2.º 1.

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 adscriptæ nullius sunt momenti, veluti: 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 (*captatorix 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 Mævius 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, vix 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. 51. 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 distinguen 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 común, y porque, según 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 (*ærarium*), 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 ipsi testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est et substitutiones introducerent ne fieri 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 heredes esse noluerit*, ó reciprocamente? ¿Sería el otro subentendido? Si. Argum. D. 28. 2. 29.—28. 4. 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 sí 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 adiccion, y se arregla, ya para las condiciones de capacidad, ya para la adquisicion, á la época de esta primera adiccion; la adquisicion por sustitucion sólo tiene lugar por la adiccion que de ella se hace, y sólo se arregla por la época de la segunda adiccion (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 ademit.*»—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 (*ararium*) (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.

2. Y si los herederos instituidos por partes desiguales han sido sustituidos entre sí, sin indicacion de parte en la sustitucion, se juzga que el testador ha dado en la sustitucion las mismas partes *que las que ha señalado en la institucion*; así lo ha decidido por medio de un rescripto el divino y piadoso Antonino.

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.

3. Si á un heredero instituido se ha sustituido su coheredero, y á éste un tercero, los divinos Severo y Antonino han decidido por medio de un rescripto que el último sustituto sea admitido *sin distincion á una y otra parte*.

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 jurisconsultos 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 aun 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.

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 adicion 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 adicion, obtiene contra esta adicion 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.

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 impúbbero sometido bajo su potestad, en caso que este hijo, sobreviviéndole él, muera ántes 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 ántes 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 instestado : 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 instestado; porque quedando este hijo *sui juris*, si llegaba á morir impúbbero, moria sin la capacidad necesaria para hacer testamento, y por necesidad moria instestado : 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 hacia el suyo, el testamento que el hijo impúbbero no podia practicar por sí mismo. Podia decirse que el impúbbero que llegase á ser *sui juris* tenia 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 ántes 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 : TITUS FILIUS MEUS HERES MIHI ESTO; ET SI FILIUS MEUS HERES MIHI NON ERIT, SIVE HERES ERIT ET PRIUS MORIATUR QUAM IN SUAM TUTELAM VENERIT (id est, pubes factus sit), TUNC SEIUS 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 ÁNTES DE HABER LLEGADO Á SU PROPIA TUTELA (es decir ántes 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 impúbbero, 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 impúbbero 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 adleverit, infirmatur.

1. Movido por las mismas razones, hemos inserto en nuestro Código una constitucion, por la cual aquellos que tienen hijos, nietos u 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 puberos, *certas 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 rescricion 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 menos 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 aquel para quien se quisiese hacer una sustitucion ejemplar, mientras que se puede sustituir pupillarmente 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 menos 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 faneceria con éste. Véase por qué Justiniano advierte que es preciso (á menos 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 impúbbero, 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 impúbbero. 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 impúberos, á quien quiere por heredero, puede hacerse no sólo á aquellos que sean sus herederos, sino áun 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 impúberos, instituidos ó desheredados, debe entenderse igualmente á los póstumos.

Examinaremos 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 seria 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 áun 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* f. Ulp.